

Estudios

- In search of the golden bank fleece: does the US deregulation wave break the european financial regulation dam?
En busca del vello de oro bancario: ¿romperá la ola desreguladora de los EE. UU. El muro de la regulación financiera europea?
CARLOS J. MOREIRO GONZÁLEZ 10
- Los contratos internacionales intervinientes en el mercado asegurador en el ámbito del Derecho internacional privado de la Unión Europea
International agreements involve in the insurance market in the frame of the European Private International Law
HILDA AGUILAR GRIEDER 30
- Infracción de un derecho de marca en plataformas de ecommerce: la actuación de la plataforma y el impacto en su responsabilidad
Infringement of trademark right on ecommerce platforms: the performance of the platform and its impact on its liability
ISABEL ANTÓN JUÁREZ 52
- La reconsideración ante el CIADI: un mecanismo procesal para fomentar la corrección del laudo
Reconsideration in ICSID arbitration: a procedural mechanism promoting the correctness of awards
LAURA ARAGONÉS MOLINA 76
- Derecho internacional privado y Derecho marítimo internacional: competencia judicial internacional y acuerdos atributivos de jurisdicción en la LNM
Private International Law and Maritime International Law: jurisdiction and jurisdiction agreements in law of maritime navigation
UNAI BELINTXON MARTIN 112
- Big data: gestión de recursos humanos y el derecho de información de los representantes de los trabajadores
Big data: human resources management and the right to information of workers' representatives
FRANCISCA BERNAL SANTAMARÍA 136
- El consumidor frente al profesional en entornos digitales. Tribunales competentes y ley aplicable
Internet consumer versus professional jurisdiction and applicable law
CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ 160
- Los artículos 9.2 y 9.3 del Código Civil y el régimen económico matrimonial en Derecho internacional privado español. Valores, métodos y técnicas
Articles 9.2 And 9.3 of the Civil Code and matrimonial property regimes in Spanish Private International Law. Values, methods and techniques
ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA / JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ 186

Poderes públicos y competencia. En busca del efecto útil del Derecho de competencia <i>Public power and competition law. Looking for efficiency in competition law enforcement</i> MARÍA PILAR CANEDO ARRILLAGA	226
Efectos legales en España de las expropiaciones de bienes inmuebles en Cuba. Un fascinante viaje por la geopolítica y el Derecho internacional privado <i>Legal effects in Spain of expropriations in Cuba. A fascinating journey through geopolitics and private international law</i> JAVIER CARRASCOA GONZÁLEZ	254
Particularidades acerca de la autoridad judicial competente en supuestos de sustracción ilícita de menores en aras del Reglamento (CE) 2201/ 2003 <i>Peculiarities about judicial authority in case of international child abduction for the purpose of council Regulation (EC) 2201/2003</i> DAVID CARRIZO AGUADO	267
La contratación a través de plataformas intermediarias en línea <i>Contract through online intermediary platforms</i> MATILDE CUENA CASAS	283
Territorialidad de los derechos de autor y mercado único digital <i>Digital single market and territoriality of copyright</i> PEDRO ALBERTO DE MIGUEL ASENSIO	349
La suspensión de la libre circulación de inversiones extranjeras en España por la crisis del Covid-19 <i>The suspension of the free movement of foreign direct investment in Spain due to the Covid-19 crisis</i> CARLOS ESPLUGUES MOTA	372
La cooperación contra el fraude aduanero en la Unión Europea <i>Cooperation against customs fraud in the European Union</i> DAVID GARCÍA GUERRERO	414
Las donaciones entre cónyuges en Derecho internacional privado <i>Donations between spouses in Private International Law</i> LAURA GARCÍA ÁLVAREZ	430
Plazos de las medidas correctoras en caso de vicios ocultos según la Directiva (UE) 2019/770 sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y la directiva (UE) 2019/771 sobre el contrato de compraventa de bienes <i>Time limits of remedies for hidden defects under under Directive (EU) 2019/770 on contracts for the supply of digital content and digital services and Directive (EU) 2019/771 on contracts for the sale of goods</i> BEATE GSELL / RODRIGO ARALDI	475
A interpretação no Direito internacional privado <i>Interpretation in Private International Law</i> LUÍS DE LIMA PINHEIRO	496
El concepto de inventor en el derecho de patentes y los sistemas de inteligencia artificial <i>The concept of inventor in patent law and artificial intelligence systems</i> MARÍA DEL MAR MAROÑO GARGALLO	510
Cohesión territorial y transporte aéreo en España <i>Territorial cohesion and air transport in Spain</i> JOSÉ MANUEL MARTÍN OSANTE	527
La inmunidad absoluta del árbitro: una equivocación con orígenes históricos <i>The absolute immunity of the arbitrator: a mistake with historical origins</i> PEDRO J. MARTÍNEZ-FRAGA	546
La suspensión de los efectos del convenio arbitral internacional en el marco de la insolvencia transfronteriza. Una realidad y un conflicto cada vez más frecuente <i>The suspension of the effects of the international arbitration agreement within the scope of the cross-border insolvency. A reality and a conflict increasingly more frequent.</i> MARÍA DOLORES MARTÍNEZ MELÓN	576
La historia interminable de las indemnizaciones por cambios regulatorios: el caso <i>Stadtwerke München</i> <i>The never-ending story of compensations for regulatory changes: the Stadtwerke München arbitration</i> ÁNGEL M. MORENO MOLINA	606

The evolution of national referendum tools in Czech Republic and Slovakia's comparative case <i>La evolución de las herramientas del referendum nacional en el marco comparativo de República Checa y Eslovaquia</i> FABIO RATTO TRABUCCO	633
El nuevo protocolo de Pretoria sobre garantías internacionales en equipo minero, agrícola y de construcción: la fuerza expansiva del convenio de Ciudad de Cabo <i>The new Pretoria protocol on international interests in mining, agricultural, and construction equipment: the expansive force of the cape town convention</i> TERESA RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL	660
La remisión y la transferencia de competencia en materia de responsabilidad parental en el Reglamento (UE) 2019/1111 <i>The transfer of jurisdiction in parental responsibility in (EU) Regulation 2019/1111</i> M ^a ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ	706
Reclamaciones transfronterizas en materia contractual contra terceros ajenos al contrato y viajes combinados: la sentencia del TJUE 26 de marzo 2020, Libuše Králová vs. Primera Air Scandinavia A/S (C-215/18): please mind the gap between the passenger and the air company! <i>Cross border claims against third parties without a contract with the claimant and package travels; judgment of the CJEU, 26 march 2020, Libuše Králová vs. Primera Air Scandinavia A/S (C-215/18): please mind the gap between the passenger and the air company!</i> ANNA MARÍA RUIZ MARTÍN	724
Las criptodivisas como medio de pago y el Derecho internacional privado <i>Cryptocurrencies as a means of payment and Private International Law</i> RAÚL RUIZ RODRÍGUEZ	740
Control por la DGRN de la certificación de nacimiento extranjera y la aplicación imperativa de la presunción de la paternidad del marido de la madre <i>The foreign birth certificate's control by the DGRN and the imperative application of the paternity presumption of the mother's husband</i> CARMEN RUIZ SUTIL	759
Overriding mandatory rules in international commercial contracts dispute resolution. A romanian perspective <i>Normas de aplicación inmediata en las resoluciones emitidas sobre los conflictos derivados de los contratos comerciales internacionales. Una perspectiva rumana</i> CARMEN TAMARA UNGUREANU	784
Reflexiones críticas y prácticas en torno al régimen jurídico del cambio nacional y transfronterizo del domicilio del menor de edad <i>Critical and practical reflections on the legal regime of national and cross-border change of the address of the minor</i> MARÍA JOSÉ VALVERDE MARTÍNEZ	795
Level up: a history of regime-building at Gatt Club <i>Superando fase: historia de la formación de un régimen en el Club del Gatt</i> PABLO ZAPATERO MIGUEL	818
Varia	
Adquisición de la nacionalidad española y matrimonio poligámico: aspectos críticos y prácticos <i>Acquisition of Spanish nationality and polygamic marriage: critical and practical aspects</i> HANI AL RACHED	841
De la tutela en origen a la guarda de hecho en destino: reconocimiento de la institución desconocida. A propósito del Auto N° 209/2020 (procedimiento de <i>exequatur</i>) del Juzgado de Primera Instancia N° 6 de San Sebastián <i>From guardianship at origin to the fact guard in destination: recognition of the unknown institution. A purpose of Order N° 209/2020 (In procedure of exequatur) of the Court of First Instance N° 6 of San Sebastián</i> LAURA ÁLVAREZ AGOUÉS	859
Crónica de jurisprudencia laboral internacional 2019 <i>Chronicle of international labor jurisprudence 2019</i> ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ	871

La sentencia <i>Skanska</i> del TJUE: el concepto de “empresa” en las acciones de daños por infracciones del derecho de la competencia <i>The CJEU’S Skanska judgment: the notion of “undertaking” in damages actions for infringements of the competition rules</i> HELMUT BROKELMANN	903
Objetos industriales, derecho de autor y libre competencia. Consideraciones a partir de las SSTJUE de 12 de septiembre de 2019 (“Cofemel”) y 11 de junio de 2020 (“Brompton”) <i>Useful articles, copyright and free competition. Considerations at CJEU judgments of September 12, 2019 (“Cofemel”) and June 11, 2020 (“Brompton”)</i> FERNANDO CARBAJO CASCÓN	913
Sucesión de nacional extranjero residente en territorio de derecho foral: las cuestiones omitidas. Sentencia de la AP de Girona (Sección 2) núm. 367/2019 de 4 de octubre <i>Succession of a foreign national resident in a foral law territory: the skipped issues. Judgment of the Court of Appeal of Girona number 367/2019 of 4th October</i> LUIS F. CARRILLO POZO	943
Examen detallado de la exclusión del derecho societario en el Reglamento Roma I al hilo del asunto <i>Verein für Konsumenteninformation</i> : fortaleza legal hacia el consumidor inversor <i>Detailed exam of the exclusion of company law in the Rome I regulation to the thread of the Verein für Konsumenteninformation case: legal strength towards the investor consumer</i> DAVID CARRIZO AGUADO	953
Time limits and default judgments in European cross-border civil litigation: minimum standards? <i>Termini processuali e sentenze contumaciali nel contenzioso civile transfrontaliero europeo: standard minimi?</i> GIOVANNI CHIAPPONI	971
Commentary on the Judgment of the Provincial Audience of Barcelona of 21 November 2019 [notification of non-translated judicial document] [ECLI: ES: APB: 2019: 9450a] <i>Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 noviembre 2019 [notificación de documento judicial no traducido] [ECLI:ES:APB:2019:9450A]</i> JONATAN ECHEBARRÍA FERNÁNDEZ	979
Pluralidad de reclamaciones en accidentes de tráfico transfronterizos. Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20ª) de 30 de septiembre de 2019 <i>Plurality of claims in cross-border traffic accidents. Commentary to the judgment of Court of Appeal of Madrid (section 20ª) of 30 September of 2019</i> ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ	987
Documentación a presentar y <i>exequátur</i> de sentencia extranjera de divorcio: comentario al auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 20 de noviembre de 2019 <i>Required documents and recognition and enforcement of foreign divorce judgement: commentary to the judicial decree of the Provincial Court of Barcelona, of November 20, 2019</i> ENRIQUE FERNÁNDEZ MASLÁ	995
Réflexions sur la notion de “jurisdiction” au sens de l’Article 3.2 du Règlement (UE) n° 650/2012 après les arrêts de la Cour de Justice de l’Union Européenne <i>Oberle</i> , C-20/17, et <i>WB</i> , C-658/17. Perspective espagnole <i>Reflections on the concept of ‘court’ within the meaning of Article 3.2 of Regulation (EU) n° 650/2012 after the judgments of the Court of Justice of the European Union Oberle, C-20/17, and WB, C-658/17. Spanish perspective</i> JUAN GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ	1001
La prevención y represión del abuso de la contratación laboral temporal en las administraciones públicas. Comentario a la STJUE de 19 marzo 2000 (asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18) <i>The prevention and punishment of abuse of fixed-term employment contracts in the public administrations. Comment on the judgement of the Court of Justice of the European Union of 19 March 2000 (joined cases C-103/18, C-429/18)</i> FRANCISCO JAVIER GÓMEZ ABELLEIRA	1020
La determinación de la competencia judicial internacional en las reclamaciones de indemnización y daños resultantes de la cancelación y retraso de vuelos: la sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de noviembre de 2019, C-213/18, A. Guaitoli y otros c. Easyjet Airline Co. Ltd. <i>Determination of international jurisdiction in matters relating to an application for compensation and compensation for damage resulting from the cancellation and delay of flights: Judgement of the Court, 7 November 2019, case C-213/18, A. Guaitoli and others v. Easyjet Airline co. Ltd.</i> NATIVIDAD GOÑI URRIZA	1030

Kafala y Derecho español tras la reforma de la Ley 54/2007. A propósito del auto AP de León de 27 de junio de 2019 <i>Kafala and Spanish law after reform of the law 54/2007. On the auto AP León of 27th June 2019</i> MÓNICA GUZMÁN ZAPATER	1036
Sobre la denegación de reconocimiento en España de una medida cautelar contenida en un laudo arbitral en materia concursal dictado en la federación rusa <i>On the denial of recognition in Spain of a protective measure contained in an arbitral award in bankruptcy issued in the Russian Federation</i> JOSÉ LUIS IRIARTE ÁNGEL	1044
Bad forum shopping y recurso de revisión: “ <i>causa causae est causa causati</i> ” (STS de 25 de noviembre de 2019) <i>Bad forum shopping and judicial review: “causa causae est causa causati” (STS de 25 de noviembre de 2019) decision of the Supreme Court of November 25, 2019</i> PILAR JUÁREZ PÉREZ	1051
Vulneración de marcas de la Unión Europea en Internet y Derecho internacional privado <i>Infringement of European Union trade marks on the Internet and Private International Law</i> ISABEL LORENTE MARTÍNEZ	1061
Honorarios de abogado, reclamaciones y ejecución de sentencia. Una revisión del principio de confianza mutua entre los estados UE <i>Lawyer fees, claims and sentence enforcement. An overhaul of the principal of mutual trust between EU states</i> ISABEL LORENTE MARTÍNEZ	1072
El personal estatutario temporal de la administración sanitaria en España: la postura del Tribunal de Justicia de la Unión Europea frente a la contratación sucesiva sin causa justificativa <i>Temporary statutory staff in the health administration in Spain: the position of the Court of Justice of the European Union on successive recruitments without cause</i> INMACULADA MARÍN ALONSO	1079
Notas sobre el informe del Instituto de Derecho Europeo acerca de la protección de adultos en situaciones internacionales <i>Notes on the report of the European Law Institute the protection of adults in international situations</i> ALBERTO MUÑOZ FERNÁNDEZ	1099
Ley aplicable a la oponibilidad frente a terceros de una cesión de créditos. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de octubre de 2019 <i>Law applicable to oponibility against third parties of an assignment of credits. Commentary to the Judgment of the Court of Justice of the European Union October 9, 2019</i> ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ	1106
Nacionalidad española de los habitantes del Sahara Occidental. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 11 de noviembre de 2019. <i>Spanish nationality of the inhabitants of Western Sahara. Commentary to the Judgment of the Provincial Hearing of Barcelona, from November 11, 2019.</i> ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ	1110
El interés superior de los niños y las niñas, de nuevo sobre la necesidad de la creación del concepto autónomo de su residencia habitual. Auto de 24 de octubre de 2019 Sección Decimosegunda de la Audiencia Provincial de Barcelona <i>The best interest of the children, once more about the need to create an autonomous concept of their habitual residence. Order of October 24, 2019 Twelfth Section of the Provincial Audience of Barcelona</i> LUCAS ANDRÉS PÉREZ MARTÍN	1119
Good faith acquisition of ownership in a car under German law (according to the Italian judge): note to Tribunale di Ivrea, 20 April 2019, n° 416 <i>Acquisto a non domino della proprietà di un autoveicolo ai sensi del diritto tedesco (secondo il giudice italiano): nota a Tribunale di Ivrea, 20 aprile 2019, n. 416</i> ENNIO PIOVESANI	1128
Ley aplicable al régimen económico matrimonial, a propósito del comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 30 septiembre 2019 <i>Applicable law to matrimonial property regime, with occasion of commentary of the Judgment of the Appeal Court of Madrid, 30th September 2019</i> JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO	1137

Análisis del AAP Valencia nº 276/2019 de 11 de octubre: cláusula de competencia judicial internacional incluida en el régimen de conocimiento de embarque: subrogación de una de las partes <i>Analysis of the AAP Valencia nº 276/2019 of 11 October: international jurisdiction clause included in the bill of lading regime: subrogation of one of the parties</i> YERAY ROMERO MATUTE	1146
A propósito del matrimonio consular en España de la contrayente hispano-marroquí y la resolución (41ª) de la DGRN de 4 diciembre de 2018 <i>The resolution (41ª) of the DGRN of December 4, 2018 and its impact on Spanish Moroccan parties contracting marriages in Spain via the consular form</i> CARMEN RUIZ SUTIL	1155
De nuevo a vueltas con la adopción simple extranjera: comentario a la RDGRN de 16 de noviembre de 2018 (30ª) <i>Returning to simple foreign adoption: commentary on the RGDRN of 16 November 2018 (30ª)</i> Mª JESÚS SÁNCHEZ CANO	1165
La determinación de la filiación en situaciones transnacionales: cuestiones prácticas <i>The establishment of filiation in transnational situations: practical issues</i> Mª JESÚS SÁNCHEZ CANO	1177
Bondora: another brick in the proceduralization of the consumers' substantive rights <i>Bondora: un paso más en la proceduralización de los derechos sustantivos de los consumidores</i> CARLOS SANTALÓ GORIS	1187
Exequatur de sentencia marroquí - divorcio y alimentos: citación legal, firmeza y ejecución provisional (Audiencia Provincial Girona – Auto de 08/10/2019) <i>Moroccan judgment exequatur on divorce and maintenance claims: subpoena, definitive judgment and provisional execution (Girona Provincial Court - Order of 08/10/2019)</i> MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA	1199
Exequatur de sentencia extranjera relativa a gestación por sustitución: comentario al auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª-Civil), de 18 de diciembre de 2019 <i>Exequatur procedure of foreign judgement about surrogacy: comments on the judicial decree of the Barcelona Provincial Court (12ª Section-Civil), issued on December 18, 2019</i> SILVIA VILAR GONZÁLEZ	1207
Sobre el establecimiento de la European Association of Private International Law (EAPIL) <i>On the establishment of the European Association of Private International Law (EAPIL)</i> EUROPEAN ASSOCIATION OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW (EAPIL)	1212

Congresos

Armonización de la técnica monitoria en Europa. El proceso monitorio europeo como punto de partida <i>Harmonization of the order payment procedure. The European order for payment procedure as a starting point</i> FELIP ALBA CLADERA	1217
Las normas de competencia internacional en materia de responsabilidad parental en el Reglamento (UE) 2019/1111 del consejo de 25 de junio de 2019 <i>The rules on international jurisdiction in matters of parental responsibility in Council Regulation (EU) 2019/1111 of 25 June 2019</i> ALICIA BERNARDO SAN JOSÉ	1243
¿Hacia un modelo europeo de tutela colectiva? <i>Towards a European system of collective redress?</i> FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI	1290
El ejercicio transfronterizo de la acción civil de rectificación <i>The cross-border exercise of the civil reply action</i> JAVIER MARTÍNEZ CALVO	1324
Competencia judicial internacional y medidas cautelares: hacia una tutela cautelar en el Proceso Civil Europeo convergente con los ordenamientos nacionales <i>International jurisdiction and provisional measures: towards a common interim justice in European Civil Procedure converging on national laws</i> JUAN CARLOS ORTIZ-PRADILLO	1337

Procesos transfronterizos de modificación de medidas, residencia habitual del menor y competencia interna de los tribunales españoles <i>Cross-border measures modification procedures, minor's habitual residence and internal competence of Spanish courts</i> PILAR PEITEADO MARISCAL	1358
El "tribunal supremo" de Facebook: ¿un nuevo paso hacia la justicia sin estado? <i>The "supreme court" of Facebook: a new step towards justice without the state?</i> ALEJANDRO SÁNCHEZ FRÍAS	1386
La eficacia transfronteriza de los acuerdos de mediación y la Convención de Singapur: ¿grandes esperanzas? <i>The cross-border effectiveness of mediated settlements and the Singapore Convention: great expectations?</i> BÁRBARA SÁNCHEZ LÓPEZ	1406
El arbitraje de inversiones en los tratados de libre comercio de nueva generación: un análisis nacional desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva <i>The investment arbitration in the new generation free trade agreements: a national analysis from the perspective of the right to an effective judicial remedy</i> GUILLERMO SCHUMANN BARRAGÁN	1446
La responsabilidad del acreedor en el Reglamento 655/2014, sobre la Orden Europea de retención de cuentas <i>Creditor's liability in the Regulation 655/2014, on the European Account Preservation Order</i> MARÍA LUISA VILLAMARÍN LÓPEZ	1470
Recensiones	
GÓMEZ JENE, MIGUEL, <i>International Commercial Arbitration in Spain</i> Alfonso-Luis Calvo Caravaca	1484
ARROYO APARICIO, ALICIA, <i>Contrato de Agencia: principios y análisis</i> Alfonso-Luis Calvo Caravaca	1486
Carrascosa González, Javier, <i>El Reglamento Sucesorio Europeo: análisis crítico</i> Sergio Cámara Lapuente	1488
ANTÓN JUÁREZ, ISABEL, <i>Acuerdos prematrimoniales internacionales</i> M ^a Ángeles Egusquiza Balsameda	1492
DE MIGUEL ASENSIO, PEDRO, <i>Conflict of Laws and the Internet</i> Ángel Espiniella Menéndez	1495
ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., ARENAS GARCÍA, R., DE MIGUEL ASENSIO, P.A., SÁNCHEZ LORENZO, S.A. y STAMPA, G. (editores). <i>Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Prof. Dr. Doctor José Carlos Fernández Rozas</i> José M. ^a Espinar Vicente	1498
REDINHA, M.R. / GUIMARÃES, M.R. / LIBERAL FERNANDES, F.: <i>The Sharing Economy. Legal Problems of a Permutations and Combinations Society</i> Carmen Herrero Suárez	1502
GASCÓN INCHAUSTI, F., HESS, B. (eds.), <i>The Future of the European Law of Civil Procedure. Cordination or Harmonisation?</i> Guillermo Schumann Barragán	1505
PETER MANKOWSKI, <i>Research Handbook on the Brussels I bis Regulation</i> Julia Suderow	1509
CONTALDI, GIANLUCA, <i>Diritto europeo dell'economia</i> Ugo Villani	1511

Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)

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

Directores

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

ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ
(Univ. Carlos III de Madrid)

Secretaría de Redacción

ISABEL ANTÓN JUÁREZ
(Univ. Carlos III de Madrid)

Consejo Asesor

PILAR BLANCO-MORALES LIMONES
(Univ. Extremadura)
CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ
(Univ. Carlos III de Madrid)
DIEGO PEDRO FERNÁNDEZ ARROYO
(Univ. Complutense de Madrid)
FRANCESCA C. VILLATA
(Univ. Degli Studi di Milano)

PEDRO-PABLO MIRALLES SANGRO
(Univ. Nacional de Educación a Distancia)
ILARIA PRETELLI
(Institut Suisse de Droit Comparé)
IGNACIO TIRADO MARTÍ
(secretario general de Unidroit)
JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO
(Univ. Carlos III de Madrid)

Comité Científico

CARMEN ALONSO LEDESMA
(Univ. Complutense de Madrid)
STEFANIA BARIATTI
(Univ. Milano)
JÜRGEN BASEDOW
(Max Planck Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht, Hamburg)
CRISTINA CAMPLIGIO
(Univ. Pavia)
JEAN-YVES CARLIER
(Univ. Louvain / Univ. Liège)
ANGELO DAVÌ
(Univ. degli Studi di Roma "La Sapienza")
PIETRO FRANZINA
(Univ. Ferrara)
HELÈNE GAUDEMET-TALLON
(Univ. Paris II - Panthéon-Assas)
JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO
(Letrado DGRN)
STEFAN LEIBLE
(Univ. Bayreuth)
LUÍS DE LIMA PINHEIRO
(Univ. Lisboa)
ULRICH MAGNUS
(Univ. Hamburg)
PETER MANKOWSKI
(Univ. Hamburg)
HEINZ PETER MANSSEL
(Univ. Köln)
SILVIA MARINO
(Univ. degli Studi dell'Insubria)
DIETER MARTINY
(Univ. Frankfurt a.O.-Viadrina)

JESÚS R. MERCADER UGUINA
(Univ. Carlos III de Madrid)
RUI MANUEL MOURA RAMOS
(Univ. Coimbra)
DÁRIO MOURA VICENTE
(Univ. Lisboa)
HORATIA MUIR-WATT
(Univ. Paris I Panthéon-Sorbonne)
JORGE OVIEDO ALBÁN
(Univ. La Sabana)
LUCIANO PAREJO ALFONSO
(Univ. Carlos III de Madrid)
GIAN PAOLO ROMANO
(Univ. de Genève)
CATHERINE PRIETO
(Univ. Paris I Panthéon-Sorbonne)
JUANA PULGAR EZQUERRA
(Univ. Complutense de Madrid)
TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO
(Univ. Carlos III de Madrid)
MARTA REQUEJO ISIDRO
(Max Planck Institute Luxembourg
for International, European and
Regulatory Procedural Law)
MARCOS SACRISTÁN REPRESA
(Univ. Valladolid)
FRANCESCO SALERNO
(Univ. Ferrara)
LUIS A. VELASCO SAN PEDRO
(Univ. Valladolid)
ALESSANDRA ZANOBBETTI
(Univ. Bologna)

Comité de Evaluación

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

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

Área de Derecho Internacional Privado - Despacho 4.0.11

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

c/ Madrid 126-128

28903 Getafe (Madrid) SPAIN

Teléfono: +34 91 624 95 13

Correo electrónico: isabel.anton@uc3m.es

Página web: <http://www.uc3m.es/cdt>

Composición: Juan Carlos López - Universidad Carlos III de Madrid

ESTUDIOS

IN SEARCH OF THE GOLDEN BANK FLEECE: DOES THE US DEREGULATION WAVE BREAK THE EUROPEAN FINANCIAL REGULATION DAM?

EN BUSCA DEL VELLOCIÑO DE ORO BANCARIO: ¿ROMPERÁ LA OLA DESREGULADORA DE LOS EE. UU. EL MURO DE LA REGULACIÓN FINANCIERA EUROPEA?

CARLOS J. MOREIRO GONZÁLEZ

*Professor of International Law. «Ad Personam» J. Monnet Chair of EU Law
Carlos III University. School of Law and Social Sciences*

Recibido: 16.05.2020 / Aceptado: 03.06.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5600>

Abstract: Two different legal regimes are being modelled up within the two main banking markets in the world: the deregulatory trends driven by the US administration and those regulatory policies enacted by the EU. Measures taken up to foster both liquidity and solvency, at an international level, the two cornerstones for the functioning and stability of the credit institutions are being analyzed throughout this geographical and unpeaceful two-folded legal framework. The study finalizes with the confrontation between the two regional systems focusing the stability of the financial sector.

Keywords: financial regulation, financial stability, Basel III Agreement, banking deregulation, banking business, unconventional measures.

Resumen: Actualmente están configurándose regímenes jurídicos divergentes en los dos mercados bancarios más importantes del mundo: el proceso desregulador impulsado por la actual administración de EE.U. y las políticas reguladoras de la UE. Este estudio analiza la implementación de las reglas internacionales relativas a la liquidez y la solvencia de las entidades de crédito de ambos marcos normativos regionales controvertidos. Se realiza también una referencia al papel que desempeñan las organizaciones internacionales especializadas preservando la estabilidad del sistema financiero. Finalmente se confrontan ambos regímenes normativos regionales a la luz de la estabilidad del sector bancario.

Palabras clave: regulación financiera, estabilidad financiera, Acuerdo Basilea III, desregulación bancaria, negocio bancario, medidas no convencionales.

Sumario: I. Introducción. II. The banking sector, an unfinished regulatory symphony. III. Banking deregulation in the US and “the one-handed economists solutions”. IV. The European banking regulatory framework: financial stability vs. sectorial efficiency. V. Final remarks.

I. Introduction

1. Currently, two divergent scenarios are opening up over a crucial part of the banking activity in the world, both in the United States and in the European Union. Actually, the real dichotomy arises among the deregulatory trends driven by the US administration and the regulatory policies of the EU¹.

¹ See the letter of the Systemic Risk Council (SRC) to G20 Leaders on Defending and Strengthening Key Pillars of the Global Reform Program, 27th February 2017, <https://www.systemicriskcouncil.org>, at 5-6.

This article addresses two areas of the legal regime of the banking activity, concerning the liquidity and solvency, which are essential requirements to ensure the proper functioning of credit institutions and the stability of the financial system as a whole. Nevertheless, they are focusing from different perspectives within the aforementioned context.

2. Firstly, I will briefly present the controversy between supporters and detractors of applying a regulatory or debugging framework to the banking activity. Against this background, a reference will be made to the reports of various international organizations specializing in the subject that identify current threats to financial stability.

3. Secondly I will address the confrontation between the deregulatory trend in the United States and the EU's regulatory policy.

II. The banking sector, an unfinished regulatory symphony

4. In his Preface to *Pedigree* (1957), Georges Simenon wrote about the book as a work where “everything is true but nothing is accurate”. The arguments that are used to justify the deregulation and regulation of banking activity could be grounded in a similar truism. A dialectic that began after the financial crash of 1929², resurges cyclically in a sort of a “eternal return” where only some contextual factors change³. Most regulations were passed then attempting to upgrade bank safety by limiting competition and by restricting bank entry into non-bank financial activities⁴. This legislation determined the structure of the financial system in the United States that existed up until the passage of the Deregulation and Monetary Control Act in March 1980⁵.

After more than fifty years, a radical regulatory change was driven through the Brady's Proposal for the reform of the US Financial System (February 1991).

The regulatory standards of the United States have been subject to various changes that reflect the aforementioned tension between regulation and deregulation⁶. How are these decisions then justified in each single case?; what are the determining criteria to choose the regulatory pattern?.

5. The prevention of negative externalities⁷ and other market failures⁸ should ground any regulatory policy for the sake of a sound financial environment⁹.

² See N. A. LASH, *Banking Laws and Regulations*, N.J. Prentice-Hall, 1987, at. 12. A century before following the financial crisis of 1825, a series of far-reaching reforms and regulations transformed the financial market in the United Kingdom, see Ch. P. Kindleberger and R. Aliber: *Manias, Panics and Crashes. A History of Financial Crises*, Palgrave MacMillan, 6th edn, 2011.

³ See R. A. SCHOTLAND, “An overview: New Myths and Old Realities” in *The Regulation of Banking and Securities Industries*, Lexington Books, 1979, at 20.

⁴ Scholars pointed out the unsound activities of credit institutions as one of the main causes of the aforementioned financial crash. See, T.H.F. CARGILL/ C. G. GARCÍA, *Financial Deregulation and Monetary Control*, Stanford UP, 1982, at 9; M. Friedman and A.J. Schwartz, *A Monetary History of the United States: 1867-1960*, Princeton UP, 1967, at 311-12.

⁵ The main legislative outcomes of the 1930s financial reform were the Banking Acts of 1933 and 1935. A major provision should be remarked in the Banking Act of 1933: the ring-fencing between commercial banking and investment banking.

The enactment of the Bank Holding Company Act in 1956 delivered full regulatory authority over multibank holding companies to the Federal Reserve System (Fed).

The Banking Act of 1935 extended the power of the Fed Board on credit controls, the discount rates of the district banks and the reserve requirements. On the other hand, some restrictions had been removed by the McFadden Act (1927) that provided that in states where state branching was allowed national and state bank members of the Fed would be allowed to operate branches within the city limits of the parent bank; see R. G. Raja and R. Ramcharan “Land and Credit: A Study of The Political Economy of Banking in the United States in the Early 20th Century”, *Journal of Finance*, AFA66(6), 2011, 1985.

⁶ See, N. CETORELLI/ L. S. GOLDBERD, “Banking Globalization, Monetary Transmission, and the Lending Channel”, NBER Working Paper No W 14101, 14 July 2010, at. 5, 13-24.

⁷ See, F. LUPO PASINI, *Theologic of Financial Nationalism*, Cambridge UP, 2018, at. 7-9.

⁸ See, P. J. WALLISON, “Why Do We Regulate Banks?”, [Winter 2005-2006] *American Enterprise Institute* 14, at 16.

⁹ See K. W. DAM, “The Subprime Crisis and Financial Regulation: International and Comparative Perspectives”, 10 *Chi. J. Int'l L.* 581, 2009-2010, at 606-608.

Nonetheless, according to Jihad Dagher, financial regulation is procyclical: “it helps boost the expansion in credit and asset prices during booms and increase credit restrictions during the bust”¹⁰. Several studies underline also the lack of foresight and strong foundations of the banking regulatory frameworks adopted to date, arguing that they are either the response to financial crises¹¹, or just an outcome of bargaining between politicians and bankers¹².

6. Thus, most of the banking regulatory frameworks failed to anticipate and minimize the consequences of the global financial crisis¹³. In fact, the Basel III Agreement¹⁴ was adopted after the 2008 financial crisis in order to strengthen the capital adequacy levels of banks. Relevant scholars like R. Posner have written that this regulation is as useless as closing the stable doors when horses have escaped¹⁵.

7. Such a controversial assessment of the banking regulatory policy might lead us to the conclusion that deregulation is a more efficient choice, but there is not empirical evidence about the relationship between the policy of banking deregulation and the stability of the financial sector¹⁶. The advocates of deregulation agree that it drives forward the economic growth by boosting credit¹⁷ and also sectorial competition by reducing the normative burdens and administrative costs¹⁸. However, in the medium term, this policy usually involves serious supervision failures that cause financial crises¹⁹.

8. In fact, some reports from international organizations highlight the current risks for the financial stability, and pointed out as one of the greatest risks the lack of a banking regulatory framework at global level that can prevent the house collapsing²⁰. According to the IMF, “an indiscriminate rollback

¹⁰ “Regulatory Cycles: Revisiting the Political Economy of Financial Crises”, IMF Working Paper No WP/18/8, January 2018, at 4. See also, M.H. Eken/ S. Kale/ H. Selimler, “The Evolution of Regulations in Banking: A Cycle Based Approach (2013) 2 Journal of Finance and Risk Perspectives, at. 16.

¹¹ See, K. Spong: *Banking Regulation. Its Purposes, Implementation and Effects*, Federal Reserve Bank of Kansas City, 5th edit, 2000, at. 5.

¹² See, Ch. W. Calomiris and S. H. Haber: *Fragile by Design. The Political Origins of Banking Crises & Scarce Credit*, Princeton University Press, 2014, at. 14-15. See also, R. A. Werner, “A lost century in economics. Three theories of banking and the conclusive evidence” (2016) 46 International review of Financial Analysis, at 374. Although as Anat Adminati and Martin Hellwing have pointed out, the banking industry fights aggressively against tighter restrictions on bank borrowing on the main ground that they harm economic growth. *The Bankers’ New Clothes. What’s Wrong With Banking and What to Do about It*, Brilliance Corp, 2013, at 4-6.

¹³ See, H. Powley and K. Staton, “The Post-Crisis Approach and New Challenges to Banking Regulation”, (2017) 1, Institute of Law Journal, at 79-80. Moreover, a post-crisis regulatory framework could drive a strong policy trend toward deregulation; see, C. Borio, C. Furfine and Ph. Lowe: “Procyclicality of the financial system and financial stability: issues and policy options”, BIS Papers No 1, 2001, at 46-48.

¹⁴ *Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems-revised version June 2011*, BIS, 1 June 2011.

¹⁵ R. Posner. *The Crisis of Capitalist Democracy*, HarvardUP, 2010.

¹⁶ See, Ö. Orhangazi: “Financial Deregulation and the 2007-08 US Financial Crisis”, FESSUD Working Paper Series No 49, 2014, at 6-10.

¹⁷ See, A. Abiad and A. Mody: “Financial Reform: What Shakes It? What Shapes It?”, 95 (1) American Economic Review, 2005, at 67; see also H. M. Treasury, “Fixing the foundations: creating a more prosperous nation”, Cm 9098, July 2015, at 12; etc.

¹⁸ See, A. Mullineux, “Banking for the Public Good”, 36 International Review of Financial Analysis, 2013, at 89; see also M. H. Eken et al. (n 10) at 14-15, etc.

¹⁹ According to W. Chen, M. MrKaic and M. Nabar, stricter banking regulation in the precrisis years is associated with a lower probability of a banking crisis in 2007-08, in “The Global Economic Recovery 10 Years After the 2008 Financial Meltdown”, *World Economic Outlook. Challenges to Steady Growth*, IMF, October 2018, at. 72. See, also R. Glick, X. Guo and M. Hutchison, “Currency Crises, Capital. Account Liberalization, and Selection Bias”, 88 (4) The Review of Economics and Statistics, 2006, at 699-700; See also K. Spong (n 11) at 9-11.

²⁰ See, IMF: *Global Financial Stability Report*, April 2020, Chapter 1, “The Sharp Tightening of Global Financial Conditions Significantly Increased Risks to Financial Stability”, at 5, 8, 14-17. Never has the IMF’s World Economic Outlook made such grim reading. In fact, the liquidity relief through fiscal and monetary stimulus couldn’t be enough to overcome financial risks, such as highly indebted companies and leveraged investors.

of postcrisis regulatory reform and oversight—both domestically and internationally—could encourage excessive risk taking, leading to a further build-up of financial vulnerabilities”²¹.

Most of these risks stem from inappropriate practices of the financial markets such as the fact that investors have moved into riskier asset classes in search of yield²², the increasing of government and corporate debt in many countries²³, as well as the growing of the share of firms with low investment-grade rates in advanced economy bond indices²⁴, debt-at-risk²⁵, or funds increasing their holdings of illiquid assets²⁶.

9. The European Systemic Risk Board (ESRB) broadens the typology of risks that threatens financial stability focusing on risks arising through interconnectedness²⁷, from climate change, disruptions in critical financial infrastructures, a cyber incident²⁸, as well as those which might derive from contagion across sectors and within the shadow banking system, that almost exceeds the regularized banking activity and avoids the control of the supervisors²⁹, and liquidity risks and risks associated with leverage among some kind of investment funds³⁰. The destabilizing effects of shadow banking on the financial system are also underlined by the IMF³¹, the BIS³², and the ECB³³, on a recurring basis over the past few years.

10. Leverage is perhaps the greatest risk because it is not possible to measure it accurately from a global financial stability perspective³⁴. Thus, leverage arising from the interconnectedness within the financial system is rising and the off-balance sheet funding of the systemic banks on Key Jurisdictions—U.S., U.K. and the Eurozone—is higher now than in 2007³⁵. According to a BIS research, the leveraged

²¹ See IMF *World Economic Outlook. Challenges to Steady Growth* (n 19) at 22. See also IMF, *World Economic Outlook, April 2019. Growth, Slowdown, Precarious Recovery*, Chapter 1: Global Prospects and Policies, at 19-20.

²² See, S. Çelik, G. Demirtas and M. Isaksson (2020), “Corporate Bond Market Trends, Emerging Risks and Monetary Policy”, OECD Capital Market Series, Paris, at 5-7.

²³ See, IMF, *Fiscal Monitor*, April 2020, Chapter 2, at 2-8; See, also BIS *Annual Economic Report*, June 2019, “Editorial”, underlying Contagion Risk in International Banking through price adjustments of CLOs, Collateralised loans obligations, a new Kind of structured products; at xi-xii.

²⁴ Debt owed by companies whose earnings are insufficient to cover interest payments, see IMF: *The October 2019 Global Financial Stability Report at a Glance*, at 25-34

²⁵ *Ibid.* at 39-42

²⁶ See, among others, Q. Chen, A. Filardo and F. Zhu, “Financial crisis, US unconventional monetary policy and international spillovers”, 2016, 67, *Journal of International Money and Finance*, 62 at 63-64; C. Borio and F. Zhu, “Capital regulation, risk-taking and monetary policy: A missing link in the transmission mechanism?”, 2012, 8 (4) *Journal of Financial Stability*, 236 at 250-251

²⁷ See, ESRB General Board 36th regular meeting, 19 December 2019 (Press Release).

²⁸ Moreover, financial tensions could derive from sources of a different nature like cybersecurity breaches and cyberattacks on critical financial infrastructure, the rapid growth of crypto assets, geopolitical risk, etc. See also the point 3.1 of the *ECB Annual Report 2018*, April 2019 at 41-43. See also D. Nouy, “From a wish list to a to-do list: how supervisors can help banks prepare for crisis”, Brussels, 23 November 2018, ECB www.bankingsupervision.europa.eu.

²⁹ See the Letter of the ESRB Secretariat to the European Commission, “ESRB considerations regarding the AIFMD”, ESRB/2020/0015; Brussels, 3 February 2020, at 6-7.

³⁰ ESRB, *EU Shadow Banking Monitor*, No 3, September 2018, at 3-4. In order to assess how non-bank financial institutions can contribute to the build-up of Systemic risk, the ESRB proposes that macroprudential authorities should develop a “macroprudential toolkit”, taking into account the variety of business models and institutions within this sector; See ESRB, Reports of the Advisory Scientific Committee, No 10. February 2020, *The Global dimensions of macroprudential policy*, at 4.

³¹ See, IMF : *The October 2019* (n.24), at 47-50.

³² See, “Statistical release: BIS international banking statistics at end June 2019, 24 October 2019.

³³ According to a research from the ECB, recently published, increasing the supply of reserves reduces liquidity risk in the traditional banking sector, but fails to reach the shadow banking sector. Thus, when the former is large, the central bank can further stabilize asset prices by directly purchasing illiquid securities; see, A. D’Avernas, Q. Vandermeijer and M. Darracq Parias: *Unconventional monetary policy and funding liquidity risk*, ECB/WPS, No 2350/January 2020, at 35-36.

³⁴ As M. Singh and Z. Alam have pointed out, typical leverage metrics, which include the ratio of total assets to capital or the ratio of risk-weighted assets to Tier 1 capital only rely on the aggregation of a bank balance sheet data. Therefore, they don’t include off-balance sheet items, nonbank funding to banks.

Although, the scope of the Basel III regulatory framework includes both leverage metrics, BIS databases and the IMF’s Financial Soundness Indicators (FSI) only include on-balance sheet measures; *Leverage- A Broader View*, IMF Working Paper, WP/18/62, March 2018, at 4, 6.

³⁵ *Ibid.* at 16.

loan market is doubling in size over the past decade³⁶. Moreover, the issuance of collateralized loan obligations (CLOs), that invest mainly in leveraged loans³⁷, and loose financial conditions³⁸, make more difficult the task of accurately weighing the current level of financial risks³⁹.

Beyond this point, regulators should apply additional scrutiny but given the existence of close connections across borders, banks should be scrutinized unevenly. Moreover, the current framework lets regulators look for the softest regulatory environment and there is a clear risk that “some countries might try to turn this into a business model”⁴⁰.

Basel III is the corner stone of the current banking regulation at the global level. It gathers several rules to enhance the resilience of banks in the case of a financial crisis. Banks have to hold more capital and of higher quality and furthermore to fulfil much stricter liquidity standards than before.

11. On the one hand, banks are required to maintain higher minimum levels of capital and improve its quality, Common Equity Tier 1 (CET 1). Thus, minimum Tier1 capital rises from 4% to 6%, and total capital 8%⁴¹, while Global systemically important banks (G-SIBs) are subject to additional capital requirements under the so-called Basel “IV” framework⁴².

12. On the other hand, Basel III establishes a leverage ratio for all internationally active banks that constrains the build-up of debt to fund banks’ investment and limits on risk concentration. Under this requirement, the Tier1 capital must be at least 3% of the bank’s on-and-off balance sheet exposures⁴³.

13. Moreover, this Global Framework sets up the liquidity Coverage Ratio LCR, that requires banks to hold liquid assets for 30 days during times of stress, and the Net Stable Funding Ratio, NSFR, for mitigating maturity transformation.

14. An assessment of the implementation of the Basel III framework does not offer a homogeneous standard⁴⁴. Concerning to CET1, all Group1 and Group2 banks (including the 30 G-SIBs) would meet the minimum capital requirement of 4,5% and the target level of 7%, including the G-SIBs surcharge, although currently CET1 ratios are higher in Europe than in America and the rest of the world.

³⁶ See T. Goel “The rise of leveraged loans: a risky resurgence?”, BIS Quarterly Review, September 2018, at 10-11.

³⁷ See S. Aramonte and F. Avalos: “Structured Finance then and now: a comparison of CDOs and CLOs”, BIS QR, International banking and financial markets developments, September 2019, at 11-14.

³⁸ See, BIS QR, Easing trade tensions lift sentiment, December 2019, at 8-11.

³⁹ The September 2019 volatility in the US general collateral repurchase agreement market (GC repo), and the increasing segmentation of repo markets in the EU, could hamper the redistribution of liquidity; see P. Schaffner, A. Ranaldo and K. Tsatsaronis: “Euro repo market functioning: collateral is King”, BIS QR December 2019, at 7-9.

⁴⁰ See, S. Lautenschläger, “Ten years after the crisis-risks, rules and supervision”, Speech at the 13th ASBA-BCBS-FSI High Level Meeting on Global and Regional Supervisory Priorities in Nassau, Bahamas, 30 October 2018, www.bankingsupervision.europa.eu.

⁴¹ CET1 consists of common shares, retained earnings and other reserves. In addition, when fully phased in, banks must hold a capital conservation buffer in the form of CET1 of 2.5%.

⁴² The first phase of Basel III focused on the capital ratio calculation in the form of CET 1 of 2,5%, and the 2017 reforms on the risk-weighted assets RWAS. The capital ratio is the amount of regulatory capital, CET1+Add.T1 (capital instruments with no fixed maturity) + T2 (subordinated debt and general loan-loss reserves, divided by the amount of risk weighted assets. Each type of asset has different risk (i.e. mortgages, cash, securities and loans made to individuals, etc.). The greater the amount of RWAS, the more capital is needed. See, BIS, *Finalising Basel III. 2010, 2017 reforms*, December 2017, at 3-5.

⁴³ The leverage ratio limits any excessive build-up in leverage. The calculation of the 3% is the result of divide T1 capital by on-and off-balance sheet exposures (including derivatives, repos and other securities financing transactions). The 2017 reforms, Basel “IV”, introduce a leverage ratio buffer for G-SIBs and set it at 50% of their weighted higher-loss absorbency requirements. Thus, a bank with a 2% risk-based buffer will have a 1% leverage ratio buffer and so will be expected to maintain a leverage ratio of at least 4%. See, BIS, *Finalising..*, (n 42) at 6.

⁴⁴ It consists of a monitoring framework on the risk-based capital ratio, the leverage ratio and the liquidity metrics using data collected by national supervisors in each country. Data were provided for a total of 206 banks, including 111 large internationally active (“Group 1”) banks that have T1 capital of more than €3 billion, and 95 other (“Group 2”) banks. See BIS, *Basel III Monitoring Report*, October 2018.

15. The leverage ratio has also grown, more in America than in Europe, 6,3%/5,3% (at end December 2017). Nevertheless, over 2018 it has increased by 0,2% in Europe while in America it remained constant.

16. Both, LCR and NSFR decreased by almost 1.0 percentage point for Group1 banks (at end December 2017)⁴⁵.

According to a recent report, there are some Key structural shortcomings in the market risk framework that have to be addressed, such as foreign currency risk positions from foreign exchange capital requirements, equity prices or investments in funds.⁴⁶ Although they are subject to the revised standardized approach at a global level⁴⁷, regulatory autonomy at the national and regional levels may entail uneven implementation of the supervisory standards⁴⁸.

III. Banking deregulation in the US and “the one-handed economists solutions”

17. The deregulatory policy is being promoted by the current US administration, and it's also being supported by the legislative power, the Fed, and other regulatory agencies of the financial sector. According to a Presidential Executive Order signed in February 2017, the regulatory framework of the financial sector has to be tailored⁴⁹.

18. Although it did not mention the Basel III framework, it sought to dismantle the implementation of the Dodd Frank Act⁵⁰, which enshrined many of the above remarked global criteria for banking business.

19. The Dodd Frank Act addressed the roots of the 2008 financial crisis through the most far-reaching overhaul of the banking regulatory framework in the US since the 1930s⁵¹. It entails the introduction of higher prudential standards⁵², and the requirement to develop, maintain and file a resolution plan (“living will”) with the Fed and the Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC), for large bank

⁴⁵ Ibid, 18-75.

⁴⁶ See BIS-Basel Committee on Banking Supervision, *Explanatory note on the minimum capital requirements for market risk*, January 2019, at 4-11.

⁴⁷ The revised standardised approach has three components the sum of which determines the overall capital requirement: (i) sensitivities-based method, that addresses the change in the value of an instrument given a small movement in a risk factor that affects its value. Banks must scale up their “sensitivities” to each risk factor based on the prescribed risk weight to estimate losses if a shock was to happen to the risk factor; (ii) Standardised default risk capital requirement, that allocates all credit and equity positions to default risk bucket categories (including corporates, sovereigns and local governments, municipalities); (iii) Residual risk add-on, that provides a conservative capital requirement for any other risks not addressed by the main risk factors included in the other two components. See BIS-Basel Committee on Banking Supervision. *Explanatory note...* (n 46) at 9-10.

⁴⁸ It must be underlined that the Basel Committee is not a supranational authority. Thus, the implementation of the Basel standards depends on the adoption of internal regulations in each jurisdiction. Such is the case of the *Consolidated Basel Framework* that have to be implemented by January 2022. Although it reorganizes all the existing global standards, it doesn't introduce any amendment to them; see Basel Committee on Banking Supervision: *Launch of the consolidated Basel Framework*, December 2019, at 4-10.

⁴⁹ The White House, “Presidential Executive Order on Core Principles for Regulating the United States Financial System”, 3rd February 2017, <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2017/02/03/presidential-executive-order-core-principles-regulating-united-states>.

⁵⁰ Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (Pub. L.111-203), H.R.4173, July 21, 2010.

⁵¹ See, E.”Ed” Towns: “On the Dodd-Frank Act”, 1(1) Harvard Business Law Review, 2011, at xi-xii. Nonetheless, it has been criticized on the main ground that it over-regulates the financial system and creates more bureaucracies; see J.C. Coffee, Jr.: “The Political Economy of Dodd-Frank: why Financial Reform tends to be frustrated and Systemic Risk Perpetuated”, 97 Cornell Law Review 2012, 1020 at 1079-1082. See also J.R. Macey and J. P.Holdcroft: “Failure Is an Option: An Ersatz-Antitrust Approach to Financial Regulation”, Faculty Scholarship Series, 2011; 3874; at 1381-1383.

⁵² See, N. Baily, A. Klein and J. Schardin: “The Impact of the Dodd Frank Act on Financial Stability and Economic Growth”, 3 (1) The Russell Sage Foundation Journal of the Social Sciences, 2017, 20 at 22-23.

holding companies (BHCs) and Foreign banking organizations (FBO) with total global consolidated assets of \$50bn or more⁵³.

20. Nonetheless, the standards of the Basel III Framework were implemented through the provisions of the Revised Capital Framework⁵⁴ that sets forth, among others, the minimum risk-based capital ratios for CET1, including an additional capital surcharge for US banking organizations which are G-SIBs⁵⁵, market risk capital charge and Risk-weighted assets⁵⁶, and a minimum leverage ratio⁵⁷.

21. Up to date US regulators have not yet issued proposals to implement the 2019 Basel standards in the United States.

22. These regulations were completed in 2014 with the U.S. Liquidity Coverage Ratio (U.S.LCR)⁵⁸, while in 2016 it was proposed a Net Stable Funding Ratio (NSFR) that has not yet been adopted⁵⁹.

23. The trend towards the deregulation of the U.S. financial industry is also being driving thanks to some legislation that has repealed or revised certain provisions of the Dodd-Frank, like the Economic Growth, Regulatory Relief, and Consumer Protection Act (EGRRCPA)⁶⁰ that reduced regulatory requirements for banks holding less than \$250 billion or more in consolidated assets, exempt from the requirement of a “living will” to BHCs with assets of less than \$100 billion, and exempts some banks from the Volcker Rule (VR)⁶¹.

This deregulatory wave could dismantle many other regulatory controls if the Financial Choice Act would be enacted⁶²; first, it will enforce a general repeal of Title II of Dodd-Frank, the Orderly Liquidation Authority (OLA), which allows the Federal Government to step in if a bank is near collapse and provide a backstop to ensure the bank’s failure is not to spread to the rest of financial sector⁶³, and

⁵³ The “living will” must detail the bank’s strategy for rapid and orderly resolution in the event of failure or financial distress. See, Dodd-Frank Act Title I (n 50).

⁵⁴ Federal Register Vol. 78, No 198, 11.10.2013, pages 62017-62291.

⁵⁵ A minimum risk-based capital ratios for CET1 (4,5%), Tier1 capital (6%) and total capital (8%), and, when fully phased in, a capital conservation buffer of CET1 of 2,5%, and the possibility to impose an additional countercyclical buffer of up to 2,5% that has not yet been imposed.

⁵⁶ The Revised Capital Framework improves the risk-sensitivity of the general risk-based capital rules including a market risk capital charge but, unlike the Basel Framework, do not rely on credit ratings to determine specific capital requirements for certain instruments not rely either on external credit ratings for the risk-weighting of assets, due to the prohibition in section 939A of the Dodd-Frank Act.

⁵⁷ It includes two separate leverage requirements, a 4% minimum leverage ratio (Tier1 capital divided by average consolidated assets, less deductions) and a 3% supplementary leverage ratio in the Basel Framework which only is applied to BHCs.

⁵⁸ Federal Register, Vol. 79, No 197, 10.10.2014, pages 61440-61541. This regulation requires banks to hold a prescribed ratio of high-quality liquid assets to withstand a 30 days stress-scenario for the BHCS, like that released by the Basel Framework, but included specific criteria for the largest banks that exceed \$250 bn in consolidated assets or \$10 bn in on-balance sheet foreign exposure.

⁵⁹ Dep. Of the Treasury/OCC, 12 CFR Part 50, Docket ID DCC-2014-0024, May 03, 2016. This proposal establishes a specified ratio of high-quality liquid assets to cover the outflows of a one year stress scenario.

⁶⁰ Pub. L. 115-174, S. 2155, May 24, 2018.

⁶¹ Federal Register, Vol. 79, No 21, 31.1.2014, pages 5223-5228. The VR refers to §619 of the Dodd-Frank Act and prohibits banks from engaging in proprietary trading, acquiring any ownership interest in, or sponsoring a hedgefund or private equity fund, and generally requires them to adopt an appropriate compliance programme. It’s a key tool both, to prevent that banks use customer deposits for risky trading and to prevent conflict of interest between their retail divisions and their investment divisions. According to the EGRRCPA, banks that do not have and are not controlled by companies that have more than \$10 billion in total consolidated assets and trading assets of more than 5% of total consolidated assets, are exempted of the VR.

⁶² The Financial Choice Act of 2017, H.R. 10, 115th Cong. (2017).

⁶³ Title I, Subtitle A-Secc 111; See, A. J. Wallison, “Why Large Portions of the Dodd-Frank Act should be Repealed or Replaced”, in *The Case Against Dodd-Frank: How the “Consumer Protection” Law Endangers Americans*, N.J. Michel ed., The Heritage Foundation, 2016, 11-30. This scholar argue that, as far as no financial crisis has threatened U. S. financial sector since the enactment of Dodd-Frank, this law has not yet been proven in action and is skeptical about its ability to prevent a crisis. Moreover, the implementation of Dodd-Frank create costs that outweigh the bank’s benefits.

will tailored the scope of the competences of the FDIC, which would revert to having receivership authority only over commercial banks⁶⁴.

24. Last, but not least, the Financial Choice Act would repeal the VR and would also prohibit the Consumer Financial Protection Bureau (CFPB), that was created by Dodd-Frank, from being responsible for supervision of banks as well as market monitoring⁶⁵. Thus, banks with high levels of capital will not be subjected to Basel III standards and will have the chance to avoid costly regulatory scrutiny, “heightened risks for investors and other stakeholders in large interconnected depository institution holding companies (DIHCs)”⁶⁶.

25. The Fed, along with other regulatory agencies, are considering to low the supervisory standards that have been implemented in the US banking sector after the last financial crisis, minimizing compliance burdens⁶⁷, tailoring living wills⁶⁸, giving a 20% reduction to the leverage ratios of the U.S.G-SIBs⁶⁹, establishing reductions on the capital buffers for large banks⁷⁰, or suggesting a tiered system for reduced liquidity requirements⁷¹. Foreign banks operating in the US would enjoy a similar regulatory relief⁷².

26. This alignment of the main financial supervisory bodies with deregulatory policies can not be justified in the light of recent data from the banking sector of the U.S. For the first time since 2006, while in 2018 there was no bank failure⁷³, and in 2019 only four small banks have busted⁷⁴; according to a Fed report, the banking sector is in strong condition, with robust economic performance, lending growth, fewer nonperforming loans and stable overall profitability⁷⁵. Moreover, most of the U.S. G-SIBs

⁶⁴ According to the Title I, Subtitle 8-Secc. 121, 122 and 123, the OLA should be replaced by a new bankruptcy process of the Financial Institution Bankruptcy Act of 2017 (FIBA)- H. R. 1667, 115th Congress (2017-2018).

⁶⁵ Title IX-Secc. 901 and Title VII, Subtitle A-Secc. 711 to 717 and Subtitle B-Secc. 721 to 719, respectively.

⁶⁶ See, B. B. Miller and H. R. Sutherland: “Déjà Vu: Model Risks in the Financial Choice Act”, Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation Ethics Metrics LLC Posted on June 25, 2017. These scholars pointed out that, with the repeal of the OLA and the FDIC’s financial assistance or systemic risk program for large banks, the US banking industry would be backed up by only two resources: the FDIC’s current maximum funding capacity of \$958 billion and a bank regulatory oversight process that does not protect investors.

⁶⁷ See, Board of Governors of the Federal Reserve System: *Supervision and Regulation Report*, November 2018, at 1-2, 13-20. See also, US Government Accountability Office, GAO 20-40, a report to congressional requesters assessing Bank’s Compliance Controls for Money Transmitter Accounts, December 2019, pointing out that the federal banking regulators backed alternative ways for risky borrowers to get loans, such as their cash flow.

⁶⁸ See, Board of Governors of the Federal Reserve System: “Statement on Proposals to modify Enhanced Prudential standards for Foreign Banks and to Modify Resolution Plan Requirements for Domestic and Foreign Banks by Governor Lael Brainard”, April 8, 2019. Under the proposal, the eight U.S. G-SIBs would file living wills every two years, BHCs file full plans every three years, banks with \$250 billion to \$700 billion in assets only once every six years, and most domestic banking organizations in the range of \$100 to \$250 billion in assets are no longer required to file a living will.

⁶⁹ See, Board of Governors of the Federal Reserve System: “Rule proposed to tailor ‘enhanced supplementary leverage ratio’ requirements” April 11, 2018.

⁷⁰ By combining the “stress capital buffer” with the non-stress capital requirements, banks will need to meet 8 capital requirements instead of the current 13; See the Fed statement of March 4, 2020 regarding the adoption of a rule on stress capital buffer (SCB).

⁷¹ See, Fed, FDIC and OCC, “Proposed changes to applicability thresholds for regulatory capital and liquidity requirements”, October 31, 2018, at 12-26.

⁷² According to a proposal of the Fed, foreign banks Fed with \$100 billion or more in US assets would be sorted of increasingly stringent requirements based on several factors, extending also liquidity rules to their US branches, not just to their US subsidiaries; see, 84 FR 21988, (doc. N. 2019,-07895). Nonetheless, regulators have dropped it recently, see: *Changes to Applicability Thresholds for Regulatory Capital and Liquidity Requirements* 84 FR 59230, October 10, 2019, and Fed: *Prudential Standards for the Large Bank Holding Companies Saving and Loan Holding Companies, and Foreign Banks Organizations*, 84 FR 59302.

⁷³ See, FDIC: “Bank Failures in Brief”, January 23, 2019.

⁷⁴ According to a survey carried out by the New York Federal Reserve, this is not a relevant number if we take into account that currently 4700 Federally insured lenders are operating in USA; See Federal Reserve Bank of New York: *Quarterly Report on Household debt and credit*, 2019: Q3, November 2019, at 30.

⁷⁵ *Supervision and Regulation Report* (n 67) at 3-8. The average risk-weighted common equity ratio of the BACs increased from about 7% in the years preceding the financial crisis to about the 13% as of the end of 2017. Nevertheless, the federal

passed the first round of the 2019 stress tests and would be well-positioned in the context of a severe global recession⁷⁶.

27. Against this background, the Fed and the FDIC keep on watering down the implementation of the Basel III regulatory framework voting to leave the counter-cyclical buffer at zero⁷⁷, or issuing rules excluding community banks from the VR regulations and loosening the standards that ban banks from engaging in proprietary trading⁷⁸. Furthermore, R. K. Quarles, Vice Chair for supervision of the Fed, stated before of the U.S. House of Representatives that they'll not increase overall capital levels at US banks⁷⁹.

28. This policy that is weakening bank capital rules has been criticized by prominent economist⁸⁰ and several Institutions like the systemic Risk Council of the U.S. pointing out that as far as the economic cycle is approaching to the end, lending standards tend to loosen and asset values peak, so capital requirements should be raised rather than being reduced⁸¹. The recent emergence of a “black swan” –the Covid 19 pandemic– is hitting the credit quality of the US banking sector. Among the most severe risk, we can cite the collapse of the oil prices, which has reached a negative level for the first time in history⁸², impacting the four main commercial banks that have an exposure to the energy sector on average of 15% of their regulatory capital⁸³.

29. We have also to pointing out the area of consumer credit, since the confinement of the population in their homes restricts private consumption to basic subsistence goods. This circumstance will make banks lose part of their most profitable business, since the financing of the consumption of various goods and services had increased in recent years given the high interest rates applied to consumer

banking agencies –FR, FDIC and OCC– have proposed a rule to limit the interconnectedness of large banking organizations and reduce the impact from failure of the largest banking organizations. Accordingly, GSIBs would be required to hold additional capital against substantial holdings of their total loss-absorbing capacity (TLAC), the debt that are required to issue in order to be used to recapitalize them during bankruptcy or resolution; see, Board of Governors of the Federal Reserve System: “Agencies propose rule to limit impact of large bank failures”, April 2, 2019.

⁷⁶ See, Board of Governors of the Federal Reserve System, *Dodd-Frank Act Stress Test 2019: Supervisory Stress Test Results*, June 2019, at. 1-4, 21-48.

⁷⁷ See, Board of Governors of the Federal Reserve System: “Federal Reserve Board votes to affirm the Countercyclical Capital Buffer (CCyB) at the current level of Opercent”, March 6, 2019. See also the arguments to support this decision from the speech of Vice Chair for Supervision R.K. Quarles, “Frameworks for the Countercyclical Capital Buffer”, Spring 2019 Meeting of the Manhattan Institute’s Shadow Open Market Committee, New York, March 29, 2019. The CCyB is a tool to bolster banks’ strength against financial stability risks. According to the Revised Capital Framework of 2013 above remarked (note 40), 2013, G-SIBs should have an additional CCyB of up to 2,5%.

⁷⁸ See, Board of Governors of the Federal Reserve System, Final Rule of July 9, 2019, 12 CFR Part 248 [Docket No. R-1643] RIN 7100- AF33. See also the Inter Agency Final Rule approved by the Board of Directors of the FDIC on August 20, 2019, 12 CFR Part 351 RIN 3064-AE67.

⁷⁹ See, Statement by R. K. Quarles before the Committee of Financial Services, U. S. House of Representatives, December 4, 2019, at 5,6.

⁸⁰ According to A.R. Admati, regulation requiring more equity helps create beneficial commitments for banks to avoid the temptation of excessive borrowing; see, “Towards a Better Financial System”, Economics for Inclusive Prosperity (econfip), Policy Brief 2, February 2019, <http://econfip.org>.

⁸¹ See the letter of Sir Paul Tucker, on behalf of the systemic Risk Council to the chair of the Board of Governors of the Federal Reserve System and the Chair of the OCC of August 8, 2018, “Comments regarding the e SLR and VR”, www.systemicriskcouncil.org. See also Lael Brainard, a Fed Governor, dissenting on the central bank’s deregulatory trend stating that “at a time when cyclical pressures have been building and bank profitability has been strong, it might be prudent to ask large banking organizations to fortify their capital buffers, which could subsequently be released if conditions warrant”; “Assesing Financial Stability over the Cycle”, speech delivered at the Peterson Institute for International Economics, Washington, DC, December 7, 2018, <http://www.federalreserve.gov/speeches>.

⁸² US oil sank 305% when the May futures for the West Texas barrel were trading at minus \$37.63 on April 20, 2020 while the futures trading for June only went up to \$14 on 27 April 2020.

⁸³ According to Haynes & Boone, as for early April, 215 oil producers have filed for bankruptcy involving more than \$129 billion in aggregate debt: see, Haynes & Bone, LLP: “Oil Patch Bankruptcy Monitor”, April 6 2020.

loans⁸⁴, although they have been included in public guarantees to cover bank risks that stem from the Covid-19 pandemic⁸⁵.

30. The global assessment of J. Yellen, the former Fed chair, seems to be conclusive when she states that US should deal with the deterioration in the standards of corporate lending instead of focusing on deregulation⁸⁶.

31. Th. Adorno said that we live in a time in which nothing true can be harmless. Although the banking regulatory framework established after the financial crisis could mean higher costs and fewer corporate profits, it is a guarantee for financial stability⁸⁷.

32. Meanwhile, well founded warnings arise to prevent the deregulatory wave from crossing the borders of the U.S. and sliding towards the EU which could lead to a financial system that is even less resilient than the one before the crisis⁸⁸.

The US deregulatory trend seems to be as unreliable as the “one handed economists solutions” advocated, long time ago, by H.S.Truman.

IV. The European banking regulatory framework: financial stability vs. sectorial efficiency

33. The cornerstones of the normative framework of the EU are Directive 2013/36/EU of the European Parliament and the Council of 26 June 2013, on access to the activity of credit institutions and the prudential supervision of credit institutions and investment firms⁸⁹, and Regulation (EU) 575/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013, on prudential requirements for credit institutions and investment firms⁹⁰. These tools are essential to achieve the complex goal of implementing Basel III objectives within the fragmented normative environment of the EU at a national level.

34. This framework aims at one hand to prevent and mitigate macroprudential and systemic risks while at the same time ensuring that it does not harm the functioning of the internal market⁹¹.

35. Regarding to capital standards, credit institutions shall maintain, in addition to the CET 1, a capital conservation buffer of CET 1 equal to 2.5% of their total risk exposure amount although for G-SIBs this amount shall be of up to 2% of their total systemic risk exposure⁹².

⁸⁴ Nevertheless, nonbank lenders such as Private equity firms and hedge funds now dominate consumer loans because the implementation of The Dodd-Frank Act limited bank's ability to take risks in lending; see, T. Spangler: *One Step Ahead-Private Equity and Hedge Funds After the Global Financial Crisis*, Oneworld P., 2016, at 10, ss.

⁸⁵ The Federal Reserve Board established a “Commercial Paper Funding Facility” (CPFF) and the “Primary Dealer Credit Facility” (PDCF) on March 17, 2020, to support the flow of credit to households and businesses, that directly finance auto loans, mortgages as well as liquidity to meet the operational needs of a range of companies.

On March 18, 2020, the Fed established the “Money Market Mutual Fund Liquidity Facility” (MMLF), and on March 23, 2020, the Fed established the “Term Asset-Backed Securities Loan Facility” (TALF), that broaden its program of support for the flow of credit to households.

⁸⁶ Interview with the Financial Times, October 25, 2018.

⁸⁷ According to some analysts familiar with the matter, rising levels of corporate debt as well as the leveraged loan explosion, are posing risks to the financial system, but US regulators lack a toolkit to prevent a catastrophic financial event; E. Ludwig: “US regulators ill prepared for next downturn”, Financial Times, June 11, 2019. Nevertheless, two states have adopted proposals to oversight financial services providers currently underregulated as well as to protect consumers; See New York Governor: *State of the State 2020*, January, 2020, expanding protection for NY (consumers of financial products or services); see also state of California: *Governor's Budget Summary 2020-2021*, January 10, 2020, at 13.

⁸⁸ S. Bair, former chair of the FDIC, “The US must hold firm on bank capital rules”, Financial Times, October 2, 2018.

⁸⁹ OJ L 176/338 of 27.6.2013.

⁹⁰ OJ L 176/1 of 27.6.2013

⁹¹ See P. Aghion, A. Bergeaud, G. Clette, R. Lecat and H. Maghin: “Financial constraints and productivity growth: An inverted-U relationship”, 26 CEPR Policy Portal, 13 September 2019.

⁹² Article 129(1) and 131 (5) of Directive 2013/36/EU (n 69), respectively. See also the Article 136 (4) of the Directive 2013/36/EU.

36. Moreover, Member States of the EU may introduce a systemic risk buffer of CET 1 of at least 1% based on the banks' exposures. This buffer could be upgraded to a 5%⁹³. The EU requires also higher standards regarding to the own funds of the credit institutions⁹⁴.

37. Liquidity requirements and the leverage ratio should be harmonized by 2015 and 2018, respectively⁹⁵. The bank liquidity was subject to a specific and extraordinary supervision of the ECB in 2019 and the result elicited serious reluctance: only eleven banks reported a survival period shorter than two months under the extreme shock scenario but the number of banks that manage to resist for at least six months in this scenario is reduced to twenty six⁹⁶.

38. The adoption of the banking package in May 2019 has already updated these provisions, although it has just included some of the rules agreed by the Basel Committee in December 2017, those regarding the leverage ratio and the leverage ratio buffer⁹⁷. The new framework also addresses the requirements to maintain a capital conservation buffer and to maintain a systemic risk buffer⁹⁸, and provides for new standards on additional own funds requirements⁹⁹.

39. It is forecast that the entire implementation of Basel III package should have the result of pushing forward mergers between the largest banks in the EU¹⁰⁰. According to SCOPE, there are, however, certain elements suggesting that cross-border bank M&A in Europe will not be implemented in the short-term, such as digital challenges, product commoditization, the assessment of non-parametric risks like money laundering, climate-change risks or cyber risk, the persistence of excess capacity, and the scarce creation of synergies between their investment and their retail and commercial networks, among others¹⁰¹.

⁹³ Article 133(1) and 133(13-4) of Directive 2013/36/EU, respectively. It must be underline that, as a matter of fact, the European rules could make banks more susceptible to changes in the economic context due to their procyclical effect. Nevertheless, the Covid19 crisis has forced the central banks of these 9 eurozone states to authorize the release of countercyclical capital buffers to ease the financing of banks loans to companies.

⁹⁴ According to Article 92(1) of the Regulation (EU) 575/2013 (n 70), credit institutions shall at all times satisfy a CET 1 capital ratio of 4,5%, a T1 cr of 6% , a total cr of 8%.

⁹⁵ Recital 18 of the Regulation (EU) 575/2013. According to Article 412(1) of this Regulation, credit institutions shall hold liquid assets so as to ensure that they maintain levels of liquidity buffers which are adequate to face any possible imbalance between liquidity inflows and outflows under gravely stressed conditions over a period of thirty days. The leverage ratio shall be calculated in accordance with article 11(2) and 429 (2) of this Directive.

See also "Consultation Paper on CEBS' Guidelines on Liquidity Cost Benefit Allocation" (CP 36) March, 2010, CEBS archive/EBA, <https://eba.europa.eu/cebs-archive>.

⁹⁶ 103 banks were involved within a new stresst test risk profile focused on short-term liquidity risk which is not included in EU-wide stress test (e. g. EBA 2018); ECB, *Banking Supervision: Sensitivity Analysis of Liquidity Risks-Stress Tests 2019*, Final results, 7 October 2019, at 14. Furthermore, in an adverse scenario with limited liquidity outflows or a downgrade of a credit rating step, half of European banks would not resist six months. This time reference is taken into account because it is what lasted 43% of the liquidity crises analyzed by the ECB.

The EBA had planned to carry out along this year the assessment of 51 European banks against the most extreme pos-Brexit scenario, including a decline in EU GDP by 4.3% between 2020-2022, but it had to be postponed to 2021 due to the Covid 19 pandemic; see, *EBA launches 2020 EU-wide stress test exercise*, 31 January 2020; see, also, EBA, EU-wide stress test postponed to 2021 to allow banks to prioritise operational continuity, 19 March 2020.

⁹⁷ The leverage ratio is set at 3% of Tier 1 Capital, according to article 1 (52) of Directive (EU) 2019/878 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 amending Directive 2013/36/EU, OJ L 150/253 of 7.6.2019. See the ECB critical observations on this issue in its Opinion of 8 November 2017 (CON/2017/46).

⁹⁸ See articles 1(46), 1(47) and 1(49) of Directive (EU) 2019/878, respectively. The combined macroprudential buffer requirements in the euro zone are range between 2,5% to 5,75%, but only five countries have activated the systemic risk buffer and just countries have activated the counter cyclical capital buffer; See scope (Financial Institutions): "AT1 quarterly: where are bank capital requirements heading?". 10 February 2020, at 1-2.

⁹⁹ See Paragrap 4 of article 1(33) of Directive (EU) 2019/878. See, nonetheless, the Recomendation of the European Central Bank of 7 January 2019 on dividend distribution policies (ECB/2019/1), which establishes a stricter calculation of capital ratios with regard to credit institutions paying dividends.

¹⁰⁰ See, Scope Rating GmbH: " Could new G-SII indicators facilitate cross-border bank mergers in Europe", 11 June 2019.

¹⁰¹ See Scope Insights: "Cross-border bank mergers in Europe: not such a grand idea", 7 February 2020, at 1-4.

40. In the meanwhile, European banks will be subjected to a 24.4% increase in their minimum capital levels¹⁰². But, according to European regulators, these capital increases will not be enough, arguing that, if risks are confined to one particular credit sector a specific capital buffer would not guarantee bank resilience¹⁰³. The need to reinforce capital buffers has been underlined in various statements by members of the ECB, either on the ground that there is still some scope to have a higher share of capital in the form of releasable buffers¹⁰⁴, or pointing out that the current composition of CCyB have to be rebalanced in order to give this buffer a more prominent role¹⁰⁵.

41. These remarkable progress towards regulatory harmonization has not been yet completed through the creation of a standardized supervision¹⁰⁶.

42. Despite the existence of various supranational bodies, the supervision of the EU's banking framework is uneven. The establishment of the European Banking Authority (EBA) that is carrying out key tasks on this field¹⁰⁷, does not prevent the implementation of any further measure taken by the Member States¹⁰⁸.

43. Moreover, along with the supervisory differences, banks in Member States remaining outside of the euro area are also subject to resolution and financial backstop arrangements which are aligned at national level¹⁰⁹, whilst banks belonging to the euro area are subject to the supranational rules established by the Single Supervisory Mechanism¹¹⁰, the Single Resolution Mechanism and the Single

¹⁰² See, European Banking Authority (EBA): "EBA advises the European Commission on the implementation of the final Basel III framework", 5 August 2019, and, "Call for advice on Basel III implementation: Key findings from the impact assessment and policy recommendations", Public Hearing, 2 July 2019, at 4.

Among the elements of the reforms that are still missing, it could be mentioned the Fundamental Review of the Trading Book, which includes the "out put floor", a limit to the capital benefit a bank can gain from relying on internal models rather than on the Standardised Approach (SA). The EBA strongly recommends that the SA should be implemented; see EBA: "Policy Advice on the Basel III Reforms: Output Floor", EBA-OP-2019-09c, 2 August 2019.

¹⁰³ See N. Jahn and M. Pirovano: "Understanding the specific features of the CC y B and the SCC y B-evidence from the 3D DSGE model", ECB Macropprudential Bulletin, 16 September 2019.

¹⁰⁴ Remarks by L. de Guindos, Vice-President of the ECB, at the ECB Forum on Banking Supervision, Frankfurt am Main, 6 November 2019.

¹⁰⁵ See, "Opportunities and challenges for the euro area financial sector", Opening Speech by L. de Guindos, Vice-President of the ECB, at the 22nd Euro Finance Week, Frankfurt am Main, 18 November 2019.

¹⁰⁶ According to a report of the IMF, in euro zone, banks loss-absorbing buffers, have not been fully developed by some national authorities and there is a risk that banks' stronger links to sovereigns in countries with high government debt along with potential losses on nonperforming loans could hit to capital for some banks; see IMF: *Global Financial Stability Report. Vulnerabilities in a Maturing Credit Cycle*, April 2019, at 7-8 and 21-29.

¹⁰⁷ See Article 1(5) of Regulation (EU) 1093/2010 of the the European Parliament and of the Council of 24 November 2010, establishing a European Supervisory Authority (European Banking Authority), OJL 331/12 of 15.12.2010. The EBA is part of the European Systemic Risk Board responsible for macro-prudential oversight across the EU's financial system, according to Regulation (EU)1092/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010, OJ 331/1 of 15.12.2010, as well as Regulation (EU) 2019/2176 of the European Parliament and the Council of 18 December 2019 amending Regulation (EU) No 1092/2010, OJ L334/146 of 13.12.2019

¹⁰⁸ See Title VII (Prudential Supervision) of the Directive 2013/36/EU. See F. Mazzaferro and F. Dierick: "The ESRB and macroprudential policy in the EU", Focus on European Economic Integration Q3/18, Österreichische National Bank, 131 at 139-140

¹⁰⁹ See Directive 2014/59/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014, establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms, OJL 173/190 of 16.2.2014. The implementation of the Directive is uneven. Although for the euro area has been established a single resolution mechanism anchored in the Single Resolution Board, there are divergences in incentives and practices of Member States in the treatment of creditors of banks under resolution and in the bail out of failing banks; On the other hand, this Directive does not avoid the taking of inconsistent decisions on the resolution of cross-border groups and does not prevent different approaches for national financial arrangements; see, European Commission, Report on the application and review of Directive 2014/59/EU and Regulation 806/2014, COM(2019) 213 final, Brussels, 30.4.2019, 5-7.

¹¹⁰ See, Council Regulation (EU) 1024/2013 of 15 October, conferring specific tasks on the European Central Bank concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions, OJL 287/63 of 29.10.2013. This Mechanism guarantees that the prudential supervision and the single rulebook for financial services is applied in a coherent manner to banks in the euro area, either centrally by the European Central Bank or by the national competent authorities. Although Article 7 of Regulation

Resolution Fund¹¹¹. It is foreseeable that the operation of these Mechanisms would be updated in the coming years¹¹².

44. The Banking Package also included amendments to certain provisions to the Bank Recovery and Resolution Directive¹¹³ and to the Single Resolution Mechanism Regulation¹¹⁴. While they introduce changes to the calibration, eligibility criteria and group allocation of the rules concerning the Minimum Requirement for own funds and eligible Liabilities (MREL)¹¹⁵, a key element of the resolution framework¹¹⁶, there is still missing a harmonized framework on insolvency regimes in the EU¹¹⁷. This current status could be changed because the European Parliament is considering to present a proposal to the European Commission to establish a unitary regime that should lodge in the SRB the competences on the matter, drawing the new regime from the US experience of the FDIC¹¹⁸. It is unavoidable to establish such a regulatory framework given the serious damages caused by the implementation of different criteria regarding either to the type of banks affected by a resolution procedure or by safeguarding different interest within the Eurozone States themselves. Thus, the Financial Stability Board (FSB) has pointed out, on the one hand, that progress in resolution policies is uneven; for example, there are no

(EU) 1024/2013 provides that Member States whose currency is not the euro could establish a “close cooperation” to participate in the mechanism, none of them had joined it up to date. See, Decision of the European Central Bank of 31 January 2014 (ECB/2014/5), and the Report from the Commission on the Single Supervisory Mechanism, COM (2017) 571 final, Brussels, 11.10.2017.

¹¹¹ See, Regulation (EU) 806/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 July 2014, establishing uniform rules and a uniform procedure for the resolution of credit institutions and certain investment firms in the framework of a Single Resolution Mechanism and a Single Resolution Fund and amending Regulation (EU) 1093/2010, OJL 225/1 of 30.7.2014. See also, European Commission, COM (2019) 213 final (n 109) at 12.

¹¹² There are several aspects within the Single Supervisory Mechanism that have to be addressed by the EU legislators. Such is the case of the macroprudential stress test of the largest banks of the euro area. The Results of 2018 indicate substantial resilience of more than 90% of them at the current juncture; see EBA: *2018 EU-Wide stress test*, 2 November 2018; see, also K. Budnik: “A bird’s-eye view of the resilience of the European banking system: results from the new macroprudential stress test framework”, ECB/Macroprudential Bulletin, March 2019, Issue 7. Nonetheless, a Special Report of the European Court of Auditors pointed out different features of the EU-wide stress test that should be improved. For example, that they have been conducted according to the bottom-up approach—where banks produced the results yielded by the shock scenario—rather than rely on a top-down approach; that key decisions at the EBA during the various phases of the stress test are taken by representatives of national supervisors; or that the EBA does not currently have the resources it needs to exercise full oversight, among others; see European Court of Auditors: *EU-wide stress test for banks: unparalleled amount of information on banks provided but greater coordination and forms on risks needed*, Special Report 10/2019, Luxembourg, 10.7.2019, at 9-12 and 107-117.

¹¹³ Directive (EU) 2019/879 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 amending Directive (EU) 2014/59, OJ L 150/296 of the 7.6.2019.

¹¹⁴ Regulation (EU) 2019/877 of the European Parliament and the Council of 20 May 2019 amending Regulation (EU) 2014/806, OJ L 150/226 of 7.6.2019.

¹¹⁵ See article 1(17) of Directive (EU) 2019/879 and article 1(6) of Regulation (EU) 2019/877.

¹¹⁶ Recital 44 of Directive 2014/59/EU and Recital 58 of Regulation 806/2014/EU, establish the Principle that the competent authority may conclude on grounds of public interest, that when a bank is failing or likely to fail, must be put under resolution, rather than applying insolvency under national law. Thus, the resolution framework establishes several resolution tools, like to use the sale of business tool, to create a bridge bank, to carry out bail-in, etc.; and it must ensure that share holders and creditors effectively support losses. While article 129 of Directive 2014/59/EU and article 94 of Regulation 806/2014/EU require the European Commission to review the application of the resolution framework that includes the MREL. According to a Single Resolution Board (SRB) Position Paper, banks headquartered in the Banking Union and their subsidiaries which will maintain significant business or operational activities in the UK post Brexit, are expected to consider issuing instruments, which are intended to be eligible to meet the MREL target, under the governing law of one of the EU 27 Member States; See *Single Resolution Board expectations to ensure resolvability of banks in the context of Brexit*, 15 November 2018, at 3.

¹¹⁷ The EU framework only provides some harmonisation on grounds of article 108 of Directive 2014/59/EU, establishing a ranking of deposits in insolvency hierarchy, and of Directive (EU) 2017/2399 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2017, amending Directive 2017/59/EU as regards the ranking of unsecured debt instruments in solvency hierarchy, OJ L 345/96 of 27.12.2017.

¹¹⁸ See European Parliament : *An Effective Regime for Non-viable Banks: US Experience and Considerations for EU Reform-Banking Union* Scrutiny, EGOV, Dir. Gen. for IP of the Union, PE 624.432, July 2019, at 53. The scope of the Competences that should be lodged in the SRB will be the almost 3.900 “less significant” credit institutions which are not subject to the single supervisory mechanism of the ECB, because the performance of these tasks belongs to the national competent authorities (see Case C-450/17P, EU:C:2019:372).

references of the resolution plans for local and regional banks, and there remains a gap in adopting institution specific cross-border cooperation agreements¹¹⁹. On the other hand, the chairman of the Supervisory Board of the ECB has stated that there is no supranational capacity to safeguard the implementation of the European framework within some Member States of the Eurozone, instead of adopting internal decisions that protect shareholders and investors, bailing out their national banks with public money¹²⁰.

45. As remarked above, the post crisis regulatory framework of the EU has increased the resilience of credit institutions although the other side of the coin are the costs meant for the banking business, especially those stemmed from tighter leverage and capital requirements and from unconventional monetary policies and the policy rate path adopted by the ECB.

46. Although a global trend seems to consolidate that shows the progressive lack of profitability of the banking sector, the gap is also widening between the US and European banks; thus, while the average return on equity of the former was 16% in 2018, the return for the latter was 6.5%¹²¹. Moreover, recent official data show that a quarter of the European banks has a profitability of less than 3% when the cost of capital is 10%¹²², and in the Eurozone banks have to face a persistent low profitability in recent years with around 75% of significant banks generating returns below the 8% benchmark returns demanded by investors for holding bank equity¹²³.

Thus, a hyper-regulated monitored sector¹²⁴ with high operating cost could hardly be efficient¹²⁵.

47. This circumstance should be carefully considered, since, for example, according to independent research the implementation of this regulatory policy is improving the bank solvency within the eurozone¹²⁶.

48. Banks blame sector hyperregulation of creating unintended consequences and demand some steps forward of the EU Institutions to overhaul the current framework¹²⁷.

¹¹⁹ FSB: *2019 Resolution Report, Eight Report on Implementation of Resolution Reforms*, "Mind the Gap", Basel, 14 November 2019, at 8-12 and 20-22.

¹²⁰ European Parliament, "Public hearing with Andrea Enria, Chair of the ECB Supervisory Board", ECON on 12 December 2019.

¹²¹ According to McKinsey, "the global industry approaches the end of the (economic) cycle in less than ideal health, with nearly 60% of banks printing returns below the cost of equity"; see, McKinsey & Company: *Global banking annual review 2019: The last pit stop?. Time for bold late-cycle moves*, October 2019, Report.

¹²² Speech by M. Delgado, Deputy Gov. of the Bank of Spain delivered at the Club Diálogos para la Democracia, Madrid, 14 January 2020.

¹²³ Opening speech by L. de Guindos, Vicepresident of the ECB, at the 22nd Euro Finance Week, "Opportunities and challenges for the euro area financial sector", Frankfurt am Main, 18 November 2019.

¹²⁴ Along with the above remarked supranational bodies, macro-prudential oversight of the credit institutions-mainly those qualified as G-SIIs or other systemically important institutions (O-SIIs) can be implemented by the national competent authorities. Compliance with the EU framework could afford that the latter apply stricter national measures in several fields like the requirements for large exposures or the capital buffers; see, for example, the Opinion of the ESRB of 9 March 2019, (ESRB/2018/3).

¹²⁵ Such could be the case of the implementation of Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on payment services in the internal market, OJ L 337/35 of 23.12.2015, (PSD2), which allows access to the financial data of customers who expressly consent to other competitors. This can mean a significant loss of business for the european banks because competitors, (including fintech, and other companies), could offer their customers digital media for payments, alternative to the use of their credit cards, as well as every kind of financial products and services that shall weak the bank's intermeditation links with their customers. Moreover, according to Accenture, in order to protect the economics of their payment businesses, banks will need to define strategies about scale technology and differentiate themselves by adding value in a low margin, high volumen business; see, Accenture: "Two ways to win in Payments, Banks can add value in the world of Instant, Invisible and Free payments via scale and differentiation" Accenture Global Payments Pulse Survey, September 2019, at 8-10.

¹²⁶ The AXIS Corporate ranking of the European States, taking into account the non-performing loan (NPL) ratio on banking balance, shows that there are only two Eurozone States Greece (49%) and Cyprus (39%) with high levels of risks; see, Axis Corporate Report: *Assets Under Management: Trends in European Non-Performing Loans Market*, May 2019. It should be underlined that banks with high stocks of NPL lend less than banks with better credit quality.

¹²⁷ See, Board of the European Banking Federation (EBF): "Banks call for improving Europe's Global economic competitiveness in upcoming EU policy cycle", 10 May 2019, available at www.ebf.eu. Among the adverse effects of the implementation

49. A Report of the Advisory Scientific Committee of the ESRB reaches similar conclusions, stating that while regulation can limit the diversity of business approaches and constrain competition and innovation, excessively complex regulation contributes to increased systemic risk¹²⁸. However, it also underlines that neither complex nor simple financial regulations are able to address the challenge of maintain cost-efficiency and adequate risk-sensitivity¹²⁹.

50. In the meanwhile, the European banks are relying heavily on unreliable financial tools to capture liquidity with low costs, like the issuance of EUR 93.5 bn on Covered bonds in the first half of the last year¹³⁰, or the outstanding growth of the Collateralized Loan Obligations (CLO) – a toxic typology of corporate loans very similar to the Collateralized Debt Obligations (CDO) – that has reached the record figure of EUR 220 bn along the 2014-2018 period¹³¹. Nevertheless, the EBA is trying to mitigate this type of financial risk through different actions. Such is the case of the adoption of the Opinion on the Regulatory Treatment of Non-Performing Exposing securitizations¹³² (NPEs) and the adoption of the Final draft Regulatory Technical Standards on mapping of derivative transactions to risk categories, on supervisory delta formula for interest rate options and on determination of long or short positions in the standardized Approach for Counter party credit Risk under Article 277(5) and Article 279a (3) (a) and (b), respectively, of Regulation (EU) No 575/2013 (CRR2)¹³³. While the former focuses the risk for investors stemming from the fact that the assets in the NPEs securitizations are already defaulted or deemed as defaulted, the latter establishes a method for the allocation of derivative transactions to one or more risk categories¹³⁴.

51. As regards the policies of the ECB, the last deposit facility (DFR) at -0,40% implied a cost for the eurozone banks of EUR 7.5 bn a year¹³⁵. Thus, Eurozone banks argued that, in contrast to that DFR system, which treated all excess reserves in the same manner, a tiered system akin to those in place in Japan, Denmark, Sweden or Switzerland, would imply no cost for them up to a certain threshold of

of this framework, banks underlined that the significant increase in capital requirements for European banks –up to 20%– could lead to a severe reduction in the funding available for lending, while also placing them at a competitive disadvantage with US banks. However, the focus on these effects should be more nuanced as it is argued by another analysis; see Scope Insights: “Questionable assumptions make European Banks’ profitability look worse than it is”, 20 July 2019.

¹²⁸ Systemic risk could be transferred though the encouragement to transfer risks to institutions outside the regulatory perimeter; because a wide array of regulatory tools can make policy responses convoluted, or because it can hamper the accountability of regulators and supervisors, among others; see, Reports of the Advisory Scientific Committee: *Regulatory complexity and the quest for robust regulation*, 8 June 2019, at 2 and 32-33.

¹²⁹ According to this report, current financial regulation should be complemented by a set of robustness principles: adaptability (to the evolution of the financial system); diversity (preserve the variety of institutions and business models); proportionality (set regulation in proportion to the importance of market imperfections); resolvability (do not regulate to avoid failure, but ensure failure is not disruptive); systemic perspective (ensure the continuous provision of critical financial services, not the survival of individual institutions); information availability (to allow for timely identification of vulnerabilities and contagion channels); and non-regulatory discipline (ensure market discipline, good governance and managed ethics as complements to regulation); see, *Regulatory complexity and the quest for robust regulation*, (n 128), at 35-36.

¹³⁰ This data makes 2019 the strongest first half for eight years (2011-2019) according to Scope Ratings, “Covered Bond Quarterly: maintaining the pace of issuance looks challenging”, 10 July 2019.

¹³¹ See, Banco de España (BdE): *Informe de Estabilidad Financiera*, Primavera 2019, at 40-41. These Kind of loans can spread contagion risk through the financial system; see, G. Covi, M. Montagna and G. Torri: “Economic Shocks and Contagion in the euro area banking sector: a new microstructural approach”, ECB, Financial Stability Review, 1, May 2019, at 10-12. When the market for these bonds seizes up, banks can get stuck holding the risk, weighing down their balance sheets.

¹³² Opinion of the European Banking Authority to the European Commission on the Regulatory Treatment of Non-Performing Exposure Securitizations, EBA-Op-2019-13, 23 October 2019.

¹³³ EBA-RTS-2019-02, 18 December 2019.

¹³⁴ According to financial reports, European banks loan lossprovisions could quadruple in the first quarter of 2020, and bank profits might decline by 50% along the whole year; MYM: *European Banks Prepares for Loan-loss Provisions*, 28 April 2020.

¹³⁵ See, F. Rojas, F. Troiano and R. da Mota Guedes: “The potential impacts of changes to the ECB’s deposit facility”, Funcas SEFU, 8, 4 July 2019, 15 at 18.

liquidity with the ECB¹³⁶. In addition, it weakened their position vis-à-vis US banks which, in 2018, got almost \$36 bn from deposits in the Fed¹³⁷.

52. Moreover, according to a Position of the Association of German Banks, the relief provided by the introduction of a tiered system of interest rates for excess liquidity in October 2019, will not compensate for the renewed cut in the deposit rate from -0,4% to -0,5% in September 2019, because less than half the excess liquidity in the Eurozone is currently exempt from this negative deposit rate, while other central banks, such as the Bank of Japan, exempts up to 90%¹³⁸.

53. Empirical data shows, nevertheless, that the transmission mechanism of monetary policy has not been impaired by the implementation of the ECB's DFR, because the sound banks in the eurozone started to charge negative rates on corporate depositors after the introduction of the negative DFR in 2014, increasing their net wealth¹³⁹, and there were not clear evidences of the existence of a «reversal rate effect»¹⁴⁰. In fact, a staff Report that has been delivered by the IMF states that the introduction of the above-mentioned tiered system for the bank's deposits in the ECB in the future will have minimum impact on their profitability¹⁴¹.

54. Finally, it should be underline that the unconventional monetary policies of the ECB have also helped to improve the profitability of the banking business within the eurozone. Such is the case of the Targeted Longer-Term Refinancing Operations (TLTRO) –2014-2016, 2016-2018– that have spurred competition and stimulated bank financing¹⁴².

55. The short period of time elapsed since the adoption of the last package of unconventional ECB measures, on 12 September 2019¹⁴³, does not allow for a weighted assessment of its implementation. Regarding the impact on the banking business, in addition to the afore mentioned new tiering system and the decreasing of the interest rate on the deposit facility by 10 basis points to -0,50%, it should be underlined the consequences of the new Targeted Longer-Term Refinancing Operation (TLTRO III), in the medium-term (4-7 years), because banks can borrow money for three years from the ECB at -0,5, and then deposit it for free.

¹³⁶ Ídem, at 17. See also, B. Poole's Scope Ratings Report 6 September 2019. Other side effects of the ultra low interest rate policy of the ECB have also been high lighted, such as keeping commercially non-viable firms alive; see, V. Acharya: "Creating zombies and disinflation: a cul de sac for accommodative monetary policy", 60 CEPR Policy Portal, 11 November 2019.

¹³⁷ According to the decision of the Federal Open Market Committee (FOMC) of June 19, 2019, the federal funds rate (FFR) is maintaining in the target range at 2.25 to 2.50%. Thus, the Board of Governors of the Fed approved maintaining the interest rates paid on required and excess reserve balances at 2.35%. On the other hand, there is a differential shock induced by negative rates on high and retail deposit banks, because the latter are being pushed to increase their holdings of securities issued by private firms yielding higher returns, so they take higher risk in loans; see, J. Bubeck, A. Maddaloni, J. L. Peydró: "Negative monetary policy rates and systemic banks' risk-taking: evidence from the euro area securities register", ECB WPS No 2398, at 14-26 and 18-22.

¹³⁸ See, Bankenverband: "Strategy review of the European Central Bank", 13 January 2020.

¹³⁹ These banks have also increased their lending. See, C. Altavilla, L. Burlon, M. Giannetti and S. Holton: "Is there a zero lower bound? The effects of negative policy rates on banks and firms", ECB-WPS No 2289, June 2019, at 3-5, 12, 20, and 27-28.

¹⁴⁰ See F. Ducrozet and N. Gharbi: "The new limits of ECB policy", Pictet-Perspectives, 28 October 2019. According to M. Brunnermeier and Y. Koby, a «reversal rate» appears when rate cuts might lead to less lending by credit institutions; see, M. K. Brunnermeier and Y. Koby: *The Reversal Interest Rate*, National Bureau of Economic Research, WPS, 2018, last version 30 January 2019, at 31-32.

¹⁴¹ IMF Country Report No 19/2019, *Euro Area Policies*, July 2019, at 8-12 and 21-25.

¹⁴² Features delivered by a research gathering data from 130 banks of 13 countries show that the banks that participated in the TLTRO expanded their credit offer thanks to the reduction of their financing costs; see, M. García-Posada Gómez: *El impacto de las TLTRO en las políticas de crédito bancario: el papel de la competencia*, BdE, Boletín Económico, 2, June 2019, at 2, 6-7.

¹⁴³ The Governing Council of the ECB took the following monetary policy decisions: (1) Cut its key deposit rate to -0,5%; (2) the interest rate on the main refinancing operations and the rate on the marginal lending facility will remain at their levels of 0,00% and 0,25 respectively; (3) Net purchases will be restarted under the asset purchase programme (APP) at a monthly pace of EUR 20 billion as from 1 November 2019; (4) the launching of a new series of quarterly Targeted Longer-Term Refinancing Operations (TLTRO III) according to different criteria; (5) the introduction of a two-tier system for reserve remuneration in which part of banks' holdings of excess liquidity will be exempt from the negative deposit facility rate.

56. But the transnational outbreak of the Covid 19 pandemic has forced central banks to adopt exceptional measures that enhance their unconventional policies and give some relief to the implementation of rules related to capital buffers and the assets rating of credit institutions.

57. The ECB has expanded its bond buying programme and agreed an unprecedented level of flexibility in its plan to buy €750 bn through the Pandemic Emergency Purchase Programme (PEPP)¹⁴⁴. This program will be implemented in addition to the €120 billion of the TLTROs-III¹⁴⁵. Given that, unlike the financial crisis of 2008, this time is not about bailing out banks, but to bail out big business, highly leveraged¹⁴⁶, as well as to give grants to small and mid-sized businesses and to protect citizens and consumers. Therefore, monetary policy has to keep the banking sector liquid¹⁴⁷ and ensure that banks can lend to all sectors¹⁴⁸.

58. Both tools were completed by decisions subsequently adopted by the Governing Council of the ECB¹⁴⁹ in the context of the launch of a new bank liquidity program, the non-target pandemic emergency longer-term refinancing operations (PELTROs)¹⁵⁰, consisting of seven additional refinancing operations –from May 2020 to September 2021– that will be carried out with an interest rate 25 basis points below the average rate¹⁵¹.

59. The explosion of the Covid-19 pandemic has created volatility and squeezes on liquidity. In these circumstances, the ECB must explore the feasibility of every tool that could guarantee the flow of money to businesses and households, including the «shadow banking»¹⁵², and must safeguard the

¹⁴⁴ Decision (EU) 2020/440 of the ECB of 24 March 2020 on a temporary pandemic emergency purchase programme (ECB/2020/17) OJ L91, 25.3.2020, p. 1. According to articles 4 and 5 of this Decision, almost all constraints that applied to ECB's previous asset-purchase programmes can be removed, including the limit to buy no more than a third of any country's eligible bonds. The PEPP will remain in place until the Covid-19 is over.

¹⁴⁵ Decision (EU) 2020/407 of the ECB of 16 March 2020 amending Decision (EU) 2019/1311 on a third series of targeted longer-term refinancing operations (ECB/2020/13) OJ L 80, 17.3.2020, p. 23.

¹⁴⁶ Decision (EU) 2020/441 of the ECB of 24 March 2020, amending Decision (EU) 2016/948 of the ECB on the implementation of the corporate sector purchase programme (ECB/2020/18), OJ L91, 25.3.2020, p. 5.

¹⁴⁷ Banks account for two-thirds (€3.6 bn) of the Eurozone's corporate debt while US banks' debt amounts to only one-third of the corporate debt; see UBS Report, *Eurozone: Debt to surge*, April 2020.

¹⁴⁸ Along with the ECB measures to support liquidity conditions and money market activity, US regulators, like many others in the world, call on banks to offer "small dollar loans"; see, "Joint Statement Encouraging Responsible Small-Dollar Lending in Response to Covid-19", 26 March 2020; and "Two actions to support lending to households and businesses", 27 March 2020.

¹⁴⁹ The conditions on the TLTROs-III have been further eased reducing their interest rate in operations from June 2020 to June 2021 to 50 basis points below the average interest rate on the Eurosystem's main refinancing operations prevailing over the same period; See, art 5 of the Decision (EU) 2020/614 of the ECB of 30 April 2020 amending Decision (EU) 2019/1311 on a third series of targeted longer term refinancing operations (ECB/2020/25); OJ L 141/28, 5.5.2020.

Regarding to the above mentioned PEPP, purchases under this program will be conducted in a flexible manner across asset classes in any case, until the end of 2020; see, ECB, Press Release, 30 April 2020.

¹⁵⁰ Unlike TLTROs-III, which allow to request liquidity up to 50% of the loans provided, the PELTROs would let that banks could request as much liquidity as collateral they provide in each auction.

¹⁵¹ The implementation of this program pursues that banks buy public debt from the peripheral States of the Eurozone, to avoid spreads soarings. In fact, the features of the PELTROs are very similar to those of the very long-term refinancing operations (VLTROs) that were launched by the ECB in 2011. However, given the special conditions of the PELTROs, Eurozone banks could only buy peripheral debt for one year, which would produce earnings of approximately 0.5% to 0.7%, depending on the issuing State.

¹⁵² According to a research of the ECB, "opening emergency lending facilities to a broader set of institutions can be beneficial in reducing the fall of asset prices "(...) (although) it may generate moral hazard"; see, A. D'Avernas, Q. Vanderweyer and M. Darracq Páriés: "The Growth of non-bank finance and new monetary policy tools", ECB Research Bulletin, No 69, 15 April 2020, at 4/4. Since the post GFC framework have tightened banking regulation the «shadow banking» has developed a key role in the financial sector and could help in easing liquidity stress beyond the banking channels. Most of this type of financial entities have more flexibility than banks to lend to businesses and households because they are not bound by the strict regulatory and supervisory standards of the latter. As a matter of fact, the Fed has implemented several tools during the financial crisis of 2008 to relieve liquidity pressures in the shadow banking sector; see speech by Vice Chairman S. Fischer, "The Lender of Last Resort Function in the United States", February 10, 2016.

implementation of all measures adopted in this context against whatever interference in the exercise of its competences¹⁵³.

60. Moreover, the ECB have required to credit institutions that, at least until 1 October 2020, no dividends are paid out and no irrevocable commitment to pay out dividends is undertaken by them and that they will refrain from share buy backs aimed at remunerating shareholders¹⁵⁴. This Recommendation, that has been supported by the EBF, aims to shore up the capital base of the banking system, freeing up billions of additional loan capacity¹⁵⁵.

61. International and supranational banking supervisors have also contributed to the creation of liquidity, freeing credit institutions of some regulatory requirements on solvency¹⁵⁶. Regarding to Basel III, the measures endorsed by the BIS comprise, among others, the following changes: the implementation timeline of the Basel III standards finalized in December 2017 has been deferred by one year to 1 January 2023; the accompanying transitional arrangements for the output floor has also been extended by one year to 1 January 2028;; the implementation date of the revised market risk framework finalized in January 2019 has been deferred to 1 January 2023, as well as the implementation of the revised Pillar 3 disclosure requirements¹⁵⁷.

62. At a European level, the EBA has decided to postponed to 2021 the EU-wide stress test, this will allow banks to focus on their core operations, and have encouraged National Competent Authorities (CAS) to make full use of the flexibility already embedded in the existing regulatory framework (the implementation of Pillar 2 Guidance on the LCR, the management of non-performing and forborne exposures, etc.)¹⁵⁸, and has established that, in case of debt moratoria, there is no automatic classification in default or forborne of IFRS 9 status¹⁵⁹. The European Commission has adopted also a banking package to facilitate lending to EU households intended to encourage banks to make full use of the flexibility embedded in the EU's prudential and accounting framework¹⁶⁰. These decisions would help to free up an estimated €120 billion of extra bank capital, which can support lending capacity by European banks.

¹⁵³ See the statement of the Governing Council of the ECB, “*ECB takes note of German Federal Constitutional Court ruling and remains fully committed to its mandate*”, Press Release, 5 May 2020. The ECB comes to the step of a controversial decision of the German Court that considers that the Public Sector Purchase Programme (PSPP), launched by the ECB on 4 March 2015 as part of the Expanded Asset Purchase Programme (EAPP), a framework programme of the Eurosystem for the purchase of assets on financial markets, may lack sufficient proportionality considerations and could amount to an exceeding of its competences. Although this decision expressly states that “does not concern any financial assistance measures taken by the EU or the ECB in the context of the current coronavirus crisis”, it could nevertheless hamper their implementation; see, German Federal Constitutional Court Judgements of 5 May 2020, 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15.

¹⁵⁴ Recommendation of the ECB of 27 March 2020 on dividend distributions during the Covid-19 pandemic and repeal line Recommendation (ECB/2020/1) (ECB/2020/19), OJ C102I, 30.3.2020, p. 1.

¹⁵⁵ EBF letter to ECB/SSM in context of actions to fight Covid-19 pandemic, 27 March 2020. Keeping this capital in the banks will increase its T1 capital by €30 billion, therefore, assuming a 75% charge applicable to loans to companies, it would be equivalent to €300 billion in loans.

¹⁵⁶ See, IMF: *Global Financial Stability Report*, April 2020, Chapter 1, “Banks Could Act as an Amplifier should the crisis Deepen Further”, at 19-22 and 27-30.

¹⁵⁷ B.I.S: *Governors and Heads of supervision announce deferral of Basel III implementation to increase operational capacity of banks and supervisors to respond Covid-19*, 27 March 2020.

¹⁵⁸ EBA statement on actions to mitigate the impact of Covid-19 on the EU banking sector, 12 March 2020.

¹⁵⁹ In particular, generalised payment delays due to legislative initiatives do not lead to any automatic classification in default, forborne or unlikeness to pay; see, *EBA provides clarity to banks and consumers on the application of the prudential framework in light of Covid-19 measures*, 25 March 2020.

¹⁶⁰ European Commission, *Proposal for a Regulation of the EP and the Council amending Regulations (EU) 575/2013 and (EU) 2019/876 as regards adjustments in response to the Covid-19 pandemic*, COM (2020) 310 final, Brussels, 28.4.2020, and *Commission Interpretative Communication to the EP and the Council on the application of the accounting and prudential frameworks to facilitate EU banking lending*, COM(2020) 169 final, Brussels, 28.4.2020.

The implementation of the Proposals after their foreseeable approval next June by the EP and the Council would affect to various Key rules of current banking regulations, such as the relaxation of the IFRS 9, concerning on bank's provisions to afford expected credit loss (ECL), the prudential requirements on the classification of non-performing loans (NPLs), and the postponement of the implementation of the late Basel III framework.

63. The instrumentalization of European banks as drivers of the money supply have been boosted through various decisions of the ECB that temporarily relax the implementation of some criteria on solvency and liquidity. We can first pointing out to the Decision on the valuation haircuts¹⁶¹. Through this exceptional tool, the ECB expands the type of loans that banks can use as collateral to attend liquidity actions, making additional valuation hair cuts applied to specific types of marketable assets, and reducing their previous threshold of €25.000 for domestic use of credit claims to a minimum size threshold of € “O”.

64. This decision may contribute to the mobilization of a substantial part of the deposits of European banks in the ECB, since at the beginning of April 2020 they amounted to €250.850 billion, which, means that the European banks only lent €6000 billion during the past month of March, despite of the ECB’s adoption of the PEPP Program¹⁶².

65. The ECB adopted two decisions subsequently, one regarding to the temporary relief for capital requirements for market risk¹⁶³ and the other one regarding to the loosening of collateral rules¹⁶⁴. Both decisions should preserve the bank’s ability to provide market liquidity¹⁶⁵.

V. Final Remarks

66. The current threats to international financial stability largely match with the challenges of the banking business model at a global level: the exponential growth of the so-called “shadow banking” that escapes the scope of supervisors; the decentralization of money and the creation of alternative payment systems through digital currencies, driven by large technology companies; the depletion of financial profitability due to the introduction of the negative interest rates which spur the trading of new typologies of risk assets¹⁶⁶; etc.

It is estimated that, once in force, these accommodate relief measures would ease lents for almost €30 billion which would be capable of mobilizing resources up to € 450 billion.

¹⁶¹ Decision (EU) 2020/56 of the ECB of 7 April 2020 amending Guideline (EU) 2015/510 on the implementation of the Eurosystem monetary policy framework and guideline (EU) 2016/65 on the valuation haircuts applied in the implementation of the Eurosystem monetary policy framework (ECB/2020/20).

¹⁶² The total amount of the ECB’s stimuli currently reach the figure of €869.175 billion; see, ECB: *Consolidated financial statemet of the Eurosystem*, 3 April 2020.

¹⁶³ This decision leads to a reduction of the Qualitative Market Risk Multiplier which is used to compensate for the possible underestimation by banks of their capital requirements for market risks, and responds to the extraordinary levels of volatility recorded in financial markets in the context of the Covid-19 pandemic; see, ECB-Banking Supervision, Press Release, ECB Banking Supervision provides temporary relief for capital requierements for market risk, 16 April 2020.

¹⁶⁴ This decision aim to ensure that banks have assets that they can mobilise as collateral to participate in the liquidity providing operations. Therefore, the elegibility of marketable assets and the issuers of such assets that fulfilled minimum credit quality requirements will be grandfathered: BBB-for all assets, and currently eligible A- as long as they remain at or above BB+. The temporaty grandfathering will last until september 2021; see, ECB, Press Release, ECB takes steps to mitigate impact of possible rating downgrades on collateral availability, 22 April 2020. It would prevent that a possible downgrade of the sovereign debt of any Eurozone State could hamper its use as collateral to grant access of the banks to the ECB liquidity bar. According to the OECD, about \$275 bn of non financial corporte bonds culd become “fallen angels” during the whole 2020. This data were published before the Covid-19 crisis; see, OECD: *Corporate Bond Market Trends, Emerging Risks, and Monetary Policy*, 18 February, at 5-7 and 35-47.

¹⁶⁵ The coronavirus crisis has drained the liquidity of Eurozone banks, constrained by the obligation to preserve European regulatory standards. This circunstance did not allow them to efficiently inject into the economy the money of the liquidity bars of the ECB, such as PEPP. The Fed has successfully implemented similar tools, such as accepting the purchase of “High Yield”assets; see, Board of Governors of the Fed, *Federal Reserve takes additional actions to provide up to \$2.3 trillion in loans to support the economy*, April 9, 2020.

¹⁶⁶ The adverse impact have been stronger for small banks than for large banks because the former have been able to mitigate the negative effect through hedging, lending diversification and by swithching from interest to non-interest oriented business models; see, P. Molyneux, A. Reghezza, R. Xie: “Bank margins and profits in a world of negative rates”, 107 *Journal of Banking and Finance*, 2019, at 16; see, nonetheless, J. A. Lopez, A. K. Rose and M. M. Spiegel: *Why have negative nominal interest rates had such a small effect on bank performance?*, WP 25004, NBER-WPS, Cambridge, MA, September 2018, at 4 and 28-29.

67. On the other hand, the gradual implementation of Basel “IV” rules from 2021 to 2025¹⁶⁷ will hit to the G-SIIs with higher increases of capital requirements¹⁶⁸. The temporary inapplication of Basel III due to the Covid-19 pandemic, does not question the international consensus of financial regulators on its necessary implementation¹⁶⁹. Moreover, although public institutions have provided much of the cash, banks have worked as the transmission mechanism to ensure support to households and companies; another proof that the Basel III reforms have left the system strong enough to survive.

68. The banking sector has to tackle all these challenges while is transiting from an almost secular pattern of doing business toward a new one of financial disintermediation.

69. Thus, it’s foreseeable that only systemic banks will survive in the new environment. In that oligopolistic context financial earthquakes could be devastating. Banking regulation at a global level is more important than ever before.

70. Nevertheless, a threat of fragmentation is being driven by the current deregulatory trend in the US, and could shift away of international co-operation the shaping of Key standards of the banking framework like capital requirements and solvency ratios.

71. Such nationalist refocusing of banking activity hampers free competition, promotes protectionism and discriminatory practices and does not guarantee financial stability.

72. The European Union has to avoid the contagion risk of this regulatory backlash and must stick to the commitments of the Basel framework. Despite some deficiencies that have already been underlined, the implementation of the banking package guarantees a resilient banking, protects the financial interests of the Member States against bankruptcy situations and contributes to the profitability of the banking business.

73. These achievements are especially valuable in times of economic uncertainty and growing geopolitical tensions as they contribute to financial stability.

¹⁶⁷ See Bis-BCBS: *Sixteenth progress report on adoption of the Basel regulatory framework*, 31 May 2019.

¹⁶⁸ While EU banks would have to run down about €0’8 trillion to meet the capital requirements an increase to 60-80% from the current standards, US banks would be less affected increasing about 1-3% because they already have 100% standardized floor under section 171 of the Dodd-Frank Act; See McKinsey & Company: *Basel “IV”: What’s next for banks? Implication of intermediate results of new regulatory rules for European banks*, Global Risk Practice, April 2017, at 9-11.

¹⁶⁹ See, *Statement by Christine Lagarde, President of the ECB, at the forty-first meeting of the International Monetary and Financial Committee*, IMFC, 16 April, specially when she states “(the) current measures imply using the flexibility that is built into the existing framework in order to help the banking sector weather these difficult economic circumstances. We remain committed to fully implementing the Basel standards under the revised timeline. We are by no means back tracking on the progress in the strengthening the regulatory and supervisory framework that has been made since the previous financial crisis”.

LOS CONTRATOS INTERNACIONALES INTERVINIENTES EN EL MERCADO ASEGURADOR EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA

INTERNATIONAL AGREEMENTS INVOLVE IN THE INSURANCE MARKET IN THE FRAME OF THE EUROPEAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

HILDA AGUILAR GRIEDER

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado

Universidad de Huelva

ORCID ID: 0000-0002-3138-8904

Recibido: 15.06.2020 / Aceptado: 01.07.2020

DOI: <https://doi.org/https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5601>

Resumen: El presente estudio analiza el tratamiento, en el ámbito del Derecho internacional privado europeo, de los contratos internacionales intervinientes en el mercado asegurador desde el prisma del sector del Derecho aplicable; así como los efectos que tal tratamiento provoca en el seno del mercado interior y los medios disponibles para solventarlos.

Palabras clave: Derecho internacional privado de la Unión Europea, contratación internacional, contratos internacionales intervinientes en el mercado asegurador, fragmentación en las soluciones conflictuales y distorsiones sobre el mercado interior.

Abstract: This study analyses the law applicable treatment to the contracts involve in the insurance market. The fragmentation of the conflict of law solutions relating to the contracts involve in the insurance market led to effects in the internal market. It is necessary to find a solution to that problems.

Keywords: European Private International Law, international agreements, international contracts involve in the insurance market, fragmentation of the conflict of law solutions, effects to the internal market.

Sumario: I. Los contratos internacionales intervinientes en el mercado asegurador: cuestiones clave. II. Coexistencia de la Directiva sobre la distribución de seguros de 2016 con el Derecho internacional privado europeo. 1. Planteamiento general. 2. Transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva sobre la distribución de seguros de 2016 por la vía del reciente Real Decreto-Ley 3/2020. III. Dispersión conflictual en el seno del mercado asegurador. 1. Bases del problema. 2. La ley aplicable a los contratos internacionales de reaseguro. 3. La ley aplicable a los contratos internacionales de intermediación de seguros privados. 4. La ley aplicable a los contratos internacionales de seguro: dualidad de regímenes. 5. A modo de conclusiones. IV. Valoración de la coherencia del Derecho de la Unión Europea en el ámbito de la protección del consumidor de seguros. V. Mecanismos para la protección del consumidor de seguros y del mercado interior frente a los efectos de la dispersión conflictual.

I. Los contratos internacionales intervinientes en el mercado asegurador: cuestiones clave

1. El sector asegurador, además de ser un sector jurídico especialmente proclive a la litigiosidad y a la internacionalización, es uno de los más complejos de la contratación, y ello tanto en el ámbito interno como en el internacional¹. En palabras del profesor Fuentes Camacho, dicha complejidad, predicable tanto del plano interno como del internacional, es debida, entre otros factores, a la extrema dificultad de su regulación, así como a la “extraordinaria diversidad de figuras que abarca dicha modalidad contractual y, en su caso, de intereses y valores materialmente protegibles presentes sólo en algunas y ausentes en las restantes”².

A mi modo de ver, entre los factores condicionantes, que acarrearán este plus de complejidad, podemos destacar los siguientes.

2. Por un lado, el factor condicionante, de mayor repercusión en la práctica, lo constituye la amplia heterogeneidad o variedad de categorías contractuales existentes en el mercado asegurador, los cuales, como consecuencia fundamentalmente de la gran diversidad de intereses y de valores subyacentes a las mismas, reciben un tratamiento diferente, tanto en el plano conflictual como en el ámbito de la competencia judicial internacional, que son los dos problemas fundamentales de Derecho internacional privado que plantean los señalados contratos internacionales y que ha de resolver el órgano jurisdiccional u operador jurídico. De hecho, la tipología de los contratos internacionales de seguro es muy variada.

Además, los contratos de seguro coexisten, en la práctica, con los contratos de reaseguro, los cuales se celebran, en su caso, entre la entidad aseguradora y el reasegurador.

Al margen de lo señalado, en la actualidad, los contratos de intermediación de seguros privados están adquiriendo un creciente protagonismo. Cada vez es más habitual que la contratación de seguros se lleve a cabo, no de un modo directo (por medio de la propia empresa de seguros o un empleado de las mismas), sino de un modo indirecto, es decir, recurriendo a los mediadores o intermediarios de seguros privados. La relación jurídica existente con los intermediarios de seguro se materializa en un contrato de intermediación o distribución de seguros. Tienen la consideración de mediadores o intermediarios de seguros, tanto los agentes de seguros, como los corredores de seguros (*broker*). El agente de seguros puede ser tanto “exclusivo” (si actúa en nombre y por cuenta de una entidad aseguradora), como “vinculado” (si actúa en nombre y por cuenta de varias compañías aseguradoras). El operador de banca-seguros (que son entidades de crédito que realizan la actividad de mediación de seguros, como agentes de seguros, utilizando las redes de distribución de las mismas) puede ser “exclusivo” o “vinculado”. Sin embargo, los corredores de seguros no actúan para la entidad aseguradora, sino para el cliente o consumidor de seguros, buscando para el mismo la mejor opción de seguro. Ambas modalidades de intermediarios de seguros privados pueden ser tanto una persona física como una persona jurídica. El agente de seguros, al igual que el corredor de seguros, tienen como actividad profesional distribuir los productos de seguros (o, en su caso, de reaseguros) a cambio de una remuneración.

3. Y, por otro lado, el desequilibrio en la posición negocial de las partes contractuales, existente con carácter general en el mercado asegurador, no es tan acusado en todas las modalidades contractuales existentes en el sector asegurador ni en todos los contratos de seguro.

Dicho desequilibrio es evidente en los contratos de seguro (aunque no en todas sus modalidades se aprecia la misma necesidad de protección); y mucho menos acusado en los contratos de reaseguro, ya que, a diferencia de lo que acontece con los contratos de seguro (que se celebran entre un particular [asegurado o tomador del seguro] y un profesional [compañía aseguradora]), los contratos

¹ Este trabajo se encuadra en el Proyecto de Investigación “La modernización del Derecho de seguros en el marco económico actual” (núm. De referencia DER2014-59182-P), de la convocatoria 2014, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, dentro del Programa estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia en el marco del Plan Estatal de I + D + I (Modalidad I-B); gestionado por la Universidad Rovira i Virgili de Tarragona y con una duración de tres años.

² V. FUENTES CAMACHO, *Los contratos de seguro y el Derecho Internacional Privado en la Unión Europea*, Colección “Cuadernos de Estudios Europeos”, Fundación Universidad Empresa, Civitas, Madrid, 1999, p. 104.

de reaseguro se celebran entre profesionales del sector asegurador, los cuales, al menos *a priori*, no necesitan de protección.

En relación con los contratos de intermediación de seguros, la necesidad de protección es menor en los contratos de agencia de seguros (celebrados entre profesionales [agente de seguros y entidad aseguradora]) que en los contratos de mediación o corretaje de seguros (celebrados entre un profesional [corredor de seguros] y un particular [asegurado]). Dicha necesidad de protección no sería tan acusada en la eventual relación jurídica existente entre la entidad aseguradora y el corredor de seguros, la cual, en el caso de existir, se materializaría en otro contrato mercantil.

4. Al margen de lo señalado, otro presupuesto de partida, de los problemas de Derecho internacional privado, es la acentuada concurrencia normativa existente en el sector asegurador, lo cual se aprecia especialmente en sede de ley aplicable, que es el sector que vamos a tratar en el presente estudio.

II. Coexistencia de la Directiva sobre la distribución de seguros de 2016 con el Derecho internacional privado europeo

1. Planteamiento general

5. El mercado asegurador es uno de los sectores en los que coexisten las Directivas elaboradas por las instituciones europeas para determinados sectores de la contratación³ con el Derecho internacional privado europeo; lo cual acarrea complejos problemas de conciliación de las disposiciones materiales de carácter imperativo de las Directivas europeas sectoriales (el llamado Derecho material europeo) con el Derecho internacional privado europeo y, más en concreto, con las normas de conflicto contenidas en uno de los dos Reglamentos estrella del Derecho internacional privado europeo: el Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en lo sucesivo, Reglamento “Roma I”)⁴

En el ámbito de la distribución internacional del seguro, en el sector del Derecho aplicable, tenemos que hacer frente a los problemas de coordinación que se producen por la coexistencia de la Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2016, sobre la distribución de seguros (versión refundida)⁵ con las normas de conflicto consagradas por el Reglamento “Roma I” para determinar la ley aplicable a los contratos internacionales. El presente estudio se va a centrar en la problemática que plantean los contratos internacionales intervinientes en el mercado asegurador desde la perspectiva del Derecho aplicable, que es el que mayor complejidad presenta debido a la coexistencia

³ En concreto, en la actualidad, existen Directivas europeas sectoriales en los siguientes sectores de la contratación: el de los seguros, el de los contratos de consumo (siendo éste el sector que cuenta con un mayor número de Directivas europeas), el de los contratos individuales de trabajo y el de los contratos de agencia comercial.

⁴ DOUE, de 4 de julio de 2008, núm. L 177/6.

⁵ DOUE, de 2 de febrero de 2016, núm. L 26/19. Dicha Directiva ha sustituido a la anteriormente vigente Directiva 2002/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de diciembre de 2002, sobre la mediación en los seguros (DOCE, de 15 de enero de 2003, núm. L 9/3). Esta última Directiva, que tenía por objeto el tratamiento de la problemática relativa a la mediación de seguros y de reaseguros privados, entró en vigor el 15 de enero de 2003; fecha en la cual se produjo la derogación de la anteriormente vigente Directiva 77/92/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, relativa a las medidas destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios para las actividades de agente y de corredor de seguros (ex grupo 630 CITI) y por la que se establecían, en particular, medidas transitorias para estas actividades (DOCE, de 31 de enero de 1977, núm. L 26/14). Tal como se deriva de la anteriormente vigente Directiva 2002/92/CE, el objetivo de la actividad de mediación de seguros es ayudar al cliente a celebrar o ejecutar un contrato de seguro o, en su caso, de reaseguro; gestionar profesionalmente los siniestros; así como efectuar actividades de peritaje y de liquidación de siniestros. En definitiva, la Directiva 2002/92/CE sobre la mediación en los seguros, la cual fue transpuesta a todos los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros de la Unión Europea, fiscalizó el acceso y adecuado ejercicio de la actividad de los intermediarios de seguros privados (básicamente, de los agentes de seguros y corredores de seguros) en aras de favorecer la profesionalización de los mismos y la transparencia en el sector en torno a cuestiones de suma relevancia (como, por ejemplo, el deber de información y asesoramiento que tiene el mediador de seguros con respecto al cliente o asegurado, así como el importe de las comisiones de los intermediarios de seguros).

de un marco normativo general (el Reglamento “Roma I”) con un marco normativo específico (la Directiva sobre la distribución de seguros).

En el ámbito del Derecho procesal civil internacional no se produce tal problemática, ya que, en el sector por nosotros abordado, el de la distribución internacional del seguro, la Directiva sobre la distribución de seguros de 2016 no ha consagrado ninguna norma específica de competencia judicial internacional. De hecho, dicha Directiva no contiene ninguna norma de competencia judicial internacional ni de competencia territorial interna⁶.

2. Transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva sobre la distribución de seguros de 2016 por la vía del reciente Real Decreto-Ley 3/2020

6. Como es sabido, las Directivas europeas carecen de efecto directo, por lo que, para resultar operativas, han de ser objeto de transposición, a los respectivos ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros de la UE, en el plazo para ello fijado. El plazo establecido a nivel europeo, para la transposición de la Directiva sobre la distribución de seguros de 2016, al Derecho interno de todos los Estados miembros de la UE, ya ha transcurrido.

7. Por lo que respecta a la transposición de la Directiva (UE) 2016/97 sobre la distribución de seguros, al ordenamiento jurídico español, además de tardía, es criticable como consecuencia de haberse llevado a cabo por medio de una técnica jurídica inadecuada, la cual está pensada para casos de urgente necesidad. Lamentablemente, los partidos políticos están tendiendo a utilizar el Real Decreto-Ley cuando no encuentran el apoyo político necesario para la elaboración de leyes, lo cual está desvirtuando una técnica legislativa que no ha sido concebida para lo que está siendo utilizada en el panorama político español por partidos de distinto signo.

Por lo que al sector de la distribución internacional del seguro se refiere, en un primer momento, la transposición de la susodicha Directiva al ordenamiento jurídico español, se pretendía llevar a cabo, como suele ser habitual en la práctica, por medio de una norma con rango de ley y, más en concreto, por una Ley de distribución de seguros y reaseguros privados. De hecho, con tal intencionalidad, se elaboró un Proyecto de Ley de distribución de seguros y reaseguros privados, el cual fue publicado, el 21 de mayo de 2019, en el Diario Oficial de las Cortes. No obstante, debido a problemas de índole política, la ansiada y esperada Ley española de distribución de seguros y reaseguros privados no consiguió ver finalmente la luz. El contenido del Proyecto de Ley de distribución de seguros y reaseguros privados se ha trasladado a un Real Decreto-Ley: el Real Decreto-Ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales⁷.

Pero además de resultar inapropiada la técnica normativa utilizada por el legislador español para la transposición de una Directiva europea y de haberlo hecho fuera del plazo para ello establecido, es criticable igualmente que un tema tan crucial haya sido utilizado para la transposición, al ordenamiento jurídico español, de Directivas europeas que abordan diversos temas. De este modo, el sector de la distribución de seguros privados ha sido abordado en el mismo texto normativo que otros temas de índole muy diversa: la contratación pública en determinados sectores, los planes y fondos de pensiones, así como el ámbito tributario y los litigios fiscales. Es evidente que el mentado Real Decreto-Ley 3/2020, aunque únicamente está encaminado a llevar a cabo la transposición de diversas Directivas europeas, se caracteriza por ser extremadamente heterogéneo en lo referente a los temas tratados por el mismo, que como puede apreciarse son de índole muy diversa. A mi modo de ver, el sector de la distribución

⁶ Para un estudio exhaustivo análisis de los foros, en materia de seguros, *vid.*, muy especialmente, A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea I*, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2017, 1ª ed., pp. 444-461.

⁷ BOE, de 5 de febrero de 2020, núm. 31.

internacional del seguro es de tal relevancia como para ser tratado de un modo independiente y en una norma con rango de Ley. En un futuro próximo, se espera contar con una Ley española de distribución de seguros y reaseguros privados, que sustituya al Real Decreto-Ley 3/2020, que es lo que se pretendió inicialmente y que en el último momento se vio frustrado.

El mentado Real Decreto-Ley 3/2020 lleva a cabo la transposición de la Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2016, sobre la distribución de seguros, en el Título I de su Libro segundo (“Medidas para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de seguros privados y planes y fondos de pensiones”). Dicho título se divide en Capítulos, Secciones y Subsecciones. En concreto, la regulación del sector abordado aparece contenida en los arts. 127-211.

8. Los problemas de coordinación que se producen, en sede de ley aplicable, entre el Reglamento “Roma I” y el Real Decreto-Ley 3/2020, habrán de solventarse con arreglo al principio de conciliación en el seno del ordenamiento jurídico de la Unión Europea⁸. De conformidad con el referido principio, los instrumentos normativos del ordenamiento jurídico de la Unión Europea no pueden concebirse como compartimentos estancos, sino que han de considerarse como un todo unitario; han de responder a los mismos valores e intereses, que son los del ordenamiento jurídico al cual pertenecen (el ordenamiento jurídico europeo). En aras de conseguir dicho objetivo, el Reglamento “Roma I” dispone de determinados instrumentos o mecanismos para alcanzar la ansiada coherencia valorativa o conciliación, en el seno de la Unión Europea, y la consiguiente aplicación, en los litigios planteados por los contratos internacionales intervinientes en el mercado asegurador, del Derecho material europeo sobre distribución de seguros (la Directiva 2016/97 sobre la distribución de seguros) tal como haya sido transpuesta por el ordenamiento jurídico del foro (en el supuesto de plantearse el litigio internacional ante un Tribunal español, por el Real Decreto-Ley 3/2020).

Al menos *a priori*, el Reglamento “Roma I” consagra, en su articulado, dos cauces que pueden servir, en el supuesto de concurrir determinados presupuestos, para alcanzar la ansiada coherencia de valores entre las Directivas elaboradas por las instituciones europeas para determinados sectores de la contratación (las comúnmente denominadas Directivas europeas sectoriales [que están en auge y permiten atender a la especificidad de ciertos ámbitos de la contratación]) y las normas de conflicto consagradas por el Reglamento “Roma I” para determinar la ley aplicable a los contratos internacionales, es decir, a los contratos cuyos elementos están vinculados a más de un Estado: la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea (art. 3.4) y las “leyes de policía” (art. 9). Para la intervención de estos dos mecanismos han de concurrir ciertos presupuestos. En otro apartado del presente trabajo haremos de analizar si tales presupuestos concurren o no en el sector por nosotros abordado: el de la distribución internacional del seguro.

9. Al margen de lo señalado, en el sector de la distribución internacional de seguros, cuando nos encontremos ante un contrato de agencia de seguros, a través del cual se materializa la relación jurídica existente entre el agente de seguros (exclusivo, vinculado u operador de banca-seguros) y la entidad aseguradora, se aplica, subsidiariamente, la Directiva 86/653/CE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes⁹. Dicha Directiva europea sectorial, que es considerada como una Directiva “de mínimos” y que establece un nivel mínimo de protección al agente comercial frente al principal, ha sido transpuesta, a los ordenamientos jurídicos internos de todos los Estados miembros de la Unión Eu-

⁸ El principio de conciliación del Derecho internacional privado europeo, con el Derecho europeo material, fue preconizado por dos prestigiosos profesores alemanes: JAYME/KOHLER, “Das Internationale Privat- und Verfahrensrecht der EG 1993 – Spannungen zwischen Staatsverträgen und Richtlinien”, *IPRax*, 1993, núm. 6, pp. 357-371; *id.*, “L’interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome”, *RCDIP*, 1995, vol. 84, núm. 1, pp. 1-40.

⁹ *DOCE*, de 31 de diciembre de 1986, núm. L 382. En relación con la necesidad de conciliar, en los contratos internacionales de agencia comercial, la Directiva de agencia de 1986 con el Reglamento “Roma I”, *vid.* H., AGUILAR GRIEDER, “El impacto del Reglamento ‘Roma I’ en el contrato internacional de agencia”, *CDT*, 2011, vol. 3, núm. 1, pp. 24-46.

ropea. La transposición de la Directiva de agencia comercial de 1986, al ordenamiento jurídico español, se ha llevado a cabo por la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el contrato de agencia (en lo sucesivo, LCA 12/1992)¹⁰. Al igual que acontece con la Directiva europea sobre la distribución de seguros, la coordinación de las disposiciones materiales de carácter imperativo de la Directiva de agencia comercial (y, más en concreto, si conoce un Tribunal español, de la LCA 12/1992) con las normas del Reglamento “Roma I” aplicables a los contratos internacionales de agencia comercial, se llevará a cabo con arreglo al principio de conciliación del ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

III. Dispersión conflictual en el seno del mercado asegurador

1. Bases del problema

10. El legislador europeo ha introducido una importante novedad, en el Reglamento “Roma I”, que afecta al sector asegurador. Dicha novedad consiste en haber reducido, más que notablemente, la dispersión normativa existente al amparo del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980 (en adelante, Convenio de Roma)¹¹. El régimen jurídico establecido por el antecesor directo del Reglamento “Roma I” (es decir, por el Convenio de Roma de 1980) era, además de extremadamente complejo, extraordinariamente disperso; lo cual dificultaba, en gran medida, su aplicación por el operador jurídico. En concreto, en el marco del Convenio de Roma, los contratos de seguro podían quedar sometidos, en función básicamente de dos elementos (la localización del riesgo y el establecimiento del asegurador), a las normas conflictuales del Convenio de Roma, a las de las Directivas comunitarias (europeas) sobre seguros o a las de los sistemas autónomos de los Estados miembros. De hecho, los contratos de seguro, que cubrían riesgos situados en el territorio comunitario, quedaban excluidos del ámbito de aplicación material del Convenio de Roma¹².

Sin embargo, el Reglamento “Roma I” incluye, dentro de su ámbito de aplicación material, con una excepción aislada, a todos los contratos internacionales de seguro, así como al resto de los contratos internacionales intervinientes en el mercado asegurador: contratos internacionales de reaseguro y contratos internacionales de intermediación de seguros privados (lo cual incluye tanto a los contratos de agencia de seguros como a los contratos de mediación o corretaje). Por lo que se refiere al sector asegurador, la única salvedad o exclusión del ámbito de aplicación material del Reglamento “Roma I”, que es extraordinariamente específica y de escasa repercusión práctica, aparece contemplada expresamente en el apartado 2 j) del art. 1 del Reglamento. La señalada excepción se refiere a los contratos de seguro derivados de operaciones realizadas por organizaciones que no sean las empresas y que tengan como objetivo la concesión de prestaciones a favor de determinados trabajadores¹³. Tal como se desprende del apartado transcrito, el legislador europeo únicamente ha excluido, del ámbito de aplicación material del Reglamento “Roma I”, un tipo muy concreto y específico de contrato de seguro.

En suma, tal como podemos derivar de lo señalado, en el marco del Reglamento “Roma I”, a diferencia de lo que acontecía con su antecesor directo (el Convenio de Roma), no existe dispersión normativa en cuanto a los instrumentos normativos aplicables, ya que todos los contratos de seguro, con

¹⁰ BOE, de 29 de mayo de 1992, núm. 129.

¹¹ DOCE, de 9 de octubre de 1980, núm. L 266.

¹² En relación al alto grado de dispersión normativa existente al amparo del Convenio de Roma de 1980, en relación con los contratos de seguro, *vid.*, muy especialmente, F.J., GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley (Unión Europea)*, de 30 de mayo de 2008, núm. 6957, pp. 1-10, p. 8.

¹³ En concreto, de conformidad con el apartado 2 j) del art. 1 del Reglamento “Roma I”, quedan excluidos de su ámbito de aplicación material, “los contratos de seguros que se derivan de operaciones realizadas por organizaciones que no sean las empresas a las que se hace referencia en el art. 2 de la Directiva 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, sobre el seguro de vida, y que tengan como objetivo la concesión de prestaciones a favor de trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que sean parte de una empresa o grupo de empresas, actividad profesional o conjunto de actividades profesionales, en caso de fallecimiento, supervivencia, cesación o reducción de actividades, enfermedad relacionada con el trabajo o accidentes laborales”.

la salvedad de la exclusión específica que acabamos de poner de manifiesto, quedan incluidos dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento “Roma I”; el cual se aplica, pues, a todos los contratos internacionales intervinientes en el sector asegurador.

11. En el ámbito del Reglamento “Roma I”, como va a quedar patente en el presente estudio, la dispersión conflictual tiene lugar, en el ámbito del mercado asegurador, exclusivamente en el seno del propio instrumento normativo aplicable, es decir, del Reglamento “Roma I”; en el sentido en que no todos los contratos internacionales existentes en el sector asegurador están sometidos, ni al mismo régimen de Derecho aplicable del Reglamento, ni a la misma norma de conflicto.

12. Por un lado, la referida dispersión conflictual tiene su origen en la aplicación de distintos regímenes de Derecho aplicable, de los dos que aparecen consagrados por el Reglamento “Roma I” (el general y el especial), a los contratos internacionales intervinientes en el mercado asegurador. De hecho, como vamos a poder comprobar en las líneas siguientes, a algunos de dichos contratos internacionales se les aplica el régimen general de Derecho aplicable (contenido, básicamente, en los arts. 3 y 4 del Reglamento “Roma I”); mientras que a otros contratos internacionales se les somete al régimen especial de Derecho aplicable consagrado por el legislador europeo en el art. 7 del Reglamento¹⁴.

Al menos desde un punto de vista teórico, el régimen general de determinación de la ley aplicable del Reglamento “Roma I” parte implícitamente de un presupuesto: el equilibrio en la posición negocial de las partes de la relación contractual. No obstante, la práctica nos muestra que el susodicho presupuesto no se cumple en relación con todas las categorías contractuales sometidas al régimen general de Derecho aplicable. Tal es el caso, por ejemplo, de los contratos de agencia comercial y de los contratos de distribución, en los cuales, pese a quedar sometidos al régimen general de Derecho aplicable, el agente comercial (en los contratos de agencia comercial) y el distribuidor (en los contratos de distribución) suele ser, en la inmensa mayoría de las ocasiones, la parte débil de la relación litigiosa.

Sin embargo, el régimen especial de Derecho aplicable (previsto, como es sabido, en los arts. 5-8 del Reglamento “Roma I”), dentro del cual quedan incluidos determinados contratos internacionales de seguro (aunque, como vamos a exponer a lo largo del presente trabajo, no todos los contratos de seguro quedan sujetos al régimen especial), parte del presupuesto opuesto: el desequilibrio en la posición negocial de las partes del contrato. Tal como se desprende del Considerando 23 del Reglamento “Roma I”, el objetivo prioritario del señalado régimen especial, de determinación de la ley aplicable, es proteger a la parte débil de la relación litigiosa por medio de normas de conflicto más favorables a sus intereses que las que conforman el régimen general. A dicha finalidad tuitiva responde, al menos *a priori*, el régimen especial de Derecho aplicable previsto por el legislador europeo en el art. 7 del Reglamento “Roma I”. Como es sabido, en el marco del Convenio de Roma de 1980, únicamente quedaban sujetos al régimen especial de Derecho aplicable los contratos de consumo y los contratos individuales de trabajo; pero no los contratos de seguro ni los contratos de transporte. El Reglamento “Roma I” ha extendido el régimen especial de Derecho aplicable a estos dos últimos tipos contractuales; lo cual ha constituido una novedad de indudable trascendencia con respecto a su antecesor directo (el Convenio de Roma).

13. Y, por otro lado, la dispersión conflictual, en el seno del mercado asegurador, también trae causa en la diversidad de normas de conflicto aplicables a los contratos internacionales que intervienen en el mercado asegurador, en el cual los contratos de seguro coexisten con los contratos de reaseguro, así como con los contratos de intermediación de seguros, dentro de los cuales tienen cabida tanto los contratos de agencia de seguros (celebrados entre el agente de seguros y la compañía aseguradora) como los contratos de corretaje o de mediación de seguros (celebrados entre el cliente y el corredor de seguros). De este modo, a la complejidad, derivada de la diversidad de regímenes de Derecho aplicable, hay que sumarle la aplicación, en función del tipo de contrato de seguro de que se trate, de diferentes normas de conflicto dentro de un mismo régimen de Derecho aplicable, en concreto, del régimen especial de ley aplicable consagrado, en el art. 7 del Reglamento “Roma I”, por el legislador europeo. Por lo tanto, al

¹⁴ *Vid.* el siguiente apartado del presente trabajo.

operador jurídico se le origina un plus de complejidad debido a la variedad y extrema complejidad de las normas de conflicto aplicables en función del tipo de contrato de seguro de que se trate.

14. En suma, la extrema complejidad para la resolución, por el órgano jurisdiccional u operador jurídico, de la problemática relativa a la ley aplicable, en el ámbito del sector asegurador, es debida, muy especialmente, a los dos factores que acabamos de poner de manifiesto.

De lo señalado se desprende claramente que, a diferencia de lo que acontecía en el seno del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, en el marco del Reglamento “Roma I”, la dispersión normativa no es predicable en cuanto a los instrumentos normativos aplicables, ya que los contratos internacionales existentes en el sector asegurador, salvo el supuesto específico anteriormente comentado, quedan insertos dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento “Roma I” y, por consiguiente, se resuelven con arreglo al sistema conflictual por el mismo consagrado.

No obstante, como ha quedado patente en las líneas anteriores, la dispersión normativa sí que es predicable en cuanto al régimen de ley aplicable (general o especial) y en lo referente a la norma de conflicto aplicable, por el juez u operador jurídico, en el seno del propio instrumento normativo internacional (europeo), es decir, del Reglamento “Roma I”.

15. Como se puede apreciar de lo anteriormente señalado y vamos a desarrollar a lo largo del presente estudio, los contratos internacionales que intervienen en el sector asegurador no están sujetos a un tratamiento conflictual uniforme. *De facto*, en el mercado asegurador, se vislumbra una evidente dispersión en el tratamiento y solución de los problemas de ley aplicable; lo cual no acontece en otros sectores de la contratación internacional¹⁵. Ello dota de una enorme complejidad al sector asegurador. De hecho, a este sector se le ha considerado el más complejo de la contratación internacional. El legislador europeo, a la hora de establecer dicho tratamiento o solución conflictual, en el marco del Reglamento “Roma I”, ha tenido en cuenta diversos criterios, que son básicamente los tres siguientes.

En primer lugar, el criterio más relevante, que ha tenido en cuenta el legislador europeo en sede de ley aplicable, es el de la modalidad de contrato internacional interviniente en el mercado asegurador y del tipo de contrato de seguro de que se trate. Como es sabido, la tipología de contratos de seguro es extraordinariamente variada. Siendo consciente de la relevancia de dicho factor, el legislador europeo ha consagrado, en el Reglamento “Roma I”, una solución conflictual diferente para los contratos de seguro que para los contratos de reaseguro y los contratos de intermediación de seguros; estableciendo, además, un tratamiento y solución conflictual diferente según la modalidad de contrato de seguro de que se trate.

En segundo término, otro criterio que ha tenido en cuenta el legislador europeo a efectos conflictuales, en relación con el sector asegurador, es el del nivel de protección requerido, del asegurado o tomador del seguro, en cada categoría o modalidad contractual; lo cual varía en gran medida, en el seno del mercado asegurador, de un tipo contractual a otro. Es obvio que la necesidad de protección no va a ser la misma en un contrato de seguro que en un contrato de reaseguro o que en un contrato de intermediación de seguros. Y, además, dentro de estos últimos, el nivel de protección exigido no va a ser el mismo para un contrato de agencia de seguros, celebrado entre dos profesionales, que para un contrato de corretaje o de mediación de seguros, a través del cual se materializa la relación jurídica existente entre el corredor de seguros y el cliente¹⁶. El factor al cual estamos haciendo referencia está estrechamente interrelacionado con el anterior, ya que, como he señalado, la necesidad de protección varía notablemente, dentro del mercado asegurador, en función de la modalidad contractual de que se trate.

Y, en tercer lugar, otro criterio que ha considerado el legislador europeo en sede de ley aplicable, en el seno del mercado asegurador, es el del riesgo cubierto por el contrato de seguro de que se trate. En

¹⁵ A excepción del sector de los contratos internacionales de consumo, en el cual, como es sabido, algunos contratos de consumo, como consecuencia de cumplirse determinados presupuestos materiales y espaciales, quedan incluidos dentro del régimen especial de Derecho aplicable del Reglamento “Roma I” (en concreto, del art. 6); mientras que otros quedan sujetos al régimen general de ley aplicable del Reglamento. No obstante, en el sector del consumo, la dispersión conflictual es menor que en el seno del mercado asegurador.

¹⁶ Este factor se analizará con más detalle en los siguientes apartados del presente trabajo.

relación con el riesgo cubierto, el legislador europeo ha tenido en cuenta dos factores. Por un lado, el tipo de riesgo cubierto por el contrato de seguro. Y, por otro lado, el legislador europeo ha tenido muy en cuenta, a efectos del tratamiento conflictual, el criterio del lugar de localización del riesgo cubierto, en función de si el mismo se encuentra localizado en el área o territorio de la Unión Europea (esto es, en un Estado miembro) o en un Estado tercero (es decir, en un Estado no miembro de la Unión Europea). Dicho criterio espacial únicamente se tiene en cuenta en relación con los contratos internacionales de seguro, pero no afecta a las restantes categorías contractuales existentes en el mercado asegurador. E incluso, como ya se verá, no se tiene en cuenta en todas las modalidades de contratos de seguro. Como posteriormente concretaré, este último criterio, el espacial, que considero extremadamente delicado y que a mi modo de ver carece actualmente de justificación, se fundamenta exclusivamente en cargas anteriores del legislador europeo y, más en concreto, en las existentes al amparo del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Por ello, a mi modo de ver, que el legislador europeo haya tenido en cuenta este factor, en el marco del Reglamento “Roma I”, es erróneo y anacrónico por carecer, en la actualidad, de justificación práctica teniendo en cuenta la inclusión, en el articulado del propio Reglamento (en concreto, en su art. 7), de las normas de conflicto de las Directivas europeas de seguros.

A continuación vamos a pasar a exponer la amplia variedad de soluciones conflictuales elaboradas, con base en los criterios y presupuestos de partida que acabamos de poner de manifiesto, por el legislador europeo, en el marco del Reglamento “Roma I”, para los contratos internacionales intervinientes en el mercado asegurador.

2. La ley aplicable a los contratos internacionales de reaseguro

16. En el sector del mercado asegurador, los contratos de reaseguro gozan de una indudable trascendencia. Dichos contratos se celebran entre dos profesionales del sector asegurador, en concreto, entre la entidad aseguradora y el reasegurador¹⁷. En relación con la problemática que plantea esta categoría contractual, en el terreno del Derecho aplicable, es preciso tener en cuenta varias premisas.

Por un lado, en el marco del Reglamento “Roma I”, al igual que ocurría con su antecesor directo (el Convenio de Roma de 1980), los contratos internacionales de reaseguro quedan incluidos dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento. Ello se desprende, claramente, del anteriormente mentado apartado 2 j) del art. 1 del Reglamento “Roma I”, el cual tan sólo excluye, de su ámbito material, un tipo muy concreto y específico de contrato de seguro, al cual anteriormente hicimos referencia.

Por otro lado, tal como señala el apartado 1º del art. 7 del Reglamento “Roma I”, los contratos internacionales de reaseguro quedan excluidos del ámbito material del art. 7 del Reglamento. Por lo tanto, los mismos quedan excluidos del régimen especial de Derecho aplicable consagrado por el Reglamento, tal como ocurría en el marco del Convenio de Roma.

Desde una perspectiva *de lege lata*, con base en los dos preceptos señalados se desprende, claramente, que los contratos internacionales de reaseguro quedan sujetos al régimen general de ley aplicable del Reglamento “Roma I”, es decir, a sus arts. 3 y 4, los cuales, como es sabido, constituyen el núcleo básico o central del susodicho Reglamento europeo, el aplicable a la generalidad de los contratos internacionales, esto es, a todas las categorías contractuales que no quedan sometidas al régimen especial de Derecho aplicable consagrado por el legislador europeo, para cuatro tipos contractuales (contratos de transporte de mercancías y de pasajeros, contratos de consumo, contratos de seguro y contratos individuales de trabajo), en los arts. 5-8 del Reglamento¹⁸.

¹⁷ En relación con el sector del reaseguro, *vid.*, muy especialmente, J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, *El reaseguro marítimo, entre el Derecho español y el “common law”: una visión armonizadora*, Aranzadi, Pamplona, 2011.

¹⁸ En relación con el *modus operandi* de los mencionados preceptos del Reglamento “Roma I”, *vid.*, entre otros muchos, H., AGUILAR GRIEDER, “Alcance de los controvertidos artículos 3 y 4 del Reglamento (CE) núm. 593/2008: perspectiva *de lege lata* y propuestas *de lege ferenda*”, *CDT*, 2014, vol. 6, núm. 1, pp. 45-67, así como las referencias en dicho trabajo citadas.

17. Desde una perspectiva *de lege ferenda*, me parece apropiado que los contratos internacionales de reaseguro queden sometidos al régimen general de Derecho aplicable consagrado por el Reglamento “Roma I”, ya que, en esta categoría contractual, no existe un desequilibrio, al menos acusado, en la posición negociadora de las partes del contrato. De hecho, el contrato se celebra entre profesionales del sector asegurador (entidad aseguradora y compañía reaseguradora) que, al menos *a priori*, no necesitan de protección. Y, como anteriormente recalcamos, el régimen general de determinación de la ley aplicable del Reglamento “Roma I” parte implícitamente, al menos desde un punto de vista teórico o conceptual, de un presupuesto: el equilibrio en la posición negocial de las partes de la relación contractual. Sin embargo, detrás del régimen especial de Derecho aplicable del Reglamento, subyace, fundamentalmente, una finalidad tuitiva, esto es, de protección de la parte débil de la relación litigiosa. Ambos regímenes de Derecho aplicable parten, al menos *a priori*, de presupuestos contrapuestos.

18. Por otro lado, desde una perspectiva *de lege lata*, en defecto de elección de ley por las partes del contrato internacional de reaseguro (en los términos permitidos por el art. 3 del Reglamento “Roma I”), el mismo quedará sujeto a la ley del país en el cual el reasegurador tenga su residencia habitual¹⁹. A dicho resultado se llega, tanto por la vía del apartado 2º del art. 4 del Reglamento “Roma I” (ya que el reasegurador es la parte que lleva a cabo la “prestación característica del contrato” de reaseguro), como por el cauce de la norma de conflicto especial prevista, por el legislador europeo en el apartado 1 b) del referido precepto, para los “contratos de prestación de servicios” (ya que, en la referida categoría contractual, el reasegurador es el “prestador del servicio”).

3. La ley aplicable a los contratos internacionales de intermediación de seguros privados

19. En el seno del mercado asegurador, tanto en la práctica nacional como en la internacional, cada vez van adquiriendo un progresivo protagonismo los denominados contratos de intermediación o distribución de seguros privados. En la actualidad, dicha categoría contractual goza de una notable relevancia en el sector asegurador. Por ello, sorprende que el Reglamento “Roma I”, pese a la especificidad que le caracteriza²⁰, guarde silencio en relación con esta modalidad contractual. En cualquier caso, por exclusión, como no nos encontramos ante ninguna de los tipos contractuales sujetos al régimen especial de Derecho aplicable del Reglamento ni ante ninguna de las exclusiones de su ámbito de aplicación material, desde una perspectiva *de lege lata*, tanto los contratos de agencia de seguros (celebrados entre la entidad aseguradora y el agente de seguros), como los contratos de corretaje o de mediación de seguros (a través de los cuales se materializa la relación jurídica existente entre el cliente o consumidor de seguros y el corredor de seguros), quedan sujetos al régimen general de Derecho aplicable del Reglamento “Roma I”, esto es, a sus arts. 3 y 4. De este modo, el legislador europeo, en el ámbito del Reglamento “Roma I”, ha otorgado idéntico tratamiento y solución conflictual a los contratos internacionales de reaseguro que a los contratos internacionales de agencia de seguros y que a los contratos internacionales de mediación de seguros o de corretaje.

20. A mi modo de ver, desde una perspectiva *de lege ferenda*, ello es merecedor de una severa crítica, ya que el contrato de agencia de seguros y el contrato de mediación de seguros o de corretaje no requieren del mismo nivel de protección. Ello es debido a que, como anteriormente se adelantó, así como el contrato de agencia de seguros se celebra entre profesionales (en concreto, entre el agente de seguros y la entidad aseguradora), con el contrato de mediación de seguros o de corretaje no acontece lo

¹⁹ En relación con la problemática de la ley aplicable al contrato internacional de reaseguro, *vid.*, muy especialmente, J.J., VARRA PARRA, “La ley aplicable al contrato de reaseguro internacional”, *Revista Española de Seguros*, El nuevo régimen comunitario de los contratos internacionales de seguro, 2009, núm. 140, pp. 635-649.

²⁰ De hecho, entre los principios, subyacentes a la regulación del Reglamento “Roma I”, podemos destacar la seguridad jurídica, la especificidad, la materialización (en la medida en que trata de adaptarse a la nueva realidad), la simplificación y su anhelo por la conciliación del ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

mismo, es decir, no se celebra entre profesionales del sector asegurador, sino que lo suscribe el corredor de seguros con el cliente (asegurado). De hecho, por virtud del contrato de mediación de seguros o de corretaje, el corredor de seguros ha de buscar, para el cliente (asegurado), la mejor opción de seguro, esto es, aquella que en mayor medida cubra sus necesidades.

Desde esta misma perspectiva *de lege ferenda*, tampoco es adecuado que el contrato de agencia de seguros quede sujeto al régimen general de determinación de la ley aplicable consagrado por el Reglamento “Roma I” en sus arts. 3 y 4, ya que, aunque el referido contrato se celebre entre profesionales del sector asegurador, en la generalidad de los supuestos (tanto nacionales como internacionales), el agente de seguros ostenta una posición negociadora más débil que la entidad aseguradora; al igual que, en los contratos internacionales de agencia comercial, el agente comercial suele ocupar la posición de parte débil de la relación litigiosa.

21. En concreto, retomando la perspectiva *de lege lata*, a falta de elección de ley por las partes contractuales en los términos fijados por el art. 3 del Reglamento “Roma I”, ante la inexistencia de una norma de conflicto específica, en el art. 4.1 del Reglamento, para los contratos internacionales de intermediación de seguros privados, el contrato internacional de agencia de seguros, al igual que el contrato internacional de corretaje o de mediación de seguros, son susceptibles de quedar incluidos en el ámbito de la norma de conflicto especial relativa a los “contratos de prestación de servicios”, consagrada por el apartado 1b) del art. 4 del Reglamento “Roma I”, que es un concepto autónomo dotado de una gran amplitud que ha de interpretarse, con arreglo al principio de conciliación del ordenamiento jurídico de la Unión Europea y al principio de seguridad jurídica, del mismo modo que en el ámbito del apartado 1b) del art. 7 del Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, denominado comúnmente como Reglamento “Bruselas I bis”²¹. Ello implica que se aplique la ley del país de la residencia habitual, en el momento de la celebración del correspondiente contrato, del “prestador del servicio”, esto es, del agente de seguros (en el contrato de agencia de seguros) o del corredor de seguros (en el contrato de mediación de seguros o de corretaje).

A la misma conclusión se llegaría en el supuesto de aplicar el juez u operador jurídico, a ambas categorías contractuales, la norma conflictual especial relativa a los “contratos de distribución”, consagrada por el apartado 1f) del art. 4 del Reglamento “Roma I”. Dicha norma de conflicto especial, como consecuencia de su origen (potenciar la seguridad jurídica), responde a un concepto autónomo estricto (prueba de ello es que existe una norma de conflicto específica para los contratos de franquicia, por lo que el legislador europeo no los considera incluidos dentro de la categoría jurídica de los contratos de distribución); dentro del cual difícilmente tienen cabida, a mi modo de ver, los contratos de intermediación de seguros privados. Además, entre ambos tipos contractuales existen diferencias sustanciales. No obstante, la aplicación a los referidos contratos internacionales de la norma de conflicto relativa a los “contratos de distribución”, la cual remite a la ley del país en el cual el distribuidor tenga su residencia habitual, implicaría que los mismos se regulasen por la misma ley estatal que si se aplicase la norma de conflicto, prevista por el legislador europeo, para los “contratos de prestación de servicios”.

A idéntico resultado se llegaría de aplicar a los referidos contratos la primera regla subsidiaria, esto es, la contenida en el apartado 2 del art. 4 del Reglamento “Roma I” (en concreto, la ley del país donde tenga su residencia habitual el deudor de la “prestación característica del contrato” de agencia y de mediación de seguros), cuya intervención, como consecuencia de lo señalado en las líneas anteriores, no es necesaria.

22. En mi opinión, desde una perspectiva *de lege ferenda*, resultaría más acertado aplicar a los contratos internacionales de intermediación de seguros privados la ley del mercado afectado, esto es, la ley del país en el cual el agente de seguros o, en su caso, el corredor de seguros realice su actividad profesional.

²¹ DOUE, de 20 de diciembre de 2012, núm. L 351/1. El referido apartado, que como es sabido está situado, en el marco del Reglamento “Bruselas I bis”, en el cuarto nivel jerárquico, junto con el foro del domicilio del demandado, consagra el foro especial en materia contractual (para la generalidad de los contratos internacionales, esto es, para las categorías contractuales que no quedan sujetas al régimen especial de competencia judicial internacional).

23. Al margen de lo señalado, otras relaciones jurídicas, que se derivan de la contratación de seguros privados a través de intermediarios, también quedan sometidas al régimen general de ley aplicable consagrado por los arts. 3 y 4 del Reglamento “Roma I”.

Tal es el caso de la eventual relación jurídica existente, en su caso, entre la entidad aseguradora y el corredor de seguros, la cual se materializaría en un contrato mercantil que quedaría sometido al régimen general de Derecho aplicable consagrado por el legislador europeo en los arts. 3 y 4 del Reglamento “Roma I”. La compañía aseguradora y el corredor de seguros pueden celebrar entre ellos contratos mercantiles, aunque no sin limitaciones, ya que ello únicamente es factible una vez que haya sido concluido el correspondiente contrato de seguro. No olvidemos que el corredor de seguros ha de buscar para el cliente la mejor opción de seguro, esto es, la que en mayor medida cubra sus necesidades. Por virtud de los referidos contratos mercantiles, que en ocasiones se celebran entre la entidad aseguradora y el corredor de seguros, las partes pueden pactar la gestión de la póliza, el cobro de las primas, la gestión de los siniestros, etc. En cualquier caso, como consecuencia de la obligación asumida por el corredor de seguros con respecto al cliente, las gestiones que, en su caso, se pacten entre la entidad aseguradora y el corredor de seguros no pueden colocar a este último en un conflicto de intereses. El eventual contrato mercantil, celebrado entre la entidad aseguradora y el corredor de seguros, es un contrato de gestión de negocios ajenos, por lo que es susceptible de quedar encuadrado dentro de la categoría jurídica amplia de “contrato de prestación de servicios”, por lo que resultaría aplicable, en defecto de elección de ley de conformidad con el art. 3 del Reglamento “Roma I”, la norma de conflicto especial relativa a la referida categoría contractual (que recordemos que es un concepto autónomo amplio²²), la cual aparece contenida en el apartado 1b) del art. 4 del Reglamento “Roma I”.

Del mismo modo, el mediador de seguros puede celebrar contratos mercantiles con sus auxiliares externos. Los auxiliares externos no tienen la condición de mediadores de seguros, pero colaboran con él en la distribución de productos de seguros, actuando por cuenta del mediador. En el supuesto de celebrarse dichos contratos, los mismos quedarán sujetos al régimen general de Derecho aplicable del Reglamento “Roma I”, esto es, a los arts. 3 y 4 del susodicho cuerpo legal. Por lo tanto, en defecto de elección de ley en los términos previstos en el art. 3 del Reglamento, a dichos contratos se les aplicará, igualmente, la norma de conflicto especial relativa a los “contratos de prestación de servicios”, la cual aparece contenida, como es sabido, en el apartado 1b) del art. 4 del Reglamento “Roma I”.

24. En definitiva, los contratos de intermediación de seguros quedan sometidos al régimen general de Derecho aplicable del Reglamento “Roma I” que el legislador europeo ha consagrado en los arts. 3 y 4 del referido instrumento normativo. Tal como hemos puesto de manifiesto en las líneas anteriores de este trabajo, el tratamiento conflictual es idéntico para las distintas relaciones jurídicas involucradas en la mediación de seguros, esto es, para las diferentes modalidades de contratos celebrados por los intermediarios de seguros: agentes de seguros exclusivos, agentes de seguros vinculados y corredores de seguros. En relación con estos últimos, el régimen general de determinación de la ley aplicable del Reglamento “Roma I” se aplica, tanto a la relación jurídica del corredor de seguros con el cliente como, en su caso, a la eventual relación jurídica existente entre el corredor de seguros con la entidad aseguradora²³.

4. La ley aplicable a los contratos internacionales de seguro: dualidad de regímenes

25. Los contratos de seguro son objeto de un tratamiento conflictual independiente al de los contratos celebrados por los intermediarios de seguros y al de los contratos de reaseguro. Como es sabido, a

²² Los conceptos autónomos, contenidos en el Reglamento “Roma I”, constituyen una manifestación evidente del principio de conciliación del ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

²³ En relación con la problemática, de la ley aplicable a los contratos internacionales de intermediación de seguros y de reaseguros privados, *vid.*, por todos, H., AGUILAR GRIEDER, “La mediación de seguros privados desde la perspectiva del derecho internacional privado español: problemas de ley aplicable”, en M.R., QUINTÁNS EIRAS, *Estudios sobre Mediación de Seguros Privados*, Navarra, Thomson Reuters, Aranzadi, 2013, pp. 677-715, especialmente pp. 689-712; así como M., SABIDO RODRÍGUEZ, “La mediación en el contrato de reaseguro: algunas cuestiones de Derecho internacional privado”, *ibid.*, pp. 717-742.

través de los contratos de seguro se materializa la relación jurídica existente entre la entidad aseguradora y el cliente o asegurado.

El Reglamento “Roma I” ha modificado sustancialmente el régimen conflictual de los contratos de seguro con respecto a su antecesor directo (el Convenio de Roma). En concreto, el art. 7 del Reglamento contiene una norma de conflicto específica para los contratos de seguro, la cual aparece encuadrada en el marco del régimen especial de Derecho aplicable²⁴. De conformidad con el anteriormente mentado Considerando 23 del Reglamento “Roma I”, el objetivo prioritario del señalado régimen especial, de determinación de la ley aplicable, es proteger a la parte débil de la relación contractual por medio de normas de conflicto más favorables a sus intereses que las que conforman el régimen general de Derecho aplicable (arts. 3 y 4 del Reglamento).

26. El interés fundamental que subyace detrás del art. 7 del Reglamento “Roma I” es su finalidad tuitiva²⁵, ya que el susodicho precepto responde, claramente, a un interés de protección del asegurado o tomador del seguro. Tal como pone de relieve el Considerando 32 del Reglamento “Roma I”, al igual que acontece con los contratos de transporte, como consecuencia de las características especiales que presentan los contratos de seguro, deberá garantizarse un nivel adecuado de protección a los titulares de las pólizas mediante normas específicas y, por consiguiente, “el art. 6 no debe aplicarse en el contexto”²⁶ de este contrato específico. Dicha finalidad tuitiva es predicable, con carácter general, de los contratos de seguro, aunque no todos ellos precisan del mismo nivel de protección.

27. Detrás del art. 7 del Reglamento “Roma I” subyace, igualmente, la idea de no modificar sustancialmente el régimen previsto en las Directivas comunitarias sobre seguros, ya que, *de facto*, el contenido de dichas Directivas ha sido incorporado en el propio articulado del Reglamento, en concreto, en su art. 7. A mi modo de ver, el legislador europeo ha apostado por la comodidad, adoptando una actitud excesivamente práctica, trasladando sin espíritu crítico las normas de conflicto existentes en este sector, contenidas en las Directivas sobre seguros de la Unión Europea, al marco del art. 7 del Reglamento “Roma I”. En mi opinión, se debería de haber aprovechado la oportunidad para reemplazar las referidas normas de conflicto por otras de una calidad técnica superior a la par que menos complejas; lo cual hubiese facilitado, en gran medida, su correcta aplicación por el juez u operador jurídico; que es, en definitiva, lo que se ha de procurar, y más en uno de los sectores más complejos de la contratación internacional en el que, además, coexisten diferentes modalidades contractuales.

28. Al margen de lo señalado, tal como he puesto de manifiesto en un apartado anterior del presente trabajo, a diferencia de lo que acontecía en el marco del Convenio de Roma de 1980, los contratos de seguro, con la excepción aislada tan específica anteriormente comentada, quedan incluidos dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento “Roma I”. Sin embargo, no todos los contratos de seguro quedan incluidos dentro del ámbito del régimen especial de Derecho aplicable contenido en el art. 7 del Reglamento “Roma I”, esto es, de la norma de conflicto especial prevista por el legislador europeo para los contratos de seguro.

De este modo, en relación con los contratos internacionales de seguro, a efectos conflictuales, es preciso distinguir dos situaciones diferenciadas, ya que, al igual que acontece con los contratos internacionales de consumo, algunos de ellos quedan sujetos al régimen general de Derecho aplicable consagrado por el legislador europeo en los arts. 3 y 4 del Reglamento “Roma I”; mientras que otros contratos de seguro quedan sometidos al art. 7 del Reglamento. Esta dicotomía conflictual conlleva un

²⁴ Tal como se desprende del apartado 4º del art. 1 del Reglamento “Roma I”, en el marco del art. 7 del Reglamento, el término “Estado miembro” designará a todos los Estados miembros de la Unión Europea, incluyendo a Dinamarca.

²⁵ En relación con los intereses subyacentes detrás del régimen especial de Derecho aplicable contenido en el art. 7 del Reglamento “Roma I”, algunos de los cuales tienen su origen en cargas anteriores del legislador europeo, *vid.*, por ejemplo, H., AGUILAR GRIEDER, *Pilares Fundamentales del Derecho internacional privado europeo*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, 2018, pp. 193-196.

²⁶ Como puede deducirse de lo señalado, el legislador europeo no considera apropiado aplicar, a los contratos de seguro, la norma de conflicto especial, prevista para los contratos de consumo, en el art. 6 del Reglamento “Roma I”.

notable plus de complejidad en la práctica internacional y, por consiguiente, dificulta la aplicación, a los jueces u operadores jurídicos, de las correspondientes normas conflictuales.

29. La solución conflictual difiere en función del tipo de contrato internacional de seguro ante el cual nos encontremos, que es muy variada. En concreto, el régimen de Derecho aplicable del Reglamento “Roma I”, así como la norma de conflicto aplicable, son susceptibles de variar en función del tipo de contrato de seguro de que se trate y, al menos *a priori*, del nivel de protección requerido en cada una de sus modalidades²⁷. No obstante, como vamos a poner de manifiesto en las líneas siguientes, esto último no ha sido tenido en cuenta por el legislador europeo en todos los casos.

30. En concreto, quedan sujetos al régimen especial de Derecho aplicable, consagrado por el art. 7 del Reglamento “Roma I”, los siguientes contratos internacionales de seguro.

Por un lado, todos los todos los contratos de seguro que cubran grandes riesgos, para los cuales el legislador europeo ha consagrado una norma de conflicto especial en el apartado 2 del art. 7 del Reglamento. Dicha norma de conflicto incrementa la autonomía conflictual, para esta modalidad de contrato de seguro, al remitirse al art. 3 del Reglamento sin establecer limitaciones adicionales a la autonomía conflictual de las partes. Desde mi punto de vista, ello es apropiado, ya que en este tipo de contrato de seguro se presume que no existe un desequilibrio en la posición negocial de las partes, esto es, que no existe una parte débil de la relación litigiosa, por lo que limitaciones adicionales a la autonomía conflictual de las partes carecen de sentido.

Teniendo en cuenta lo señalado, me parece digno de crítica que el legislador europeo haya sometido esta modalidad de contrato de seguro al régimen especial de ley aplicable del Reglamento “Roma I”, por no existir una parte del contrato especialmente necesitada de protección y por responder el régimen especial de Derecho aplicable, fundamentalmente, a una finalidad tuitiva. En concreto, tal como reconoce el propio legislador europeo, detrás del art. 7 del Reglamento “Roma I” subyace, muy especialmente, una finalidad de protección del asegurado o tomador del seguro. A mi modo de ver, desde una perspectiva *de lege ferenda*, hubiese resultado más acertado someter esta modalidad contractual al régimen general de Derecho aplicable y consagrar en el art. 4.1 del Reglamento “Roma I”, para los supuestos en los cuales no haya elección de ley por las partes en los términos previstos en el art. 3 del Reglamento, una norma de conflicto especial que tuviese en cuenta la especificidad de este tipo de contrato de seguro.

En defecto de elección de ley por las partes de conformidad con el art. 3 del Reglamento “Roma I”, el contrato de seguro que cubra un gran riesgo se regirá “por la ley del país en el que el asegurador tenga su residencia habitual”. Teniendo en cuenta que el legislador europeo ha encuadrado los contratos de seguro, que cubren grandes riesgos, dentro del régimen especial de Derecho aplicable, llama la atención que el precepto se centre, para determinar la ley objetivamente aplicable de esta modalidad de contrato de seguro, en el asegurador, esto es, en la parte supuestamente fuerte de los contratos de seguro.

²⁷ Un detenido análisis de la problemática de los contratos de seguro, desde el enfoque del Derecho aplicable, puede encontrarse en C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Los contratos de seguro del art. 7 del Reglamento Roma I”, *CDT*, 2009, vol. I, núm. 2, pp. 30-51; C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Contratos internacionales (VIII). Contrato internacional de seguro”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho del Comercio Internacional*, Colex, Madrid, 2012, pp. 1053-1085, pp. 1071-1085; C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ/J.M. ALMUDÍ CID, “El contrato internacional de seguro”, en M. IZQUIERDO TOLSADA, *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias, Tomo VII, Los contratos internacionales (II)*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 581-635, pp. 603-626; V. FUENTES CAMACHO, “Los contratos internacionales de seguro antes y a partir del Reglamento Roma I”, *Revista Española de Seguros*, El nuevo régimen comunitario de los contratos internacionales de seguro, 2009, núm. 140, pp. 617-634; U. PETER GRUBER, “Insurance contracts”, en F. FERRARI/S. LEIBLE, *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier, European law publishers, Munich, 2009, pp. 109-128; H. HEISS, “Insurance contracts in ‘Rome I’: Another Recent Failure of the European Legislature”, en E. CASHIN RITAINE/A. BONOMI, *Le nouveau règlement européen “Rome I” relative à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Schulthess, Publications de l’Institut suisse de droit comparé, Genève, Zürich, Bâle, 2008, pp. 97-119; así como A. STAUDINGER, “Internationales Versicherungsvertragsrecht – (k)ein Thema für Rom I?”, en F. FERRARI/S. LEIBLE, *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa*, Studien zum Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, Band 10, Gottmadingen, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2007, pp. 235-243.

No obstante, ello tampoco es tan grave si tenemos en cuenta que, precisamente en este tipo de contrato de seguro, no existe un desequilibrio en la posición negocial de las partes.

El legislador europeo ofrece un concepto autónomo, derivado de una Directiva europea de seguros, de lo que ha de entenderse por “contrato de seguro que cubra un gran riesgo”²⁸. A mi modo de ver, dicha actitud del legislador europeo ha de ser aplaudida, ya que tal remisión constituye una clara manifestación del principio de conciliación del ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

Al margen de lo señalado, el contrato de seguro que cubre grandes riesgos es el único tipo de contrato de seguro en el que no influye, a los efectos de la solución conflictual, el lugar de localización del riesgo cubierto²⁹. De este modo, el tratamiento conflictual de la susodicha categoría de contrato de seguro no varía en función de si el riesgo cubierto se encuentra localizado en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado tercero; lo cual nos parece acertado. Desde mi punto de vista, ello habría de proyectarse a las restantes modalidades de contratos de seguro.

Otra peculiaridad de esta modalidad de contrato de seguro es que el legislador europeo ha previsto sólo para este tipo contractual una cláusula de excepción de alcance particular. Esta cláusula de excepción es muy específica, ya que sólo es operativa en relación con esta categoría contractual. El legislador europeo no ha consagrado ninguna cláusula de excepción para los restantes contratos de seguro. La cláusula de excepción de alcance particular, prevista por el apartado 2º del art. 7 del Reglamento “Roma I” para los contratos de seguro que cubran un gran riesgo, es prácticamente idéntica a la contemplada en el art. 5.3 del Reglamento para los contratos de transporte (tanto de mercancías como de pasajeros): si “del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato (se está refiriendo únicamente al contrato de seguro que cubra un gran riesgo) presenta vínculos *manifiestamente* más estrechos con otro país, se aplicará la ley de ese otro país”³⁰, es decir, la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos. Por medio del término “manifiestamente”, el legislador europeo ha querido recalcar el carácter excepcional de la cláusula de escape.

A mi modo de ver, estas son las peculiaridades más llamativas y de mayor repercusión práctica, en el ámbito del Reglamento “Roma I”, de los contratos de seguro que cubren grandes riesgos.

31. Por otro lado, tal como se desprende del apartado 1º del art. 7 del Reglamento “Roma I”, quedan incluidos dentro del ámbito de aplicación del régimen especial de Derecho aplicable, contenido en el art. 7 del Reglamento, los contratos de seguro que cubran riesgos localizados en el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea; salvo que se trate, como hemos señalado en las líneas anteriores, de un contrato de seguro que cubra un gran riesgo. El legislador europeo ha previsto una norma de conflicto especial, en el apartado 3 del art. 7 del Reglamento “Roma I”, para los contratos de seguro que cubran riesgos localizados en el área de la Unión Europea.

El art. 7 del Reglamento “Roma I”, en su apartado 5, resuelve un problema susceptible de presentarse en la práctica: cuando un contrato de seguro, que no cubra un gran riesgo, cubra riesgos situados en más de un Estado miembro. En tal caso, el legislador europeo ha considerado que “el contrato se considerará constituido por diversos contratos, cada uno de los cuales se refiere únicamente a un Estado miembro”. Esta puntualización también se aplica a los contratos de seguro obligatorios.

En relación con la modalidad de contrato de seguro a la que nos estamos refiriendo (los que cubren un riesgo localizado en un Estado miembro de la Unión Europea), el legislador europeo ha consagrado, en el apartado 3º del art. 7 del Reglamento “Roma I”, una autonomía conflictual limitada en cuanto a las leyes estatales susceptibles de elección; las cuales están estrechamente vinculadas con el contrato de seguro en cuestión (ley del Estado miembro en el cual se localice el riesgo, ley del país en el cual el tomador del seguro tenga su residencia habitual, etc.)³¹.

²⁸ *Vid.* la remisión llevada a cabo en el apartado 2 del art. 7 del Reglamento “Roma I”.

²⁹ Tal como pone de manifiesto el apartado 1 del art. 7 del Reglamento “Roma I”, el presente artículo se aplicará a los contratos a que se refiere el apartado 2, “independientemente de que el riesgo que cubran se localice o no en un Estado miembro”.

³⁰ La cursiva es nuestra.

³¹ Por lo que a dichas leyes se refiere, *vid.* el apartado 3 del art. 7 del Reglamento “Roma I”. En alguno de los supuestos contemplados por el susodicho apartado, “si los Estados miembros a los que dichos apartados se refieren (a, b o e) conceden mayor libertad de elección en cuanto a la ley aplicable al contrato de seguro, las partes podrán hacer uso de tal libertad”.

En defecto de elección de ley por las partes en los términos que acabamos de señalar, el contrato de seguro, relativo a un riesgo localizado en un Estado miembro de la Unión Europea, se regirá por la ley del “Estado miembro en el que se localice el riesgo en el momento de la celebración del contrato”. Por medio de esta última coletilla del art. 7.3 del Reglamento “Roma I”, el legislador europeo resuelve el problema del conflicto móvil, al especificar el momento en el cual ha de concretarse el punto de conexión utilizado por la norma de conflicto aplicable en defecto de elección de ley: el de la celebración del correspondiente contrato de seguro.

32. Y, por último, también quedan incluidos dentro del ámbito del régimen especial de Derecho aplicable, contenido en el art. 7 del Reglamento “Roma I”, los contratos de seguro obligatorio, esto es, aquellos contratos de seguros que cubran riesgos para los que un Estado miembro imponga la obligación de suscribir un seguro. El art. 7 del Reglamento “Roma I” consagra en su apartado 4, para dicha modalidad de contrato de seguro, determinadas normas adicionales.

33. De lo señalado en las líneas anteriores se desprende que no todos los contratos de seguro quedan incluidos dentro del ámbito de aplicación del art. 7 del Reglamento “Roma I”. Ello implica que los contratos de seguro, excluidos de dicho régimen especial, hayan de quedar sometidos al régimen general de Derecho aplicable del Reglamento, esto es, a sus arts. 3 y 4. Tal como se desprende del apartado 1º del art. 7 del Reglamento “Roma I”, los contratos de seguro que cubran riesgos localizados en un Estado no miembro de la Unión Europea, salvo que cubran un gran riesgo, quedarán sujetos al régimen general de Derecho aplicable.

Teniendo en cuenta lo señalado, nos interesa saber qué ocurre en los supuestos híbridos, esto es, cuando “un contrato de seguro que no cubre un gran riesgo cubra varios riesgos de los que uno como mínimo está situado en un Estado miembro y uno como mínimo está situado en un tercer país”. Dicha problemática, susceptible de plantearse en la práctica internacional, la resuelve el legislador europeo en el Considerando 33 del Reglamento “Roma I”. En tal caso, “las disposiciones especiales del presente Reglamento relativas a los contratos de seguro únicamente deben aplicarse al riesgo o riesgos en el Estado miembro o en los Estados miembros de que se trata”. Dicha aclaración es clave, ya que, como se ha podido comprobar en el presente apartado del trabajo, el criterio del lugar de localización del riesgo cubierto, en el área de la Unión Europea o en un tercer Estado, es fundamental a los efectos del tratamiento conflictual del contrato internacional de seguro.

5. A modo de conclusiones

34. De lo señalado en los apartados anteriores se desprende una acentuada especificidad o especialización, en las soluciones conflictuales, de los contratos internacionales intervinientes en el mercado asegurador. Ello está en sintonía con la tendencia general del Derecho internacional privado de la Unión Europea en materia contractual³². Dicha tendencia va encaminada, con carácter general, a obtener una mayor previsibilidad; lo cual, a mi modo de ver, es más que discutible que se haya logrado en materia de seguros, teniendo en cuenta la extrema complejidad de su regulación y su deficiente calidad técnica.

35. Al margen de lo señalado, nos parece digno de crítica, y en la actualidad totalmente injustificable, que los contratos internacionales de seguro, que cubran riesgos localizados en un Estado tercero, salvo que cubran “un gran riesgo”, reciban el mismo tratamiento y solución conflictual que los contratos internacionales de reaseguro y que los contratos internacionales de intermediación de seguros privados, es decir, que los contratos de agencia de seguros, que los contratos de corretaje o de mediación de seguros y que los restantes contratos internacionales suscritos por los intermediarios de seguros.

³² Por lo que a dicha tendencia se refiere, *vid.*, muy especialmente, H., AGUILAR GRIEDER, “Desafíos y tendencias en el actual Derecho internacional privado europeo de los contratos”, *CDT*, 2012, vol. 4, núm. 2, pp. 23-48.

36. Como hemos podido comprobar en el apartado anterior, hay contratos de seguro excluidos del ámbito de aplicación del art. 7 del Reglamento “Roma I”, por la mera localización del riesgo en un Estado tercero, necesitados de protección; y contratos incluidos en el régimen especial del art. 7 del Reglamento “Roma I” en los que no existe tal necesidad de protección, como es el caso del seguro que cubre grandes riesgos. A mi modo de ver, ello conlleva una desnaturalización del régimen especial de Derecho aplicable del Reglamento, cuya finalidad, como sabemos, es fundamentalmente tuitiva.

IV. Valoración de la coherencia del Derecho de la Unión Europea en el ámbito de la protección del consumidor de seguros

37. Teniendo en cuenta la inmensa repercusión, a efectos conflictuales, del criterio del lugar de localización del riesgo cubierto, es básico que el legislador europeo nos aclare cuál es, a los efectos del Reglamento “Roma I”, el lugar de localización del riesgo cubierto. Respondiendo a esta necesidad, el legislador europeo concreta, en el apartado 6 del art. 7 del Reglamento “Roma I”, a los efectos del referido precepto, que el país en el que se localiza el riesgo habrá de determinarse de conformidad con lo previsto en las Directivas de la Unión Europea sobre seguros. El recurso, en el marco del Reglamento “Roma I”, a un concepto autónomo supone una manifestación evidente del principio de conciliación del ordenamiento jurídico de la Unión Europea. De este modo, los instrumentos normativos de la Unión Europea, implicados en este sector jurídico, parten de un mismo concepto. A mi modo de ver, es un acierto que el legislador europeo haya consagrado un concepto uniforme, válido para todos los Estados miembros de la Unión Europea, en relación con una cuestión tan relevante a efectos de la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales de seguro. Ello denota, sin lugar a dudas, una coherencia, en el seno del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, en lo que respecta a conceptos clave.

38. Sin embargo, tal coherencia, demandada por el principio de conciliación del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, no existe desde otro punto de vista, en cuanto que, en relación con los susodichos contratos internacionales de seguro, por la mera localización del riesgo cubierto en un tercer Estado, el Reglamento “Roma I” no tiene en cuenta el nivel de protección requerido por el tipo de contrato de seguro de que se trate. Desde este enfoque, no existe sintonía entre el Reglamento “Roma I” y las Directivas europeas de seguros, cuyas disposiciones materiales responden a una finalidad tuitiva, de protección del asegurado o tomador del seguro. A mi modo de ver, dicho déficit o falta de coherencia es merecedor de una crítica severa. La exclusión, del régimen especial de Derecho aplicable contenido en el art. 7 del Reglamento “Roma I”, de los contratos internacionales de seguro que cubran riesgos localizados en un Estado no miembro de la Unión Europea, trae causa del régimen existente en el marco del antecesor del Reglamento: el Convenio de Roma de 1980. En el ámbito de dicho Convenio, los susodichos contratos internacionales de seguro eran objeto de regulación en el plano conflictual por Directivas europeas, lo cual justificaba la mencionada exclusión. Pero en el marco del Reglamento “Roma I”, la justificación de dicha exclusión carece de sentido, de razón de ser, ya que las normas de conflicto de las Directivas de la Unión Europea sobre seguros han sido trasladadas, por el legislador europeo, al art. 7 del Reglamento “Roma I”.

39. Al margen de lo señalado, es preciso valorar la coherencia o coordinación de la Directiva (UE) 2016/97 sobre la distribución de seguros con las normas de conflicto, del Reglamento “Roma I”, aplicables a los contratos internacionales intervinientes en el mercado asegurador. Para ello es necesario analizar el alcance de las novedades incorporadas por la señalada Directiva con respecto a su antecesora directa (la Directiva 2002/92/CE). Como anteriormente adelantamos, la Directiva de 2016 goza de una enorme repercusión práctica en lo concerniente al sector de la distribución en la contratación de seguros.

La Directiva europea 2002/92/CE sobre la mediación en los seguros fue objeto de una viva controversia doctrinal. Como consecuencia de las críticas suscitadas por la misma, las instituciones europeas iniciaron, en aras de su modificación, un proceso de reforma de la Directiva 2002/92/CE; que se materia-

lizó en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la mediación en los seguros (Refundición)³³. La finalidad básica de la referida Propuesta de Directiva era incrementar notablemente su ámbito de aplicación, y ello en aras de aumentar la protección de los clientes, esto es, de los consumidores de seguros³⁴. La reforma europea pretendía, en última instancia, una ampliación y reformulación del concepto de mediación, lo cual implica un tránsito de la mediación a la distribución de seguros; siendo éste, como es sabido, el título de la actual Directiva europea. En aras de ofrecer una mayor protección al asegurado o tomador del seguro, las instituciones europeas tenían previsto acometer diversas reformas: entre ellas, ofrecer una mayor información y asesoramiento al asegurado o tomador del seguro; evitar o minimizar el conflicto de intereses subyacente a este tipo de contratación; así como modificar el sistema de remuneración (especialmente en lo que atañe a la retribución del corredor de seguros)³⁵.

En relación con el ámbito de aplicación material de la antecesora de la Directiva actualmente vigente (la Directiva 2002/92/CE), es preciso señalar que la misma regulaba la actividad profesional de aquellas personas o instituciones que distribuyen los productos de seguros o, en su caso, de reaseguros, a cambio de una remuneración. La referida Directiva se aplicaba, pues, tanto a personas físicas como jurídicas, siempre y cuando la actividad de mediación de seguros realizada por dichas personas no consistiese en una actividad meramente accesoria o en facilitar una simple información general sobre los productos de seguros o, en su caso, de reaseguros. En cualquier caso, la Directiva anteriormente vigente de mediación de seguros no cubría aquellos supuestos en los cuales la actividad la realizaba, o bien, una empresa de seguros (o, en su caso, de reaseguros), o bien, un empleado de las mismas.

Sin embargo, tal como ya figuraba en la Propuesta de Directiva sobre la mediación en los seguros a la que nos acabamos de referir, la Directiva (UE) 2016/97 sobre la distribución de seguros, en aras de incrementar notablemente la protección del cliente o asegurado, incluye los susodichos supuestos dentro de su ámbito de aplicación material. De este modo, la Directiva de 2016 (tal como tenía previsto la citada Propuesta de Directiva de mediación de seguros), como consecuencia de estar enfocada a la protección del consumidor de seguros, extiende su ámbito de aplicación a la actividad aseguradora directa, ya que, de este modo, consigue proyectar los nuevos parámetros de protección del cliente, que la misma incorpora, a la actuación de la entidad aseguradora; tratando de alcanzar, de este modo, un mayor nivel de protección del asegurado que la anteriormente vigente Directiva de 2002 sobre la mediación en los seguros. La notable ampliación de su ámbito de aplicación, así como el incremento del nivel de protección del consumidor de seguros, son, sin lugar a dudas, las novedades más esperadas y de mayor repercusión práctica de la Directiva europea 2016/97 sobre la distribución de seguros³⁶. Como hemos señalado anteriormente, estas dos novedades se encuentran estrechamente interrelacionadas entre sí.

Como ya comentamos en un apartado anterior del presente trabajo, la Directiva (UE) 2016/97 sobre la distribución de seguros ha sido objeto de transposición a los ordenamientos jurídicos internos de todos los Estados miembros de la Unión Europea y, en concreto, al ordenamiento jurídico español a través, no de la proyectada Ley de distribución de seguros y reaseguros privados (la cual estaba previsto que entrase en vigor a principios de 2018)³⁷, sino del anteriormente mentado Real Decreto-Ley 3/2020,

³³ La señalada Propuesta de Directiva fue presentada en Bruselas, por la Comisión Europea, el 3 de julio de 2012: COM (2012) 360 final. *Vid.*, igualmente, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mediación en los seguros (refundición): *DOUE*, de 15 de febrero de 2013, núm. C 44/95.

³⁴ *Vid.* la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva, en concreto, la parte relativa al “Contexto de la Propuesta”. En relación con las novedades de dicha Propuesta, *vid.*, por ejemplo, C., DÍAZ LLAVONA, “Propuesta de revisión de la Directiva 2002/92/CE, de mediación de seguros. Antecedentes, principales novedades y aspectos discutibles”, en los números monográficos editados por la RES con ocasión de los “25 años de Planes de pensiones”, 2012, núms. 150-151, abril-septiembre, pp. 245-262.

³⁵ En relación con el contexto de la referida reforma europea de la mediación a la distribución de seguros, *vid.*, muy especialmente, M.R., QUINTÁNS EIRAS, “Reforma de la distribución de seguros en la Unión Europea”, en J., BATALLER GRAU/ M.R. QUINTÁNS EIRAS/A.B., VEIGA COPO (Directores), *La reforma del Derecho del seguro*, Navarra, Thomson Reuters, Aranzadi, 2015, pp. 557-574.

³⁶ Un exhaustivo análisis de las principales novedades de la referida Directiva europea, así como de la repercusión de las mismas, puede encontrarse en M.R., QUINTÁNS EIRAS, “De la mediación a la distribución de seguros: la nueva Directiva 2016/1997”, *Revista General de Derecho Europeo*, 2016, vol. 39, pp. 1-22.

³⁷ Tal como ponía de manifiesto la Disposición final quinta de la referida Ley, relativa a su entrada en vigor, la presente Ley “entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado”.

el cual sustituye a la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados (en lo sucesivo, Ley 26/2006)³⁸. La Ley 26/2006 llevó a cabo, en su momento, la transposición, al ordenamiento jurídico español, de la Directiva europea 2002/92/CE sobre la mediación en los seguros; a la cual ha sustituido la actualmente vigente Directiva (UE) 2016/97 sobre la distribución de seguros.

El Real Decreto-Ley 3/2020, al igual que el Proyecto de Ley de distribución de seguros y reaseguros privados, distingue entre mediadores de seguros (o de reaseguros) y distribuidores de seguros (o de reaseguros). Tal como se desprende del articulado del referido Real Decreto-Ley, y de la Directiva cuya transposición lleva a cabo, la actividad de distribución de seguros puede ser realizada por las entidades aseguradoras, por los agentes de seguros, por los operadores de banca-seguros, así como por los corredores de seguros. El extenso ámbito de aplicación del Real Decreto-Ley 3/2020 está en sintonía con una de las principales novedades de la Directiva (UE) 2016/97 sobre la distribución de seguros (cuya transposición ha llevado a efecto): extender considerablemente el ámbito de aplicación material de la Directiva 2002/92/CE, abarcando también la actividad aseguradora directa, y ello en aras de aumentar el nivel de protección de los consumidores de seguros al proyectar los nuevos parámetros de protección del cliente o asegurado, que la Directiva 2016/97 incorpora, a la actuación de la entidad aseguradora. Al margen de lo señalado, la Directiva (UE) 2016/97 sobre la distribución de seguros, al incluir también dentro de su ámbito de aplicación la actividad aseguradora directa, consigue alcanzar, aunque sea de un modo indirecto, otro objetivo fundamental: homogeneizar las condiciones de competencia en el seno del mercado interior. Por lo tanto, detrás de la Directiva de 2016 sobre la distribución de seguros, al igual que acontece con las restantes Directivas elaboradas por las instituciones europeas para determinados sectores de la contratación, subyace un doble objetivo: la protección de la parte débil de la relación litigiosa (asegurado o tomador del seguro) y la protección del mercado interior.

A mi modo de ver, ello no está en sintonía con la dispersión conflictual existente, en el marco del Reglamento “Roma I”, en el seno del mercado asegurador. Tal como hemos apreciado en el apartado anterior del presente trabajo, los contratos internacionales intervinientes en el mercado asegurador reciben un tratamiento conflictual diferenciado, lo cual puede acarrear que resulten aplicables leyes estatales basadas en principios diferentes (en cuanto al nivel de protección del asegurado o tomador del seguro, requisitos impuestos a los intermediarios de seguros para poder llevar a cabo su actividad profesional, etc.). Tal problemática se acentúa si tenemos en cuenta que, de conformidad con el art. 2 del Reglamento “Roma I”, el mismo goza de un ámbito de aplicación espacial universal (es decir, es *erga omnes*) y la ley estatal aplicable a los contratos internacionales, determinada por la norma de conflicto que resulte aplicable, puede ser tanto la de un Estado miembro de la Unión Europea (en cuyo caso se cumplirían los parámetros de protección fijados por la Directiva europea sobre la distribución de seguros) como la de un Estado tercero (la cual puede basarse en principios muy diferentes a los que subyacen detrás de la Directiva 2016/97 sobre la distribución de seguros).

De este modo, la dispersión conflictual, existente en el seno del mercado asegurador, puede comprometer la protección del cliente o consumidor de seguros, así como la del mercado interior; en la medida en que ello es susceptible de provocar evidentes distorsiones de competencia en el seno del mercado europeo. En aras de evitar estos efectos perjudiciales, para el asegurado o tomador del seguro y para el mercado interior, es imprescindible que el consumidor de seguros goce del nivel de protección fijado por la Directiva europea sobre la distribución de seguros, y ello con independencia de que la *lex contractus* sea la de un Estado miembro de la Unión Europea o la de un tercer Estado.

En este contexto, nos parece acertado sacar a colación la polémica sentencia del TJCE de 9 de noviembre de 2000 (asunto *Ingmar*), la cual, aunque versa sobre un contrato internacional de agencia comercial, ha tenido una enorme repercusión en el ámbito de la contratación internacional por todas sus implicaciones. El TJCE puso de manifiesto en dicha sentencia que, los objetivos perseguidos por los arts. 17-19 de la Directiva 86/653/CE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordina-

³⁸ BOE, de 18 de julio de 2006, núm. 170. Un pormenorizado análisis del referido cuerpo legal puede encontrarse en F.J., TIRADO SUÁREZ./M.A., SARTÍ MARTÍNEZ, *Ley de Mediación en Seguros y Reaseguros Privados*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2007; así como en V. CUÑAT EDO/J. BATALLER GRAU, *Comentarios a la Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados*, Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2007.

ción de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes³⁹, exigen que tales disposiciones sean de aplicación, con independencia de cuál sea la *lex contractus*, cuando el agente comercial realice su actividad profesional en un Estado miembro de la Unión Europea⁴⁰, con independencia de que el agente comercial esté establecido o no en el área de la Unión Europea. Tal como pone de manifiesto la sentencia *Ingmar*, el objetivo perseguido por los mencionados preceptos, los cuales constituyen el núcleo duro de la misma, es “proteger, a través de la categoría de los agentes comerciales, la libertad de establecimiento y el juego de una competencia no falseada en el mercado interior” (apartado 24). Según el TJCE, la función que desempeñan las referidas disposiciones de la Directiva de agencia requiere que éstas se apliquen cuando “el agente comercial desempeñe su actividad en el territorio de un Estado miembro, sea cual fuere la ley a la que las partes hayan pretendido someter el contrato” (apartado 25). A nuestro modo de ver, dicho razonamiento es extrapolable al resto de las disposiciones materiales de carácter imperativo, no sólo de la Directiva de agencia comercial de 1986, sino también de la Directiva de 2016 sobre la distribución de seguros.

V. Mecanismos para la protección del consumidor de seguros y del mercado interior frente a los efectos de la dispersión conflictual

40. Como anteriormente adelantamos, en el sector asegurador coexisten los textos de Derecho internacional privado con las Directivas europeas del mercado asegurador. En concreto, en sede de ley aplicable, se produce una coexistencia de las disposiciones materiales de carácter imperativo de ciertas Directivas europeas sectoriales (de seguros, de distribución de seguros y subsidiariamente, en el contrato de agencia de seguros, de la Directiva de agencia) y, más en concreto, de sus normas nacionales de transposición, con las normas de conflicto contenidas en el Reglamento “Roma I”. Ello plantea complejos problemas de coordinación, los cuales han de resolverse con arreglo al principio de conciliación del ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

El Reglamento “Roma I” contiene, por lo que al mercado asegurador se refiere, diversas manifestaciones del principio de conciliación del ordenamiento jurídico de la Unión Europea: entre ellas, el apartado 2j) del art. 1 (al definir un supuesto de contrato de seguro muy específico que queda excluido del ámbito de aplicación material del Reglamento), el apartado 4 del art. 1 (al definir lo que se entiende por “Estado miembro” a los efectos de los arts. 3.4 y 7 del Reglamento), el apartado 2 del art. 7 (al contener un concepto autónomo de “contrato de seguro que cubra un gran riesgo”), así como el apartado 6 del art. 7 (al ofrecer un concepto autónomo de lugar de localización del riesgo). Pero el principio de conciliación del sistema jurídico de la Unión Europea no se materializa exclusivamente en la elaboración por el legislador europeo de conceptos autónomos, sino que va mucho más allá.

La acusada concurrencia normativa, existente en el sector de la distribución de los seguros privados, en el que coexiste el marco normativo general y el específico, habrá de hacerse frente partiendo del conocido principio de conciliación del ordenamiento jurídico de la Unión Europea; el cual proyecta, al ámbito del Derecho de la Unión Europea, la coherencia valorativa que ha de existir, en el marco de los ordenamientos jurídicos estatales, entre su sistema de Derecho internacional privado y el Derecho privado interno del Estado en cuestión. En aras de hacer efectivo el susodicho principio, es necesario encontrar mecanismos o vías que permitan alcanzar una armonía o coherencia de valores entre el Derecho internacional privado de la UE (el Reglamento “Roma I”) y el Derecho europeo material, ya que ambos forman parte de un mismo ordenamiento jurídico⁴¹. Teniendo en cuenta el principio de concilia-

³⁹ DOCE, de 31 de diciembre de 1986, núm. L 382.

⁴⁰ En relación con el concreto alcance de la referida sentencia, *vid.*, por todos, H., AGUILAR GRIEDER, *La protección del agente en el Derecho comercial europeo*, Colex, Madrid, 2007, especialmente pp. 74-80.

⁴¹ Los problemas de delimitación existentes, en relación con la problemática analizada, entre el marco normativo general y el específico y, más en concreto, entre las normas de conflicto del Reglamento “Roma I” y las disposiciones materiales imperativas de la Directiva de distribución de seguros, o en su caso, de la Directiva de agencia comercial, habrán de resolverse partiendo del principio de conciliación del ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Por lo que respecta a las normas pertenecientes al sector del Derecho aplicable, la exigencia de la consecución de compatibilidad o de conciliación, en el seno del sistema jurídico

ción del sistema jurídico de la Unión Europea, se ha de tender a la consecución de una “interpretación armoniosa” de los instrumentos europeos aplicables a los contratos, concibiéndolos como un todo o conjunto normativo unitario y coherente, y no como meros compartimentos estancos ni como textos individualmente considerados e independientes entre sí. Los instrumentos europeos (con independencia de que los mismos contengan normas que determinan la ley aplicable, normas de Derecho Procesal Civil Internacional o meras disposiciones materiales) han de estar al servicio de los principios del mercado interior, de sus objetivos; siendo una de sus finalidades principales la de homogenizar las condiciones de competencia en el marco del espacio europeo. En suma, el Reglamento “Roma I”, el Reglamento “Bruselas I bis” y el Derecho europeo derivado (dentro del cual destacan las Directivas europeas sectoriales) han de considerarse como instrumentos complementarios⁴².

En relación con los problemas de coordinación o conciliación de las disposiciones materiales de carácter imperativo de la anteriormente mentada Directiva europea sobre la distribución de seguros con el Reglamento “Roma I”, es preciso poner de relieve que existen dos mecanismos de conciliación.

41. Por un lado, tenemos la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea o también denominada cláusula de protección del mercado interior, la cual constituye, a mi modo de ver, el mecanismo prioritario de conciliación de la Directiva (UE) 2016/97 sobre la distribución de seguros con el Reglamento “Roma I”. Dicha cláusula general, que ha sido consagrada por el apartado 4 del art. 3 del Reglamento, es considerada como una de las principales novedades del mismo. Como es sabido, la susodicha cláusula únicamente opera en el marco del régimen general de Derecho aplicable del Reglamento; por lo que sólo es susceptible de operar en relación con los contratos de reaseguro y en los contratos de intermediación de seguros (en todas sus modalidades); pero no en los contratos de seguro, ya que para la operatividad de la mencionada cláusula general es imprescindible, además de haber elegido las partes la ley de un tercer Estado, que todos los elementos del contrato internacional estén vinculados al territorio o espacio de la Unión Europea, y en los contratos de seguro que cubren riesgos localizados en un Estado no miembro de la Unión Europea, que son los únicos contratos de seguro que quedan sujetos al régimen general de Derecho aplicable (salvo que cubran un gran riesgo [ya que estos últimos siempre quedan sometidos al art. 7 del Reglamento]), un elemento relevante (“pertinente” según el Reglamento) del contrato está conectado a un tercer Estado, por lo que no puede operar dicha cláusula.

42. En relación con los contratos de seguro, únicamente son susceptibles de intervenir, en aras de alcanzar la ansiada conciliación de la Directiva sobre la distribución de seguros con el Reglamento “Roma I”, las normas materiales internacionalmente imperativas, en concreto, las del ordenamiento jurídico del foro. Las “leyes de policía”, que aparecen reguladas en el art. 9 del Reglamento, son susceptibles de operar en todos los contratos internacionales intervinientes en el mercado asegurador (contratos de reaseguro, contratos de intermediación de seguros y contratos de seguro), ya que las leyes de policía, aunque a mi modo de ver constituyen un mecanismo subsidiario de conciliación de las Directivas europeas sectoriales con el Reglamento “Roma I” (ya que, de concurrir los presupuestos de la mentada cláusula general se ha de otorgar primacía a la misma), ofrecen una protección menos parcial, más completa, que la referida cláusula general en la medida en que son susceptibles de intervenir tanto en el marco del régimen general de Derecho aplicable (tanto en relación con el art. 3 como cuando resulte aplicable el art. 4) como del régimen especial; por lo que cubren la laguna anterior en los casos en que no pueda intervenir la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea. Desde mi punto de vista, el carácter excesivamente restrictivo de la definición de “ley de policía”, contenida

comunitario, fue expresamente puesta de manifiesto por el apartado 51c) del denominado Plan de Acción de Viena del Consejo y la Comisión, el cual fue aprobado por el Consejo en el año 1998 (*DOCE*, de 23 de enero de 1999, núm. C 19/1).

⁴² En relación con la necesidad de conciliar o armonizar los referidos cuerpos normativos de la Unión Europea, *vid.*, más ampliamente, H., AGUILAR GRIEDER, “La voluntad de conciliación con las Directivas comunitarias protectoras en la Propuesta de Reglamento ‘Roma I’”, en A.L., CALVO CARAVACA/E., CASTELLANOS RUIZ (Dirs.), *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Madrid, Colex, 2008, pp. 45-60, especialmente pp. 45-53.

en el apartado 1 del art. 9 del Reglamento, no supone un obstáculo a su eventual intervención en el mercado asegurador, ya que la mentada Directiva sobre la distribución de seguros, al igual que las Directivas europeas de seguros y que la Directiva de agencia comercial, presenta dos finalidades: por un lado, favorecer el correcto funcionamiento del mercado interior y, por otro lado, la protección de la parte débil de la relación litigiosa.

INFRACCIÓN DE UN DERECHO DE MARCA EN PLATAFORMAS DE *ECOMMERCE*: LA ACTUACIÓN DE LA PLATAFORMA Y EL IMPACTO EN SU RESPONSABILIDAD*

INFRINGEMENT OF TRADEMARK RIGHT ON ECOMMERCE PLATFORMS: THE PERFORMANCE OF THE PLATFORM AND ITS IMPACT ON ITS LIABILITY

ISABEL ANTÓN JUÁREZ

Profesora titular acr. de Derecho Internacional privado

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0002-5369-2301

Recibido: 20.07.2020 / Aceptado: 23.07.2020

DOI: <https://doi.org/https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5602>

Resumen: Las plataformas de comercio electrónico se han convertido en verdaderos protagonistas en el intercambio de bienes y servicios. Muchas de estas plataformas son meros intermediarios y sólo alojan información (servicios de *hosting*). El papel que realizan otras, especialmente en los últimos años debido a cómo han cambiado los servicios digitales, ha dado lugar a que no sea tan fácil calificar su actividad y mucho menos de englobarla dentro de la consideración de “meros intermediarios” que alojan datos. Sin embargo, determinar el rol, el tipo de actuación de este tipo de prestadores de servicios es un aspecto clave cuando se infringen derechos de propiedad industrial o intelectual en una plataforma de *ecommerce*. En el presente trabajo vamos a abordar dos análisis. Por un lado, se va a estudiar cuándo una plataforma usa una marca en el sentido del Reglamento UE 2017/1001, sobre la marca de la Unión Europea. Por el otro, se analizará cuándo una plataforma aunque no use la marca se le puede considerar responsable por las infracciones que sobre la misma se están cometiendo en su plataforma.

Palabras clave: marca, plataforma de comercio electrónico, responsabilidad civil.

Abstract: Electronic commerce platforms have become real main characters in the exchange of goods and services. Many of these platforms are mere intermediaries and only host information (hosting services). The role played by others, especially in recent years due to how digital services have changed, has led to the fact that it is not so easy to classify their activity and less include it within the consideration of “mere intermediaries”. Nevertheless, this is a key aspect when intellectual or industrial property rights are infringed on an ecommerce platform. In the present paper we are going to approach two analyzes. On the one hand, it is going to study when a platform uses a brand in the sense of EU Regulation 2017/1001, on the European Union trade mark. On the other hand, it will be analyzed when a platform, even if it does not use the brand, can be held responsible for the infractions that are being committed on its platform.

Keywords: trademark, ecommerce platform, civil liability.

*Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación: “ Los principios del Derecho Romano en el Derecho europeo del siglo XXI - Programa Logos Fundación BBVA de Ayudas a la Investigación en el Área de Estudios Clásicos” 2020-2022.

Sumario: I. Introducción. II. Las partes involucradas. III. El uso de la marca ajena en plataformas de ecommerce. A) La oferta de venta de productos que no tienen agotado el derecho de marca. a) Aproximación inicial. b) El asunto *Coty Germany vs. Amazon*. c) ¿Cuándo se considera que una plataforma de ecommerce usa una marca? B) La oferta de venta *on line* de productos no procedentes del EEE desde terceros Estados. C) La oferta de venta de artículos de prueba. E) La utilización de marcas como palabras claves en motores de búsqueda. a) El funcionamiento de los motores de búsqueda. b) La jurisprudencia del TJUE. IV. La responsabilidad de las plataformas de comercio electrónico. 1. Aproximación inicial. 2. Los servicios exentos de responsabilidad. 3. El rol de la plataforma en la jurisprudencia del TJUE: ¿posición neutral o agente activo?. 4. El deber de diligencia de la plataforma. 5. La vía para que la plataforma identifique los hechos ilícitos: la notificación. 6. Medidas que se podrían exigir a la plataforma. V. Conclusiones.

I. Introducción

1. El comercio electrónico ha dado lugar a que la distribución comercial se haya transformado por completo. El uso de internet para adquirir bienes y servicios ha crecido exponencialmente en la última década. Además, con la actual pandemia mundial ese incremento se ha multiplicado debido a que las personas que todavía se mostraban reticentes a comprar *on line*, han acabado haciéndolo¹. Una gran parte de esas compras *on line* se realizan a través de plataformas de *ecommerce*.

2. Sin embargo, del mismo modo que internet presenta aspectos positivos para el consumidor y el desarrollo de los negocios, también se llevan a cabo en la red multitud de infracciones². En particular, en este trabajo vamos a estudiar aquellas que afectan a la propiedad industrial, en especial al derecho de marca y que se cometen desde plataformas de comercio electrónico. Éstas no son ni mucho menos los únicos ilícitos que pueden llegar a existir. Especialmente resultan jurídicamente interesantes aquellos que tienen que ver con la infracción de derechos de autor, la difamación, el fomento de actividades delictivas mediante la red en relación a la responsabilidad que podría albergar las plataformas. Sin embargo, las mismas se escapan del objeto del presente trabajo.

3. Las plataformas de comercio electrónico funcionan como punto de encuentro entre empresarios (B2B), entre empresarios y consumidores (B2C) o entre consumidores (C2C). En principio, su participación en el mercado virtual se limita a ser simples agregadores de oferta y demanda dispersa³.

4. Los productos que se venden mediante este tipo de plataformas pueden ser tanto productos falsos o imitaciones como productos de marca que se venden al margen de la red oficial por distribuidores independientes (comercio paralelo) o incluso productos usados ofrecidos por particulares. Es decir, en las plataformas de venta *on line* se puede encontrar de todo y vendido por cualquiera.

5. Un primer problema que se plantea es que muchas de esas ventas se llevan a cabo sin respetar la imagen de marca y sin ofrecer los servicios que los titulares de las redes oficiales exigen para poder revender los productos. Otro problema es que plataformas de comercio electrónico como *eBay*, *Aliexpress*, etc. ofrecen a sus usuarios servicios para crear sus tiendas *online*, al igual que servicios para promocionarlas para que tengan una mayor acogida entre los consumidores. Junto con los anteriores,

¹ Vid. B. GISPERT, "El comercio electrónico vive una maduración exprés con la pandemia", Diario La Vanguardia, noticia del 25 de mayo de 2020, disponible en www.lavanguardia.com/economia/20200525/481374074471/comercio-electronico-ecommerce-online-alimentacion-moda-r (consultado el 2 de junio de 2020).

² Sobre este particular vid. K. WECKSTRÖM, Liability for Trademark infringement for Internet Service Providers, p. 2 disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1633389 (consultado el 11 de junio de 2020).

³ Vid. F. CARBAJO CASCÓN, "Problemas de distribución, marcas y responsabilidad indirecta de intermediarios en plataformas de agregación de comercio electrónico. Comentario a la STJUE de 12 de julio de 2012 (Caso L'oreal c. eBay) y jurisprudencia relacionada", *Rcd*, nº 10, 2012, p. 162.

otro de los servicios publicitarios que ofrecen las plataformas de comercio electrónico a sus usuarios es la aparición en servicios de búsqueda -como *Google*, *Bing*, entre otros- mediante la adquisición de palabras claves idénticas o similares a marcas (generalmente renombradas) para hacer aparecer en dicho buscador enlaces patrocinados que lleven al consumidor a la página web del intermediario. De este modo, el consumidor pueda ver la oferta que hace el usuario de dicha plataforma. Esta forma de publicidad se conoce como *Keywords Advertising*.

También sucede que algunas plataformas de *ecommerce* como *Amazon* desempeñan un doble rol. Por un lado, operan como vendedores. Pero por el otro son también intermediarios, permiten que terceros vendan sus productos mediante su plataforma. Sin embargo, en ocasiones esas dos actividades se entremezclan generando incertidumbres a la hora determinar si se está utilizando una marca con esa actuación que desarrolla.

6. Una de las diferentes consecuencias de las diferentes actividades que hemos destacado es que la imagen de la marca puede verse dañada, al igual que los canales de distribución oficiales perjudicados⁴. Por lo tanto, es obvio que el titular de la marca quiera pedir responsabilidades. Así, se puede diferenciar entre la responsabilidad de los usuarios de las plataformas que utilizan la marca ajena sin consentimiento y los titulares de dichas plataformas. La responsabilidad de los primeros podría estar más o menos clara jurídicamente hablando. Sin embargo, la de los responsables de las plataformas es más difícil de dirimir y es uno de los aspectos en los que nos vamos a centrar en el presente trabajo junto con el uso de la marca por parte de una plataforma de *ecommerce*.

II. Las partes involucradas

7. Entre las partes que intervienen en las transacciones que se llevan a cabo mediante plataformas electrónicas es necesario distinguir entre el titular de la plataforma de comercio electrónico (el prestador del servicio) y sus clientes (el destinatario del servicio).

Los *clientes* son los usuarios de la plataforma que ofrecen productos o los compran a través de aquélla. Esta relación entre los usuarios y la plataforma se regiría por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicio de la sociedad de la información y del comercio electrónico (en adelante, LSSICE)⁵. Sin embargo, dentro de la misma plataforma surgen otras relaciones comerciales entre los usuarios de ésta que quedan reguladas bajo las reglas del Derecho nacional (Código Civil o Código del Comercio) o de un Derecho extranjero. Esto dependerá de lo que determinen las normas de Derecho internacional privado aplicables a la concreta relación jurídica, ya que estas relaciones pueden ser entre particulares, entre empresarios o entre particulares y empresarios. Junto con la plataforma, sus usuarios y las relaciones que surgen entre éstos también se encontrarían los titulares de marcas y los distribuidores oficiales que se ven afectados por estas transacciones en línea.

8. La actividad de las plataformas de comercio electrónico se diferencia de la de los prestadores de servicio de información puros en que ofrecen no sólo actividades de búsqueda, provisión de enlaces y almacenamiento de datos sino que también llevan a cabo funciones publicitarias (bien ofreciendo enlaces publicitarios u otro tipo de servicio publicitarios), facilitan la difusión de ofertas comerciales y el acceso a información comercial o no comercial proveniente de terceros⁶. Como se estudiará más adelante la responsabilidad de estos operadores va a estar muy relacionada con la función que realizan, si trasciende o no de ser meros intermediarios.

⁴ Vid. F. CARBAJO CASCÓN, "La marca en los sistemas de distribución selectiva (el problema de las ventas paralelas)", en E. GALÁN CORONA/F. CARBAJO CASCÓN (Coord.), *Marcas y distribución comercial*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2011, p. 205.

⁵ BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002.

⁶ Vid. F. CARBAJO CASCÓN, "Problemas de distribución, marcas y responsabilidad indirecta de intermediarios en plataformas de agregación de comercio electrónico. Comentario a la STJUE de 12 de julio de 2012 (Caso L'oreal c. eBay) y jurisprudencia relacionada", *Rcd*, nº 10, 2012, p. 162.

9. Por otro lado, el usuario de la plataforma o cliente, el que activamente opera en el mercado electrónico, puede ser una persona física o jurídica. En el caso *L'Oreal/eBay* se plantea la cuestión de si el titular de la marca puede invocar su derecho únicamente contra los operadores económicos⁷. El TJUE considera que los particulares quedan excluidos de posibles reclamaciones por infracción del derecho de marca debido a que su actividad no queda enmarcada dentro del tráfico económico, salvo que dichas operaciones de particulares, por volumen, frecuencia, u otras razones, superen la mera transacción privada se pueda considerar que el particular está operando como un comerciante⁸.

III. El uso de la marca ajena en plataformas de *ecommerce*

10. En primer lugar, hay que mencionar que no existe regulación sobre la utilización de las marcas en internet. Ni en el *Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017 sobre la marca de la Unión Europea* (en adelante, R. 2017/1001)⁹ ni en la *Directiva (UE) 2015/2436 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas* (en adelante D. 2015/2436)¹⁰ se recoge nada al respecto. La única mención se recoge en la LM en su art. 34.3 donde se establece que el titular podrá prohibir el uso del signo en redes de comunicación telemáticas y como nombre de dominio.

11. La utilización de la marca ajena en plataformas de comercio electrónico puede realizarse tanto por particulares como por comerciantes, y engloba actividades muy diferentes como las siguientes¹¹:

- 1) La venta de productos de marca usados;
- 2) La oferta y/o venta de productos de marca sin embalaje,
- 3) La productos de marca cuyo derecho no se ha agotado,
- 4) La productos de marca falsificados,
- 5) El uso de la marca como palabra clave en motores de búsqueda para productos idénticos o semejantes a los que designa la marca.

12. La cuestión que se plantea es si estas actividades implican uso de la marca y, si es así, si son susceptibles de infringir los derechos del titular de la misma y qué responsabilidad alberga la plataforma de comercio electrónico donde se llevan a cabo estas actividades.

⁷ STJUE 12 julio 2011, *L'Oreal y otros/ eBay Internatinal AG y otros*, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474, apartados 54.

⁸ STJUE 12 julio 2011, *L'Oreal y otros/ eBay Internatinal AG y otros*, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474, apartados 54-56. *Vid.* en sentido contrario F. CARBAJO CASCÓN, "Problemas de distribución, marcas y responsabilidad indirecta de intermediarios en plataformas de agregación de comercio electrónico. Comentario a la STJUE de 12 de julio de 2012(Caso L'oreal c. eBay) y jurisprudencia relacionada", *Rcd*, nº 10, 2012, pp. 167-168, donde argumenta su desacuerdo a que no se consideren las operaciones aisladas de particulares como operaciones del tráfico económico.

⁹ DOUE L 154/1, de 16 de junio de 2017.

¹⁰ DOUE L 336/1, de 23 de diciembre de 2015.

¹¹ En el año 2018, se detectaron en las distintas aduanas de los Estados miembros 69.000 casos en relación a productos que podían suponer una infracción de Derechos de propiedad industrial o intelectual. Esos casos afectaban a casi 27.000.000 millones de productos lo que suponía un valor en el comercio al por menor de unos 738.000.000 millones de euros. Los productos que más problemas plantean son el tabaco, los juguetes y la ropa. Para un mayor detalle *vid* el informe de la Comisión Europea en la materia, Report on the EU Customs enforcement of intellectual property rights, 2019, disponible https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/2019-ipr-report.pdf, (consultado el 9 de junio de 2020). En la mayoría de estos asuntos el resultado es la destrucción de los productos siguiendo lo que dispone el art. 23 Reglamento UE 608/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de junio de 2013 relativo a la vigilancia por parte de las autoridades aduaneras del respeto a los derechos de propiedad intelectual y por el que se deroga el Reglamento (CE) Nº 1383/2003 del Consejo (DOUE L 181/15, de 19 de junio de 2019).

A) La oferta de venta de productos que no tienen agotado el derecho de marca

a) Aproximación inicial

13. El supuesto en el que nos encontramos sería el siguiente: el vendedor A comercializa perfumes de la marca Y a través de una plataforma de comercio electrónico denominada Z. Estos perfumes de la marca Y, una marca conocida y cuyo titular en el mercado donde comercializa los productos no es A, es otra empresa conocida como B. La cuestión es que esos productos no tienen agotado el derecho de marca en el EEE¹². Es decir, todavía no han sido comercializados en ningún Estado miembro por su titular o por un tercero con el consentimiento de este¹³. Por lo tanto, A no tiene derecho a la venta de esos productos en el EEE, si lo hace, está cometiendo un ilícito marcario.

14. Como se ha señalado, A vende esos productos a través de una plataforma de comercio electrónico. Por lo tanto, cabe preguntarse no tanto por la responsabilidad de A, si efectivamente ese derecho de marca no estuviera agotado estaría cometiendo un ilícito marcario. El derecho de marca no está agotado, y por lo tanto, el comercio paralelo de esos productos no es posible¹⁴. A nuestro juicio, lo relevante son las actuaciones del titular de la marca con respecto a esa plataforma de comercio electrónico a través de la cual se comercializan los productos. ¿Cuál es el papel de la plataforma? ¿De mero intermediario o va más allá? ¿Qué impacto presente ese rol en el uso de la marca? La solución a estos problemas la vamos a realizar teniendo presente la última sentencia del TJUE sobre la materia. Esta es la STJUE de 2 de abril de 2020 donde se enfrentaban *Coty* (en particular, su filial alemana), gigante estadounidense de la distribución de productos cosméticos y de peluquería y *Amazon*, la conocida plataforma de comercio electrónico¹⁵.

b) El asunto *Coty Germany vs. Amazon*

i. Los hechos del caso

15. La citada sentencia del TJUE de 2 de abril de 2020, no aporta demasiada novedad a lo que había establecido el alto tribunal europeo sobre el uso de una marca por una plataforma de *ecommerce*. Pero esa falta de sorpresa tiene una explicación, y es por cómo se plantea por el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo de lo civil y penal) la cuestión prejudicial. La formulación de esa cuestión prejudicial por el tribu-

¹² Sobre el agotamiento del Derecho de marca *vid. ad ex.* En relación al agotamiento del derecho de marca, *Vid.* en la doctrina española, A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, *Comentario a la ley de marcas*, Navarra, Aranzadi, 2008; R. BERCOVITZ ÁLVAREZ, “La utilización de una marca por empresa distinta del titular, como medio de publicitar la reventa o la reparación de productos previamente comercializados por el titular de la misma”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n° 201, 1999, pp. 59 -67; M. BOTANA AGRA, “El derecho de marca en la jurisprudencia del Tribunal de la CE: de un derecho descafeinado a un derecho con cafeína”, *Cuadernos de Jurisprudencia sobre propiedad industrial*, n° 9, 1992, pp. 41 y ss.; A. CASADO CERVIÑO Y C. BORREGO, “Agotamiento del derecho de marca”, en *Comentarios a la Ley y al Reglamento de marcas* (C. GONZÁLEZ BUENO coord.), Madrid, Civitas, 2003, p. 364; T. DE LAS HERAS, *El agotamiento del derecho de marca*, Montecorvo, Madrid, 1994; C. FERNÁNDEZ NOVOA, *Tratado sobre Derecho de marcas*, Marcial Pons, MADRID, 2001, pp.371-391; A. GARCÍA VIDAL, “El alcance territorial del derecho de marca en la reciente jurisprudencia del TJCE”, *ADI*, 20, 1999; M. LOBATO GARCÍA MIJÁN, *Comentario a la Ley 17/2001, de Marcas*, Civitas, 2002, pp. 561 y ss.; P. MARTÍN ARESTI, “Art. 36, agotamiento del derecho de marca”, en A. BERCOVITZ CANO (Dir.)/ J.A. GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ (Dir. adjunto), *Comentarios a la Ley de Marcas*, Tomo I, Aranzadi, 2008; C. PRAT, “Comercio paralelo: un flujo de productos y novedades jurídicas que no cesa. La doble perspectiva del derecho marcario y del Derecho antitrust”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n° 230, 2004, pp. 27- 44; en la doctrina extranjera *vid. per alia* A. G. CHRONOPOULOS/ S. M. MANIATIS, “Trademark Exhaustion and its Interface with EU Competition Law”, en I. CABOLI/E. LEE, *Research Handbook on Intellectual Property and Parallel Imports*, Edward Elgar Publishing, 2016, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2778247(consultado el 14 de junio de 2020).

¹³ De las primeras sentencias en aplicar esta doctrina *vid* STJUE 16 julio 1998, *Silhouette*, C-355/96, ECLI:EU:C:1998:374, apartado 18

¹⁴ En relación al comercio paralelo *vid.* I. ANTÓN JUÁREZ, *La distribución y el comercio paralelo en la Unión Europea*, La Ley, Madrid, 2015.

¹⁵ STJUE 2 abril 2020, *Coty/Amazon*, C-567/18, ECLI:EU:C:2020:267.

nal alemán hace en gran medida que la respuesta del TJUE sea bastante previsible, y lo que es peor, no da oportunidad a que se pronuncie sobre la responsabilidad que *Amazon* podría tener en el supuesto concreto.

16. Los hechos del caso son muy similares a los que se han expuesto anteriormente en el ejemplo anterior donde a la plataforma protagonista la denominábamos Z. Pues bien, esa plataforma Z, ficticia en nuestro ejemplo, aquí es muy real y es *Amazon*.

17. Un vendedor de *Amazon* participaba en su programa de “logística”, mediante el cual, el vendedor le remite las mercancías a la plataforma de *ecommerce* y es ésta la que se encarga de almacenar los productos, su envío, el servicio de atención al cliente y de las devoluciones. De hecho, como el propio *Amazon* describe en su web, es la plataforma quien realiza “el trabajo pesado” cuando el cliente de su plataforma contrata este tipo de servicios¹⁶. Por lo tanto, en 2014 *Amazon* recibe mediante uno de sus vendedores adscritos al programa “Logística de Amazon” perfumes de la marca *Davidoff*. El titular de ese signo no era el vendedor de *Amazon* sino *Coty Germany*. Ésta argumenta que esos perfumes se están comercializando sin que el Derecho de marca estuviera agotado en elEEE, por lo que se estaba cometiendo una infracción de su derecho de marca. *Coty* acude ante tribunales alemanes contra *Amazon* para solicitarle que deje de hacer uso de su marca y que cese en la infracción de la misma.

18. Una de las claves del asunto, es esa acción de cesación sobre el uso de la marca con el fin de evitar que se siga lesionando su derecho. Un aspecto a tener en cuenta es que para que a *Amazon* se le exija el cese en el uso porque existe infracción, primero se tiene que considerar que está usando la marca en el sentido del R. 2017/1001. Un aspecto a tener presente es que el contrato por el cual se adquiere el producto (en este asunto eran perfumes) es entre el usuario final y el vendedor, no aparece *Amazon* en esa relación contractual¹⁷. A efectos de determinar el uso de la marca por *Amazon* no debería ser determinante. Es un elemento más. Lo importante es averiguar si el papel de *Amazon* en este caso concreto obedece al de vendedor o al de mero intermediario.

19. Respecto al recorrido judicial del asunto, en las dos primeras instancias, los tribunales alemanes consideran que *Amazon* con su actuación no hacía uso de la marca de *Coty Germany*. El Tribunal

¹⁶ Así se puede leer en su web <https://services.amazon.es/servicios/logistica-de-amazon/funciones-y-ventajas.html> (consultado el 8 de junio de 2020). Este hecho también le llama la atención al Abogado General M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, así lo recoge en sus Conclusiones sobre el asunto presentados el 28 de noviembre de 2019, ECLI:EU:C:2019:1031, apartado 56.

¹⁷ El legislador europeo es consciente de la dificultad que entraña para el consumidor averiguar quién es la otra parte de la relación contractual cuando compra mediante internet. Especialmente cuando la transacción se realiza mediante una plataforma como *Amazon* pero también otras como *Uber*. Por ese motivo, han entrado en vigor recientemente dos normas que afectan a los consumidores pero también a las grandes plataformas y a los pequeños empresarios. Estas normas son: 1) la *Directiva (UE) 2019/2161* *Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión* [DOUE L 328/7, de 18 de diciembre de 2019]; 2) El *Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea* [DOUE L 186/57, de 11 de julio de 2019].

El fin de esta nueva normativa es conseguir una mayor transparencia, *ad ex*. la plataforma tendrá la obligación de identificar a la otra parte contratante, precisar si es un comerciante o es un consumidor y sobre todo explicarlo de forma clara para que el consumidor lo comprenda. Hay que tener en cuenta que este particular es especialmente relevante en especial en lo relativo a la economía colaborativa, ya que si el consumidor contrata con otro consumidor no le resultarán de aplicación las garantías adicionales del *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007). La obligación para la plataforma con esta nueva normativa en realidad es de transparencia, que informe al consumidor sobre la identidad de la otra parte contratante y de si son o no de aplicación las normas sobre protección del consumidor. De este modo, la plataforma no tiene la obligación de verificar que quien actúa mediante su plataforma es quien dice ser (considerando 28 *Directiva* 2019/2161). Esto reduce de forma considerable los costes de la plataforma, no sería responsable si su cliente le miente. En realidad, el deber que recae sobre la plataforma es de transparencia, éste se cumple preguntando a su cliente e informando al consumidor. Para un mayor detalle sobre las implicaciones de esta nueva normativa *vid.* M. WINNER, “La regulación jurídica de los contratos celebrados a través de plataformas: El Derecho europeo”, disponible en <https://almacendederecho.org/la-regulacion-juridica-de-los-contratos-celebrados-a-traves-de-plataformas-el-derecho-europeo> (consultado el 17 de julio de 2020).

Supremo alemán remite una cuestión prejudicial muy acotada, lo cual como señalábamos anteriormente, condiciona la respuesta del TJUE. Lo que pregunta en esencia es si se puede considerar que una persona “posee” en el sentido del art. 9, apartado 2, letra b y apartado 3, letra b del R. 2017/1001 cuando almacena para un tercero productos que infringen un derecho de marca sin tener conocimiento de dicha infracción, siendo el tercero el que pretende comercializar los productos.

ii. La delimitación de la cuestión prejudicial

20. A *Coty Germany* no se le pasa por alto la pregunta tan concreta que remite el Tribunal Supremo alemán al TJUE. La cuestión prejudicial es muy acotada porque al formularla recoge dos presupuestos que limitan directamente la respuesta que puede ofrecer el TJUE. Estos elementos que se incluyen en la cuestión prejudicial y que la condicionan son: 1) la plataforma no tiene conocimiento de que los productos infringen un derecho de marca; 2) la plataforma no tiene intención de ofertar y comercializar los productos, sólo el tercero-vendedor, cliente de *Amazon*.

Ante este escenario, *Coty Germany* pone de manifiesto su malestar intentando que la cuestión prejudicial resulte inadmisibile. La razón que argumenta es que faltan elementos fácticos claves para entender el problema jurídico¹⁸. Aunque la cuestión prejudicial es admitida, el TJUE, ante las alegaciones de *Coty*, solicita a *Amazon* que precise qué servicios presta mediante su programa de logística.

21. Muy esclarecedor sobre la discrepancia en los hechos y cómo puede afectar a la resolución del Tribunal de Justicia son las Conclusiones del Abogado General CAMPOS SÁNCHEZ BORDONA. En sus conclusiones diferencia dos escenarios en atención al grado de implicación de *Amazon* en todo el proceso de oferta y comercialización de los productos¹⁹. Esto le lleva a contemplar dos soluciones muy diferentes con un grado de responsabilidad para *Amazon* que varía enormemente y que vamos a analizar más adelante.

c) ¿Cuándo se considera que una plataforma de ecommerce usa una marca?

22. La diferente jurisprudencia del TJUE, no sólo en el asunto *Coty Germany/Amazon*, sino también en otros asuntos –*Daimler*, *Mitsubishi*, *Google Adwords*, *L’Oreal*–, ha precisado que una plataforma de comercio electrónico usa una marca cuando desempeña un papel activo²⁰. El TJUE considera que el operador de una plataforma de comercio electrónico que permite que mediante la misma terceros puedan comercializar sus productos no realiza un uso de la marca en atención al art. 9 apartado 2 letra b y apartado 3 letra b del R.2017/1001 cuando almacena los productos, los cuales infringen un derecho de marca pero lo desconoce, siempre que no tenga como fin con ese almacenamiento la oferta o comercialización de los productos²¹.

En otras palabras, cuando ese fin comercial sólo recae en el tercero, el vendedor es el que utiliza la marca para su comercialización y no la plataforma propiamente dicha. De este modo, si la plataforma no usa la marca, tampoco puede infringirla. Además, no se debe pasar por alto que la mera creación de las condiciones técnicas necesarias para que pueda utilizarse una marca y recibir remuneración por ese servicio no significa que el propio prestador de ese servicio esté utilizando el signo²².

¹⁸ STJUE 2 abril 2020, *Coty/Amazon*, C-567/18, ECLI:EU:C:2020:267, apartado 19.

¹⁹ Conclusiones del Abogado General Sr. M. Campos Sánchez-Bordona, presentadas el 28 de noviembre de 2019, *Coty Germany contra Amazon Services Europe Sàrl y otros*, asunto C-567/2018, ECLI:EU:C:2019:1031, apartado 27.

²⁰ STJUE 2 abril 2020, *Coty/Amazon*, C-567/18, ECLI:EU:C:2020:267, apartado 37; STJUE de 3 de marzo de 2016, *Daimler*, C-179/15, ECLI:EU:2016:134, apartados 39 y 40; STJUE de 25 de julio de 2018, *Mitsubishi*, C-129/17, EU:C:2018:594, apartado 38.

²¹ STJUE 2 abril 2020, *Coty/Amazon*, C-567/18, ECLI:EU:C:2020:267, apartado 45.

²² STJUE 23 marzo 2010, *Google France SARL y Google Inc./Louis Vuitton Malletier*, C-236/08 a 238/08, EU:C:2010:159, apartado 57; STJUE 15 de diciembre 2011, *Frisdranken Industrie Winters*, C-119/10:387, apartado 29; STJUE 2 abril 2020, *Coty/Amazon*, C-567/18, ECLI:EU:C:2020:267, apartado 43.

Ante este escenario cabe plantearse si, a pesar de no usar la marca en el sentido mencionado, y por tanto, no infringirla de forma directa, si la plataforma carece de todo tipo de responsabilidad por las infracciones de propiedad industrial que se cometen en su sitio *web* o aún así puede ser responsable, al menos aunque sea indirectamente, por la infracción de un derecho marcario. Más adelante, abordaremos esta cuestión.

d) La solución del asunto *Coty vs. Amazon*

23. La STJUE en el asunto *Coty vs Amazon* no aporta demasiada novedad, ya que lo que establece el tribunal ya se había señalado en sentencias anteriores. En definitiva, *Amazon*, en principio, no usaría el signo al almacenar los productos cuando no persigue con ese almacenamiento ofrecer productos o comercializarlos. La razón es que al carecer de tal objetivo no estaría usando la marca en el marco de su propia comunicación comercial²³.

Sin embargo, es interesante tener en cuenta lo que señala el TJUE en su apartado 48 de la sentencia, y es que deja abierto a que el tribunal nacional pueda entender que la participación de *Amazon* es mucho más activa de lo que se trasluce de la cuestión prejudicial. Así, el TJUE señala: “*Dicho esto, esta conclusión debe entenderse sin perjuicio de la posibilidad de considerar que dichas partes recurridas usan el signo por lo que respecta a los perfumes que posean, no por cuenta de vendedores terceros, sino por cuenta propia o que, en caso de que no puedan identificar al vendedor tercero, sean ofrecidos o comercializados por ellas mismas*”

24. A nuestro juicio la realidad es que *Amazon* no es siempre un mero intermediario y mucho menos cuando sus vendedores utilizan el servicio “Logística de *Amazon*”. En realidad, es *Amazon* quien realiza todo el trabajo: empaqueta el producto, lo almacena, se lo envía al cliente final y se encarga incluso de las devoluciones y del servicio posventa al cliente.

Por lo tanto, a nuestro parecer, sí usa la marca cuando almacena los productos, por lo menos, cuando sus clientes se suscriben a programas como el de logística, debido a que su participación en la comercialización del producto no es pasiva. Su participación va mucho más allá. Su negocio es doble. *Amazon* es titular de una plataforma (*Amazon marketplace*) pero también es vendedor. Así, algunos de los productos que comercializa en su plataforma los pone a la venta el propio *Amazon Marketplace* pero otros (como es este el caso) provienen de un cliente de *Amazon* (un vendedor tercero).

La realidad es que al cliente final le cuesta diferenciar cuando un producto lo pone a la venta *Amazon* o proviene de un tercero²⁴. Y más aún cuando sus clientes se suscriben a programas como el de logística, en base a los cuales *Amazon* es el que se encarga de realizar todo el proceso de venta. Por ese motivo, a nuestro juicio, en un asunto como el que se refleja en la STJUE de 2 de abril de 2020, *Amazon* sí usaría la marca. Y por lo tanto, sí que debería tener responsabilidad derivada del almacenamiento de mercancías que infringen derechos de propiedad industrial. Lo cual estudiaremos más adelante. No obstante, entendemos la respuesta del TJUE, ya que como señalamos, la pregunta que le realiza el tribunal alemán se circunscribe no sólo a que la plataforma no conocía la infracción marcaria sino que su intención no era comercializar mercancías. Es decir, se parte de que *Amazon* es un mero intermediario. Aspecto que de entenderse así es clave para determinar su responsabilidad, como estudiaremos posteriormente.

B) La oferta de venta *on line* de productos no procedentes del EEE desde terceros Estados

25. Un supuesto relacionado con el anterior se refiere a anuncios y ofertas de venta de productos que no han sido comercializados por el titular de la marca o con su consentimiento dentro del EEE. Lo

²³ STJUE 2 abril 2020, *Coty/Amazon*, C-567/18, ECLI:EU:C:2020:267, apartado 47.

²⁴ Así lo reconoce el propio Abogado General Sr. M. Campos Sánchez-Bordona, presentadas el 28 de noviembre de 2019, *Coty Germany contra Amazon Services Europe Sàrl y otros*, asunto C-567/2018, ECLI:EU:C:2019:1031, apartado 54. El legislador europeo es consciente de esta dificultad para el consumidor

diferente aquí es que esa oferta se estaría realizando desde terceros Estados y se dirigiría a consumidores del EEE. El aspecto importante es poder precisar si dichos actos pueden considerarse como una comercialización de los productos de marca en el EEE, y por tanto, están infringiendo el Derecho de marca al no encontrarse dicho derecho agotado²⁵.

26. Según el Abogado General JÄÄSKINEN en el asunto *L'Oreal*, es necesario conciliar dos aspectos. Por un lado, el hecho de que los actos se realizan fuera del EEE no significa que se pueda eludir la aplicación de la normativa de la UE cuando dichos actos tienen efectos directos en ella²⁶. Pero, por otro lado, no se puede olvidar el carácter global de internet que obliga a matizar dicha doctrina de los efectos si se quieren evitar contradicciones entre normativas de propiedad intelectual.

Así, el Abogado General considera que junto con el efecto objetivo que crea la oferta en la UE hay que valorar si verdaderamente existe intención de vender dichos productos en el EEE²⁷. El Abogado considera que dicha intención debe ser valorada por los tribunales nacionales y recomienda tener como guía para ello el art. 3 de la Recomendación conjunta relativa a las disposiciones sobre la protección de las marcas y otros derechos de propiedad industrial sobre signos de internet de 2001²⁸.

27. Por su parte, el TJUE en el asunto *L'Oreal* consideró contrario al derecho de exclusivo de marca la publicidad y oferta de productos de marca cuando se dirige a consumidores situados en el EEE o cuando la venta se produce de forma efectiva a alguno de sus consumidores²⁹. Esto es así debido a que el agotamiento del derecho de marca todavía no se había producido. Al igual que el Abogado General JÄÄSKINEN, el TJUE consideró que son los tribunales nacionales los que deben apreciar en el caso concreto si existen indicios relevantes que muestren que la publicidad u oferta va dirigida a consumidores de la Unión. En relación a los criterios que pueden utilizarse, el TJUE precisó que podrían ser relevantes las indicaciones que acompañan a la oferta en las que se señalan las zonas geográficas en las que el vendedor está dispuesto a enviar el producto³⁰.

C) La oferta de venta de artículos de prueba

28. Problema íntimamente relacionado con el agotamiento comunitario es la venta de muestras o artículos de prueba que el titular de la marca proporciona a título gratuito a su distribuidor para que los clientes puedan probar el producto antes de adquirirlo. Este tipo de práctica es habitual en cosméticos y perfumes. En los envases de prueba se pueden leer leyendas como "prohibida su venta" o "prueba", para que quede clara la función de este tipo de productos.

29. El TJUE, en el asunto *L'Oreal/eBay*, siguió lo establecido en pronunciamientos anteriores considerando que no es posible que exista comercialización cuando el titular entrega a sus distribuidores artículos de muestra³¹. De este modo, si los productos designados con dicha marca todavía no se han comercializado en el EEE, el derecho no estará agotado aunque se hayan entregado muestras de los productos al distribuidor. La entrega de muestras no es sinónimo de comercialización de un producto. Así, aunque el derecho exclusivo de marca esté agotado en el EEE el titular puede oponerse a la venta de productos de

²⁵ Vid. F. CARBAJO CASCÓN, "Problemas de distribución, marcas y responsabilidad indirecta de intermediarios en plataformas de agregación de comercio electrónico. Comentario a la STJUE 12 julio 2012 (Caso *L'Oreal c. eBay*) y jurisprudencia relacionada", *Rcd*, nº 10, 2012, pp. 168-169.

²⁶ Conclusiones del Abogado General Jääskinen presentadas el 9 de diciembre de 2010, *L'Oreal/eBay y otros*, asunto C-324/09, ECLI:EU:C:2012:42, apartado 125.

²⁷ *Ibidem*, apartado 127.

²⁸ Publicación OMPI 845, disponible en http://www.wipo.int/about-ip/es/development_iplaw/pub845.htm (consultado el 13 de junio 2020).

²⁹ STJUE 12 julio 2011, *L'Oreal y otros/ eBay Internatinal AG y otros*, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474, apartado 67.

³⁰ *Ibidem*, apartado 65.

³¹ STJUE 3 junio 2010, *Coty Prestige Lancaster Group*, C-127/09, *Rec.* 2010, p. I-04965, apartados 42-48; STJCE 15 enero 2009, *Silberquelle/Maselli-Strickmode*, C-495/07, *Rec.* 2009, p. I-00137, apartados 20-22.

prueba debido a que su venta está prohibida. Por lo tanto, que la oferta de productos de muestra se lleve a cabo *on line* u *off line* es indiferente para que el titular pueda oponerse a la misma por infracción de su derecho de marca.

D) La venta de productos sin embalaje

30. En el asunto *L'Oreal/eBay* se plantea la venta de productos sin embalaje mediante dicha plataforma. El TJUE consideró necesario, en atención a la diversidad de perfumes y cosméticos, determinar caso por caso cuándo la venta sin embalaje puede ser contraria al Derecho comunitario de marcas³². El titular de la marca va a poder oponerse a la venta *on line* de productos sin embalaje en base a dos infracciones diferentes de su derecho exclusivo de marca (arts. 5 DM y 9 RMC).

Por un lado, por vulnerar la función de indicar el origen del producto. Por el otro, por lesionar la reputación de la marca.

En cuanto a la primera infracción, hay determinados productos en los que las indicaciones sobre los datos del fabricante, el lote de fabricación al que pertenece o los ingredientes del producto se mencionan en el embalaje. De este modo, si el producto se vende sin el embalaje puede provocar que el consumidor no sepa la procedencia empresarial del mismo³³.

En cuanto al segundo, la imagen de prestigio de la marca también puede verse perjudicada en la venta sin embalaje cuando éste contribuye del mismo modo o más que el producto a proporcionar esa imagen de *glamour* que caracteriza a la marca. Sin embargo, esto no siempre tiene que ser así, la venta sin embalaje puede no perjudicar en nada a la imagen de la marca en los casos en los que el embalaje no aporte nada especial a aquella³⁴. El perjuicio a la imagen de la marca deberá ser demostrado por el titular en el caso concreto porque va a depender mucho del producto en cuestión.

E) La utilización de marcas como palabras claves en motores de búsqueda

a) El funcionamiento de los motores de búsqueda

31. El uso de la marca en internet que vamos a abordar es diferente a los usos de la marca estudiados hasta ahora. El problema a afrontar consiste en determinar si se usa la marca, y a su vez, si existe infracción de la misma, cuando una plataforma de comercio electrónico adquiere en motores de búsqueda palabras claves idénticas o similares a marcas ajenas con el fin de hacer publicidad de su sitio *web* y de los productos ofrecidos en su plataforma por terceros. Sin embargo, aunque nos centremos en los enlaces patrocinados, no son el único uso de este tipo que el titular de la marca podría perseguir. Así, se pueden destacar los siguientes: la aparición de la marca en una página web ajena, el *linking* o hipervínculo y el *framing* o enmarcado, el nombre de dominio y las *metatags* o metaetiquetas³⁵.

32. Los motores de búsqueda, como *Google*, *Bing* o *Yahoo!*, ofrecen dos tipos de resultados. Un resultado son los enlaces "naturales u orgánicos" que son el resultado de lo que el buscador considera

³² STJUE 12 julio 2011, *L'Oreal y otros/ eBay International AG y otros*, asunto C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474, apartado 78.

³³ *Ibidem*, apartado 80.

³⁴ Conclusiones del Abogado General Jääskinen presentadas el 9 de diciembre de 2010, *L'Oreal/eBay y otros*, asunto C-324/09, *Rec.* 2011, p. 0000, apartados 71-73.

³⁵ Para un mayor detalle sobre otros tipos de usos de las marcas en internet *vid.* A. GARCÍA VIDAL, *Derecho de marcas e Internet*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 57-286; P. DE MIGUEL ASENSIO, "Derechos de propiedad industrial", en P. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de internet*, 5ª ed., Civitas-Thomson Reuters, 2015; L. SÁNCHEZ PÉREZ, "La infracción del derecho de marca a través del uso del Keyword advertising: aproximación al reciente posicionamiento jurisprudencial comunitario", *Rcd*, nº 11, 2012, p. 149; B. TORRUBIA CHALMETA, La infracción del derecho de marca en Internet, *Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 9, 2009. Disponible en http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n9_torrubia/n9_torrubia_esp (consultado el 7 de junio de 2020).

más relevante en base a diferentes patrones y algoritmos. Mientras que el otro son los resultados denominados "patrocinados o inorgánicos". Estos últimos son por los que el anunciante paga para que, al introducir una o varias palabras claves seleccionadas previamente como términos de referencia, el anuncio del sitio web aparezca en primera posición o dentro de las primeras³⁶. Estos resultados son anuncios en realidad, así lo reconoce *Google* actualmente, son fácilmente identificables debido a que se diferencian del resto por su color de fondo y se sitúan en la parte superior o en la lateral derecha de la pantalla.

33. Los *keywords* o palabras clave que los buscadores venden al mejor postor pueden ser desde nombres propios hasta nombres comunes o marcas. El uso de las marcas como palabras claves es donde se están planteando más problemas. No sólo porque se trata de una materia en desarrollo, sino también por la complejidad jurídica de estos litigios que exigen un gran dominio multidisciplinar.

b) La jurisprudencia del TJUE

34. El TJUE, en las sentencias existentes sobre las palabras claves y enlaces patrocinados en *Google*, diferencia entre la actividad del anunciante y la del prestador del servicio.

35. En la sentencia *Google France/Louis Vuitton*, al igual que en el resto que la han sucedido respecto al uso de marcas como palabras clave, el TJUE consideró que no hay duda de que el anunciante, el que paga por el enlace patrocinado, sí usa la marca en el tráfico económico, ya que con la palabra clave redirige a los usuarios a un enlace promocional que les lleva a la web donde oferta sus productos y/o servicios³⁷. Además, el citado Tribunal consideró que el uso de la marca ajena como palabra clave que conduce al enlace patrocinado del anunciante es un uso en relación a productos o servicios, aunque no se realice en el mismo sitio web del anunciante y a pesar de que dicho uso no venga recogido en el elenco de prohibiciones que tienen a su disposición los titulares de las marcas en los arts. 5 de la Primera Directiva de marcas (actual) y 9.2 RMUE³⁸.

36. En relación a los prestadores de servicio, el motor de búsqueda que almacena como palabras claves signos idénticos a marcas, o la plataforma de comercio electrónico que utiliza palabras claves que se corresponde con marcas para publicitar su propio servicio actúan con ánimo de lucro y ejercen una actividad comercial³⁹.

En el supuesto de los motores de búsqueda, el TJUE estimó en el caso *Google* que en la prestación de dichos servicios no se está usando la marca en el sentido y el art. 9 R.2017/1001. El TJUE entiende que ni si quiera en los casos en los que el motor de búsqueda almacena palabras clave asociadas a términos como "imitación" o "copia" y permite que aparezcan anuncios de comerciantes que venden esos productos estaría usando la marca⁴⁰. Esto es así debido a que cuando *Google* hace depender la aparición de un anuncio de que el usuario introduzca una palabra clave, el buscador no está distinguiendo sus servicios con dicha marca y, por tanto, dicho uso no es un uso de la marca propiamente dicho⁴¹. De

³⁶ Vid. L. SÁNCHEZ PÉREZ, "La infracción del...", p. 151.

³⁷ STJUE 23 marzo 2010, *Google France SARL y Google Inc./Louis Vuitton Malletier*, C-236/08 a 238/08, EU:C:2010:159, apartado 52; STJUE 25 de marzo 2010, *BergSpechte*, C-278/08, Rec. 2010, p I-02517, apartado 18; STJUE 22 de septiembre 2011, *Interflora/Marks & Spencer*, C-323/09,

ECLI:EU:C:2011:604, apartado 30. Vid. un análisis de estas resoluciones en C. MORCOM, "Trade marks and the Internet: where are now?", *IPLR*, 34(1), 2012, pp. 40-53.

³⁸ Vid. L. A. MARCO ALCALÁ, "Las infracciones del derecho de marca mediante palabras clave en los motores de búsqueda de internet en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [Comentario a las SS acumuladas TJUE (Gran Sala) C-236/2008 a C-238/2008, *Google France SARL y Google Inc. c. Louis Vuitton Malletier, S.A., Viaticum S.A., Luteciel SARL y otros*, de 23 de marzo de 2010 -caso Google-]", *ADI* 30 (2009-2010), pp. 678-679.

³⁹ STJUE 23 marzo 2010, *Google France SARL y Google Inc./Louis Vuitton Malletier*, C-236/08 a 238/08, EU:C:2010:159, apartados 53-59.

⁴⁰ STJUE 23 marzo 2010, *Google France SARL y Google Inc./Louis Vuitton Malletier*, C-236/08 a 238/08, EU:C:2010:159, apartado 104.

⁴¹ Vid. L. SÁNCHEZ PÉREZ, "La infracción del...", p. 161.

este modo, como ya se ha analizado en el asunto *Coty Germany/Amazon*, al no existir uso de la marca en el tráfico económico tampoco puede haber infracción.

Sin embargo, en el caso de las plataformas de comercio electrónico como *eBay*, el TJUE entendió que tienen la condición de anunciantes cuando realizan publicidad de su sitio web y de las ofertas de sus clientes en el mismo⁴². Por lo tanto, para saber si el titular puede oponerse a los actos de dichas plataformas conforme al derecho de marcas es necesario precisar si dichos anuncios los realizan en relación a productos semejantes o idénticos que los de la marca registrada ajena y si dichos anuncios afectan negativamente a alguna de las funciones de la marca⁴³.

37. Respeto a la primera cuestión, el uso de la marca *L'Oreal* por *eBay* se hacía con el fin de promocionar su plataforma de comercio electrónico mediante enlaces patrocinados. Por lo tanto, es obvio que *eBay* no utiliza la marca para designar productos o servicios idénticos o similares para los que la marca está registrada. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que en el caso de marcas renombradas –*L'Oreal* y sus marcas lo son– el principio de especialidad que opera en el derecho de marcas se pierde, y por tanto el titular de la marca podría prohibir el uso de su marca para productos o servicios diferentes para los que está registrada la marca (art. 5.2 Primera Directiva de Marcas y 9.1 .c) RMC).

38. Respecto al uso de la marca ajena para productos idénticos por parte de *eBay*, el TJUE destaca que *eBay*, al usar marcas de *L'Oreal* para promocionar ofertas de productos que proceden de sus clientes vendedores, ha hecho uso de la marca en relación a productos o servicios idénticos⁴⁴. El Tribunal destaca que "*la expresión «para productos o servicios» no se refiere exclusivamente a los productos o los servicios del tercero que hace uso de los signos que se corresponden con marcas, sino que también puede tener por objeto productos o servicios de otras personas*". Así, el hecho de que un operador como *eBay* haya utilizado un signo que se corresponde con una marca, para productos que no son sus propios productos sino que son de su cliente que los oferta en su plataforma, no impide que se le aplique el art. 5 de la Primera Directiva de marcas cuando se realiza de forma que se establece un vínculo entre tal signo y el servicio que presta el tercero, en este caso *eBay*⁴⁵.

39. En sentido contrario, como ha vuelto a sostener el TJUE en el asunto *Coty Germany/Amazon*, considera que no existe tal uso de la marca en sentido del art. 5 de la Primera Directiva por parte de la plataforma de *e-commerce* cuando sus clientes-vendedores realizan ofertas de productos de marca en la misma plataforma⁴⁶. En esos casos, es el cliente-vendedor el que hace uso de la marca para su propia comunicación comercial pero no la plataforma, que en principio su única actuación es la de permitir el alojamiento de datos.

40. Una vez estudiado que las plataformas de comercio electrónico hacen uso de la marca cuando adquieren palabras claves en motores de búsqueda para hacer publicidad de su sitio, es necesario determinar si dicho uso vulnera alguna de las funciones de la marca –indicación del origen, imagen, inversión y publicidad–

En relación a la *indicación del origen*, el TJUE, en el asunto *L'Oreal/eBay*, siguiendo la doctrina sentada en anteriores resoluciones, considera que el operador de la plataforma *eBay* vulnera la función de indicación de origen de la marca cuando no permite o apenas permite al internauta medianamente informado y razonablemente atento determinar si tales productos proceden del titular de la marca o de una

⁴² STJUE 12 de julio 2011, *L'Oreal y otros/ eBay Internatinal AG y otros*, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474, apartado 85.

⁴³ Vid. F. CARBAJO CASCÓN, "Problemas de distribución, marcas y responsabilidad indirecta de intermediarios en plataformas de agregación de comercio electrónico. Comentario a la STJUE de 12 de julio de 2012(Caso *L'oreal c. eBay*) y jurisprudencia relacionada", *Rcd*, nº 10, 2012, p. 172.

⁴⁴ STJUE 12 julio 2011, *L'Oreal y otros/ eBay Internatinal AG y otros*, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474, apartado 90.

⁴⁵ *Ibidem*, apartados 91 y 92.

⁴⁶ STJUE 12 de julio 2011, *L'Oreal y otros/ eBay Internatinal AG y otros*, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474, apartados 100-105.

empresa económicamente vinculada a ésta, o de un tercero⁴⁷. Esta apreciación del Tribunal de Justicia es bastante amplia por lo que deja a los tribunales de los Estados miembros un importante margen de actuación en atención a las circunstancias concretas del caso⁴⁸. De este modo, habrá palabras que sí puedan menoscabar el origen y otras que no. No habrá confusión cuando las palabras obedezcan a términos muy generales, pero sí que lo puede haber cuando las palabras de búsqueda no sean un término general y sean usadas para un producto o servicio idéntico o semejante al del titular de la marca.

Respecto a la *función publicitaria*, el TJUE considera que dicha función no se lesiona en atención al principio de agotamiento comunitario cuando se use un signo idéntico o similar al de la marca registrada de un tercero para dar publicidad a ofertas en internet de reventa de productos originales designados con dicha marca⁴⁹. Es decir, el revendedor va a poder usar la marca como palabra clave en un motor de búsqueda para revender los productos de dicha marca cuando el derecho exclusivo ya está agotado conforme el art. 7.1 Primera Directiva de marcas, incluso aunque dichos productos que se revendan sean de segunda mano⁵⁰. Todo lo anterior, siempre y cuando los productos no se vendan en unas condiciones que permitan al titular de la marca plantear la excepción al agotamiento conforme al art 7.2 de la citada Directiva o que la publicidad se realice de tal forma que el consumidor pueda llegar a pensar que existe un vínculo entre el titular de la marca y el anunciante.

41. La regla general es que el uso de la marca como palabra clave asociada a un enlace patrocinado no menoscaba la función publicitaria de la marca, puesto que la marca no tiene como función proteger a su titular de las prácticas derivadas del juego de la competencia, entre las que se encuentra la publicidad en internet mediante palabras claves. El objetivo de estas prácticas no es otro que ofrecer al consumidor productos alternativos a los del titular de la marca⁵¹.

42. Por lo tanto, respecto a los anuncios publicitarios llevados a cabo por las plataformas de comercio electrónico mediante la adquisición de palabras claves en motores de búsqueda es necesario diferenciar, para apreciar la infracción del derecho de marca, los casos en los que el agregador comercial se limita únicamente a anunciar su web, de los casos en los que el anuncio se refiere a ofertas en páginas interiores del sitio en línea de sus clientes⁵². En el primer caso, los anuncios pueden considerarse incluidos dentro de una competencia sana en la que la plataforma lo que busca es anunciar sus servicios. Sin embargo, cuando las plataformas anuncian las ofertas de sus clientes mediante palabras claves que coinciden con marcas de terceros para productos que pueden ir desde falsificaciones hasta productos usados, la infracción de la función publicitaria de la marca podría tener lugar⁵³.

⁴⁷ STJUE 12 julio 2011, *L'Oreal y otros/ eBay Internatinal AG y otros*, C-324/09, Rec. 2011, p. 0000, apartado 97; STJUE 23 marzo 2010, *Google France SARL y Google Inc./Louis Vuitton Malletier*, C-236/08 a 238/08, EU:C:2010:159, apartados 86-90. STJUE de 12 de julio de 2011, *L'Oreal y otros/ eBay Internatinal AG y otros*, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474, apartado 90.

⁴⁸ En la jurisprudencia española *vid.* un asunto donde se consideraba que no se lesionaba la marca STS de 15 de febrero de 2017, nº 94/2017, FJ 5, "*El anuncio de Citylift al que remite el enlace patrocinado en el que la palabra «orona» es utilizada como palabra clave o keyword propone una alternativa a los servicios del titular de la marca notoria, sin ofrecer una imitación de tales servicios, sin causar una dilución de la marca y sin menoscabar sus demás funciones, por lo que supone una competencia sana y leal en el sector de los servicios de mantenimiento de ascensores que, por tanto, constituye la «justa causa» que excluye la antijuridicidad de la conducta. Por tal razón, si consiguen superar el control propio de la Ley de Marcas, no es posible que esos mismos hechos constituyan competencia desleal por las mismas razones relevantes para realizar el enjuiciamiento de la licitud de su conducta con base en la normativa marcaria*". Otro donde si se considera que se lesiona la marca, *vid.* Sentencia Juzgado nº 2 de lo mercantil de 10 de febrero de 2014, nº 36/2014, ECLI:ES:JMA:2014:16, FJ 2, en la que se condena por infracción del derecho de marca a la empresa demandada por el uso como palabra clave en Google de términos que son idénticos a una marca registrada por el demandante. Se considera que infringe los arts. 34 LM y 9 Reglamento Marca comunitaria debido a que se usan los signos distintivos con fines comerciales y publicitarios en medios telemáticos.

⁴⁹ STJUE 8 julio 2010, *Portakabin Ltd y Portakabin BV/Primakabin BV*, asunto C-558/08, ECLI:EU:C:2010:416, apartado 92.

⁵⁰ *Ibidem*, apartado 91.

⁵¹ STJUE 22 septiembre 2011, *Interflora/Marks & Spencer*, asunto C-323/09, ECLI:EU:C:2011:604, apartados 54-59.

⁵² *Vid.* F. CARBAJO CASCÓN, "Problemas de distribución...", p. 175.

⁵³ STJUE 22 de septiembre 2011, *Interflora/Marks & Spencer*, C-323/09, ECLI:EU:C:2011:604; STJUE 8 julio 2010, *Portakabin Ltd y Portakabin BV/Primakabin BV*, C-558/08, ECLI:EU:C:2010:416.

43. En relación a la función de *inversión*, ésta consiste en la posibilidad que tiene el titular de la marca de adquirir o conservar una reputación que le permita atraer a los consumidores y ganarse una clientela fiel⁵⁴. Que una marca ostente buena reputación es cuestión de un gran esfuerzo realizado durante años. Este esfuerzo que se premia mediante la buena reputación de una marca en el mercado no sólo se consigue mediante la publicidad sino también mediante otras prácticas comerciales que muestran al cliente el esfuerzo continuado de la marca por ofrecer un buen producto o servicio, *ad ex.* ofreciendo un servicio posventa de calidad. El uso por un tercero de un signo idéntico a una marca ajena para productos o servicios idénticos para los que está registrada implica un obstáculo para que el titular puede conseguir o mantener la reputación de la marca. Esto es así debido a que el tercero que usa la marca sin consentimiento no busca cuidar la reputación de la marca, sino simplemente vender productos. En nuestra opinión, el menoscabo de la función de inversión de la marca por la plataforma de comercio electrónico al adquirir *Keywords* en buscadores puede tener lugar cuando se usa la marca para productos falsificados. Especialmente esta infracción podría cobrar más sentido cuando la plataforma tenga como política la prohibición de venta de imitaciones. En el supuesto de productos originales, el problema tendría diferente solución. La infracción o no de la función de inversión, depende de cómo se vaya a llevar a cabo la reventa del producto, con o sin embalaje, si éste presenta algún defecto, pero en ese caso, habría que estudiar el rol que desempeña la plataforma en esa comercialización, ya que si su papel es de mero intermediario, no se trataría de una infracción del derecho de marca llevada a cabo por la plataforma sino del propio revendedor y cliente de la misma. Aquí es clave saber cuáles son las funciones de la plataforma, mero alojador de datos o también vendedor, si su papel en la comercialización de los productos es importante (almacena, empaqueta, envía...) puede menoscabar la función de inversión. Sin embargo, si su papel es de puro intermediario, cómo revende un cliente de su plataforma sus productos no será un aspecto que se le pueda exigir a la plataforma.

44. Por último, en cuanto a la imagen de la marca o *goodwill*, ésta puede ser lesionada mediante estas prácticas publicitarias vía internet en los casos en los que dicha imagen se debilite. En el caso *L'Oreal*, el TJUE deja abierta la posibilidad de que el juez nacional lo analice en el caso concreto⁵⁵.

IV. La responsabilidad de las plataformas de comercio electrónico

1. Aproximación inicial

45. El segundo problema jurídico a analizar es el relativo a la responsabilidad de la plataforma. Una plataforma puede no usar la marca en el sentido del R. 2017/1001, sin embargo, eso no significa que de esas violaciones de la propiedad industrial que se cometen desde su plataforma por terceros no se le puede pedir responsabilidad civil. Como se estudiará, todo dependerá de la actuación de la plataforma. La norma a analizar para determinar la responsabilidad de las plataformas de *ecommerce* es la *Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico)*[en adelante, DCE]⁵⁶.

⁵⁴ STJUE 22 septiembre 2011, *Interflora/Marks & Spencer*, C-323/09, ECLI:EU:C:2011:604, apartado 62.

⁵⁵ *Vid.* F. CARBAJO CASCÓN, "Problemas de distribución, marcas y responsabilidad indirecta de intermediarios en plataformas de agregación de comercio electrónico. Comentario a la STJUE 12 julio de 2012 (Caso *L'oreal c. eBay*) y jurisprudencia relacionada", *Rcd*, n° 10, 2012, p. 174.

⁵⁶ DO L 178, de 17 de julio de 2000. Sobre esta Directiva sin carácter exhaustivo *vid.* en la doctrina extranjera, E. CRABIT, "La Directive sur le commerce électronique. Le Project 'Méditerranée'", *RDUE*, N° 4, 2000, pp. 449-831; L. EDWARDS, "The problem of Intermediary Service Provider Liability", en L. Edwards, *The new legal framework for E-Commerce in Europe*, Hart Publishing, Oxford-Portland, Oregon, 2005, pp. 93-136; A. L. LODDER, "Directive 2000/31/EC on certain legal aspects of information society services in particular electronic commerce, in the internal market", en A. LODDER /A.D. MURRAY (Eds.), *EU-Regulation of E-Commerce. A Commentary*, Edward Elgar, 2017, pp.; en la doctrina española, A. LÓPEZ-TARRUELLA, "A European Community Regulatory Framework for Electronic Commerce", *CMLR*, vol. 38, n°6, 2011, pp. 1337-1384; R. YANGUAS GÓMEZ, *Contratos de conexión a Internet, Hosting y búsqueda*, Civitas, Madrid, 2012.

El objetivo de esta Directiva era eliminar los obstáculos que existían entre los Estados miembros en materia de comercio electrónico. Uno de ellos era la diferente normativa nacional en materia de responsabilidad de los prestadores de servicio que actúan como intermediarios en internet. Este aspecto se unificó mediante los arts. 12 a 14 DCE, y regula la exención de responsabilidad ante determinadas actividades (puertos seguros o *safe harbours*⁵⁷) para los prestadores de servicios *on line* que operan como intermediarios. Sin embargo, la DCE no armoniza los sistemas de responsabilidad de los Estados miembros⁵⁸. Así, el Derecho nacional sigue jugando un papel importante a la hora de acabar determinando la responsabilidad última de la plataforma. En el caso de una conducta no pueda quedar exenta porque no cae dentro de “los puertos seguros” de la DCE no significa que inmediatamente a esa actuación de la plataforma se le pueda imputar responsabilidad⁵⁹. Será necesario acudir a la normativa concreta de los Estados miembros y si se cumple lo que se señala el Derecho interno al respecto. En el Derecho español, en defecto de normativa específica habrá que atender al régimen general de responsabilidad civil extracontractual (art. 1902 CC). Un aspecto importante es que la DCE abarca todo tipo de infracciones, no sólo las que nos interesan en el presente estudio (las civiles), también las penales y las administrativas⁶⁰.

46. A pesar de que la DCE continua en vigor, no hay que olvidar que sus deficiencias son evidentes en relación a algunos de modelos de negocio y servicios digitales actuales. Esto es así porque su origen tuvo lugar hace más de 20 años cuando muchos de los servicios que se prestan hoy en internet ni tan si quiera existían en aquella época⁶¹. A pesar de ello, el legislador europeo ha optado por no derogarla y tendrá que convivir con la *Directiva 2019/790 de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE*⁶², la cual intenta afrontar algunos de los problemas que ocasionan algunos de los ilícitos que en la actualidad se producen en la red y que afectan a la propiedad intelectual. Aún así, los días de la DCE están contados, la Comisión Europea está preparando un nuevo marco legal en relación a los servicios digitales al que ha denominado *Digital Services Act Package*. En la actualidad esta nueva regulación se encuentra en fase de consulta pública hasta el próximo 8 de septiembre de 2020.

2. Los servicios exentos de responsabilidad

A) Introducción

47. La DCE en su sección 4 recoge las actividades por las cuales los prestadores de servicios en internet estarían exentos de responsabilidad. Estos servicios serían: 1) el servicio de transmisión y

⁵⁷ Sobre el origen de la expresión “*safe harbour*” vid. J. RIORDAN, *The Liability of Internet Intermediaries*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 378. Este autor hace referencia a que “*safe harbour*” proviene de un aforismo marítimo donde un buque maltrecho busca un puerto seguro en una fuerte tormenta, el buque está en el puerto seguro pero no es ese el lugar que le corresponde. Aplicado a la responsabilidad de las plataformas se pueden extraer las siguientes conclusiones: 1) Los prestadores de servicios en internet están expuestos a fuerzas impredecibles que no pueden controlar. Sería como una tormenta en medio del mar para un buque; 2) Ante esa situación los prestadores necesitan seguridad para poder operar, es decir, un puerto en el que refugiarse hasta que la tormenta pase; 3) Ese puerto seguro no lo es al 100%, la responsabilidad de la plataforma puede resurgir en mitad de un mar calmado. Cómo maneje la plataforma esa situación será clave para su propia supervivencia.

⁵⁸ E. ARROYO AMAYUELAS, “La responsabilidad de los intermediarios en internet: ¿puertos seguros a prueba de futuro?”, *CDT*, Vol. 12, nº 1, p. 809.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 809.

⁶⁰ J. RIORDAN, *The Liability of...*, p. 384. En la jurisprudencia vid. STJUE de 11 de septiembre de 2014, *Sotiris Papasavvas/ Fileleftheros Dimosia*, C-291/13, ECLI:EU:C:2014:2209, apartado 50. Para un mayor detalle sobre ilícitos penales que pueden dar lugar a que a la plataforma se le reclame responsabilidad civil vid. J.P. CORTÉS LABADÍA, “Responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información derivada de delitos de injurias y calumnias con publicidad”, *Diario La Ley*, nº 9674, 15 julio 2020.

⁶¹ Un ejemplo de ello podrían ser las redes sociales como *Instagram* o *WhatsApp* y también las plataformas que permiten ver series, películas o documentales en *streaming* como *Neflix* o *Amazon prime video*.

⁶² DOUE 130/92, de 17 de mayo de 2019.

acceso a los datos (art. 12 DCE); 2) los servicios de *caching* (art. 13) ; 3) los servicios de alojamiento de datos o *hosting* (art. 14 DCE).

B) El servicio de transmisión y acceso a los datos (art. 12 DCE)

48. El art. 12 de la DCE se refiere a dos servicios: la *transmisión de datos* y el *acceso a los mismos*. Aunque son dos actividades diferentes, en el plano de la responsabilidad no hay diferencia alguna⁶³. Este tipo de servicios permite que el usuario se pueda conectar a la red, bien por cable o de forma inalámbrica. El servicio del proveedor es puramente técnico, mediante el cual se le asigna una IP, y no tendrá responsabilidad por la transmisión de los datos o facilitar acceso a los mismos siempre que los datos hayan sido facilitados por el destinatario del servicio, y además:

- a) no haya originado el mismo la transmisión;
- b) no seleccione al destinatario de la transmisión; y
- c) no seleccione ni modifique los datos transmitidos.

En relación a este último aspecto que el prestador del servicio “*no modifique los datos transmitidos*”, el considerando 43 señala que no se considera modificación de datos “las manipulaciones técnicas” que tienen lugar en el curso de la transmisión. Así, actuaciones de la plataforma que se podrían englobar dentro del art. 12 y beneficiarse de la exención de responsabilidad podrían ser las siguientes⁶⁴: a) la comprensión de datos para reducir el tamaño de un fichero; b) la eliminación automática de los virus o *spam* de los emails; c) la fragmentación de los archivos.

C) El servicio de *caching* (art. 13 DCE)

49. Respecto de los servicios de *caching* o de memoria tampón consisten en los servicios que permiten el almacenamiento temporal, automático y provisional de información. Este es un servicio muy técnico conocido como *cache web* que permite que internet no se sature y los usuarios puedan navegar por internet más rápidamente. Los proveedores de estos servicios están exentos de responsabilidad en atención al art. 13 DCE. Este precepto no merece mayor detenimiento debido a que no ha generado problemas jurídicos a destacar salvo aquellos en relación a empresas que han intentado englobar su servicio dentro del precepto y no lo han conseguido⁶⁵.

D) El servicio de *hosting* (art. 14 DCE)

50. Uno de los preceptos más importantes de la DCE, o al menos uno de los que más desarrollo judicial ha tenido, es su art. 14. Este precepto se refiere al servicio de *hosting* o de alojamiento de datos. La importancia de este precepto es debido a que una gran parte de los servicios digitales que ofrecen las plataformas no sólo de *ecommerce* también las que permiten alojar vídeos, las de *e-learning* o las relativas a redes sociales quedaría englobado dentro de servicio de *hosting*. Esto es posible debido a que la DCE define el servicio de *hosting* en términos muy generales, así señala el “*almacenamiento de datos facilitados por el destinatario del servicio*”.

⁶³ M. PEGUERA POCH, “Los prestadores de servicios de internet y la normativa sobre responsabilidad”, en A. LÓPEZ TARRUELLA, *DERECHO TIC, Derecho de las tecnologías de la información y de la comunicación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 9.

⁶⁴ E. ARROYO AMAYUELAS, “La responsabilidad de...”, p. 820. *Vid* también UK Department of Trade and Industry, A guide for business to the Electronic Commerce (EC Directive) Regulations 2002, p. 25, disponible en <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130103013730/http://www.bis.gov.uk/files/file14635.pdf> (consultado el 12 de junio de 2020).

⁶⁵ *Vid*. M. PEGUERA POCH, “Los prestadores de...”, p. 10.

De este modo, un aspecto clave será precisar quién es destinatario. Así, el *destinatario del servicio* es aquél que proporciona los datos para que la plataforma los almacene. Es decir, el que quiere publicar contenidos en un blog, el que quiere publicar un vídeo en *youtube* o un comentario en *twitter*. Pero también el que ofrece un producto designado con una marca en una plataforma de *ecommerce*. Como ya hemos estudiado, en materia de infracción de marca, será clave determinar quién (si la prestador –la plataforma– o el destinatario del servicio –el vendedor–) usa la marca. Ésta se usa por aquél que persigue ofrecer o comercializar los productos, en definitiva por el que hace una comunicación comercial del signo.

51. El aspecto clave que permite que la plataforma no sea responsable por el servicio de almacenamiento es el *conocimiento efectivo* de que ese almacenamiento genera un ilícito y también *cómo actúa* ante ese conocimiento. Así, el art. 14 señala que una plataforma no será responsable de los datos almacenados a petición del destinatario cuando:

- 1) el prestador del servicio no tenga conocimiento efectivo de que la actividad de información es ilícita.
- 2) el prestador del servicio actúa rápidamente bien retirando la información o impidiendo el acceso a la misma en cuanto tiene conocimiento de la ilicitud de la actividad.

La doctrina ha precisado que cuando se trata de dirimir la responsabilidad de la plataforma en relación a una acción por daños y perjuicios se exige un conocimiento más riguroso que en relación a la responsabilidad penal⁶⁶. Así, el art. 14 DCE señala que en el caso de responsabilidad civil derivada de daños y perjuicios es necesario que la plataforma no hubiera tenido un “*conocimiento efectivo de hechos o circunstancias por las que la actividad o la información revele su carácter ilícito*”.

52. En relación a la retirada o bloqueo de la información, el prestador del servicio debe en todo caso respetar la libertad de expresión y siempre teniendo en cuenta los procedimientos que a tal fin existan a nivel nacional⁶⁷.

53. Por último, hay que tener presente que la exención de responsabilidad no resultaría de aplicación cuando el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad o control del prestador del servicio (art. 14.2 DCE). Con este precepto se persigue que el prestador sea realmente un intermediario. Este escenario puede tener lugar cuando el destinatario del servicio trabaje para el prestador del servicio, esa neutralidad de la plataforma desaparece, deja de ser un mero intermediario debido a esa función de supervisión que ejerce sobre el destinatario del servicio⁶⁸. Hay doctrina que ha precisado que lo importante es el control que se ejerce sobre *el destinatario* no tanto sobre la información en sí⁶⁹. Sin embargo, esto no puede predicarse así en todo caso. La plataforma podría ejercer control en el sentido del art. 14.2 DCE en los siguientes supuestos relacionados con el control de información⁷⁰:

- 1) La información o contenido se genera por el destinatario pero bajo los términos y condiciones que fija el prestador del servicio. Es decir, el intermediario detalla qué se puede publicar o que no o incluso se reserva la posibilidad de editar contenidos. Esto podría suceder en plataformas como *Facebook* o *Wikipedia*.
- 2) El prestador del servicio puede ejercer de moderador de un chat o un grupo.

⁶⁶ M. PEGUERA POCH, “Los prestadores de servicios...”, p. 11.

⁶⁷ Considerando 46 DCE.

⁶⁸ Sobre este particular *vid.* M. BARRIOS ANDRÉS, *Fundamentos del Derecho de internet*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, p. 381. *Vid* también, E. ARROYO AMAYUELAS, “La responsabilidad de...”, p. 821.

⁶⁹ A. L. LODDER, “Directive 2000/31/EC on...”, p. 52.

⁷⁰ E. ARROYO AMAYUELAS, “La responsabilidad de...”, p. 821; M. BARRIOS ANDRÉS, *Fundamentos del Derecho...*, p. 84. En contra *vid.* apartado 1.3.3 de la *Recommendation CM/Rec (2018) the Committee of Ministers to member States on the roles and responsibilities of internet intermediaries*, disponible en https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680790e14 (consultado el 12 de junio de 2020).

3. El rol de la plataforma en la jurisprudencia del TJUE: ¿posición neutral o agente activo?

54. La responsabilidad por la infracción de derechos de marca por parte de las plataformas de comercio electrónico va a estar ligada a qué actividad desempeñan. Como se ha analizado, la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico, en su artículo 14, señala que los prestadores de servicios de *Hosting* o almacenamiento de datos no serán responsables de los datos que almacenan cuando no tengan conocimiento efectivo del carácter ilícito de los mismos o cuando teniendo dicho conocimiento actúen con prontitud para retirarlos o para que sean inaccesibles (excepción de responsabilidad de puerto seguro). En el mismo sentido se pronuncia artículo 16 de la *Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*⁷¹ (en adelante LSSICE).

De este modo, cuando la actividad de la plataforma de comercio electrónico o motor de búsqueda sea la de alojar datos, actuar como simple intermediario no tendrá responsabilidad respecto a las infracciones del derecho de marca que los clientes realicen desde las plataformas⁷². En otras palabras, los productos de marca podrán ser vendidos mediante sus plataformas sin que se les pueda pedir responsabilidad aunque dichas ventas impliquen infracción de un Derecho de marca.

55. Actualmente el problema radica, como ya se ha analizado, en que las plataformas en muchas ocasiones no actúan en el tráfico jurídico como meros intermediarios⁷³. Es decir, intervienen de forma activa en los procesos de comercialización de sus clientes, teniendo conocimiento de que los productos comercializados por sus clientes infringen derechos de propiedad industrial e intelectual⁷⁴. El Tribunal de Justicia ha considerado que no toda actividad de almacenamiento de datos va a estar exenta de responsabilidad en virtud del art. 14 DCE. Dicha exención no es posible cuando el prestador del servicio "*en lugar de limitarse a una prestación neutra de dicho servicio mediante un tratamiento meramente técnico y automático de los datos facilitados por sus clientes, desempeña un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control de tales datos*"⁷⁵. Este papel activo puede reflejarse en conductas como optimizar la presentación de ofertas de venta o promover activamente las ofertas que le permitan tener un conocimiento efectivo de los datos relativos a las mismas⁷⁶.

56. Por lo tanto, es posible llegar a la conclusión de que aunque el TJUE mantiene en los casos que se le han planteado que la responsabilidad del prestador del servicio quede exenta es necesario que tenga una posición neutral y meramente técnica. Esto explica las diferentes soluciones alcanzadas en el asunto *Google/L. Vuitton* y en el asunto *L'Oreal/eBay*. En el primer caso, el TJUE consideró que *Google* tenía una posición neutral, mientras que en el segundo caso, consideró que *eBay* no tenía tal posición, sino que ocupaba una posición activa. En el reciente asunto del TJUE en el que se enfrentan ante tribunales alemanes *Coty Germany/Amazon*, el Tribunal de Justicia no se pronunció sobre la responsabilidad de la plataforma *Amazon*⁷⁷. Sin embargo, sí que lo hizo el Abogado General CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA.

⁷¹ BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002.

⁷² *Vid.* M. SCHRIJVERS, "European Court Rules on the Position of eBay Regarding the Sale of Infringing Products: L'Oreal v eBay", *EIPR*, vol. 33, nº 11, 2011, pp. 724.

⁷³ *Vid.* M. PEGUERA POCH, "Infracción de derechos de marca en las plataformas de subasta en línea y la aplicación de las normas de exclusión de responsabilidad", *IDP Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 8, 2009, disponible en <http://idp.uoc.edu> (consultado el 9 de junio de 2020).

⁷⁴ *Vid.* F. CARBAJO CASCÓN, "La marca en los sistemas de distribución selectiva (el problema de las ventas paralelas)", en E. GALÁN CORONA/F. CARBAJO CASCÓN (Coord.), *Marcas y distribución comercial*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2011, p. 208.

⁷⁵ STJUE 12 julio 2011, *L'Oreal y otros/ eBay Internatinal AG y otros*, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474, apartado 113. Esta interpretación fue controvertida, ya que el TJUE aplicó el considerando 42 de la DCE al art. 14 DCE, cuando en realidad a dicho artículo le correspondía el considerando 46. Sobre las críticas de la doctrina al respecto *vid.*, M. PEGUERA POCH, "Los prestadores de servicios...", pp. 16-17; J. LÓPEZ RICHARD, "Un nuevo regimen de responsabilidad para las plataformas de almacenamiento de contenidos generados por usuarios en el mercado único digital", *RPI*, nº 60, 2018, pp. 83-84. J. RIORDAN, *The Liability of ...*, p. 402.

⁷⁶ STJUE 12 julio 2011, *L'Oreal y otros/ eBay Internatinal AG y otros*, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474, apartado 116.

⁷⁷ STJUE 2 abril 2020, *Coty/Amazon*, C-567/18, ECLI:EU:C:2020:267, apartados 50-51.

En dichas Conclusiones, el Abogado General destaca que en el caso de que el tribunal nacional confirme que *Amazon* realiza todas las actividades que en su propia *web* afirma que lleva a cabo dentro de su programa de “*Amazon Logística*”, su actuación no es neutra. Es decir, el almacén de las mercancías, su empaquetado, el envío del producto y la atención al cliente son actividades que no permiten que *Amazon* pueda considerarse un mero intermediario. *Amazon* no sólo se encarga de la creación de las condiciones técnicas para que su cliente venda productos a través de su plataforma, su actuación va más allá⁷⁸. Por lo tanto, *Amazon* no podría beneficiarse de la exención de responsabilidad del art. 14.1 DCE, se consideraría que está usando la marca sobre la que *Coty Germany* ostenta la titularidad, y por lo tanto, se le podría solicitar que cesara en la infracción de la misma y responsabilidad marcaría por su actuación. Sin embargo, no deja de ser el tribunal nacional (en este caso el Tribunal Supremo alemán) el que acabará decidiendo y valorando si en atención a las circunstancias concretas la exención de responsabilidad se le podría aplicar a *Amazon*⁷⁹. En definitiva, los tribunales nacionales son los que han ido adaptando la regulación europea existente a las necesidades que surgen por las actuaciones que se realizan en internet por las plataformas⁸⁰.

57. En conclusión, la jurisprudencia del TJUE ha utilizado los términos “activos” y “pasivos” para determinar cuando la plataforma actúa como mero intermediario. La plataforma no puede refugiarse en el puerto seguro del art. 14.1 DCE si desempeña un rol activo. Para determinar ese rol es necesario ir más allá del contenido literal de los términos “activos” y “pasivos”⁸¹. Por lo tanto, en atención a la jurisprudencia del TJUE, el juzgador para valorar la neutralidad de la plataforma debe tener en cuenta: 1) el grado de participación que la plataforma ejerce sobre el negocio del destinatario del servicio; 2) la intervención específica de la plataforma en la generación de contenido⁸².

Sin embargo, a pesar de que una interpretación más allá del tenor literal es adecuada, no elimina la imprecisión por completo. Los nuevos roles que desempeñan las plataformas debido al avance en los servicios digitales en los últimos veinte años hace que esos términos (activo y pasivo) en realidad sean muy estrechos. En aras de paliar esta situación hay doctrina que ha señalado que sería interesante

⁷⁸ Conclusiones Abogado General M. Campos Sánchez sobre el asunto presentados el 28 de noviembre de 2019, ECLI:EU:C:2019:1031, apartados 58 y 62.

⁷⁹ Esto tiene un riesgo y es que provocaría que cada Estado miembro aplique la exclusión de responsabilidad de forma diferente. Y de hecho así sucede. La sentencia de la *Cour d'appel de Reims* de 20 de julio de 2010, *Hermès International/eBay*, Chambre Civile, 1.^a section, sigue la doctrina del TJUE establecida en el caso *Google*. En esta resolución francesa se considera que eBay no es simple alojador de datos debido a que su actividad va más allá de un servicio meramente técnico, automático y pasivo. Esta plataforma tiene conocimiento sobre los datos que sus clientes almacenan. Es más, el Tribunal considera que usa la notoriedad de la marca para llamar la atención de los usuarios para que acudan al sitio web de sus clientes donde se venden productos falsificados. Del mismo modo, en términos parecidos se pronuncia la *Cour d'appel* el 3 de septiembre de 2010 en tres asuntos que tenían de nuevo como protagonista a eBay, *eBay/Louis Vuitton Malletier*, *eBay/Parfums Christian Dior et autres* y *eBay/Christian Dior Couture*, en estas resoluciones el tribunal francés siguiendo la doctrina *Google* considera que eBay no puede acogerse a la exención de responsabilidad prevista para los prestadores de servicios de alojamiento de datos al desempeñar una actividad que dista mucho de ser neutral, ya que eBay, se dedicaba a la asistencia y promoción de las ventas de productos de comerciantes paralelos. Sin embargo, no llega a la misma conclusión el Tribunal de Commerce de Bruxelles en una sentencia de 31 de julio de 2008, *Parfums et Beauté & Cie/eBay International AG*, *eBay Europe s.a.r.l.*, et s.p.r.l. *eBay Belgium*, en la que considera que es necesario analizar las actividades de eBay por separado para saber si se pueden beneficiar de la exclusión de responsabilidad. Así, las actividades de mero alojamiento de datos podrían beneficiarse de la exclusión mientras que el resto deberían regirse por las normas generales de responsabilidad. Para un mayor estudio de estas resoluciones *vid.* M. PEGUERA POCH, “Infracción de derechos de marca en las plataformas de subasta en línea y la aplicación de las normas de exclusión de responsabilidad”, *IDP Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 8, 2009, disponible en <http://idp.uoc.edu>. (consultado el 13 de junio de 2020).

⁸⁰ En la jurisprudencia española *vid. ad ex.* SAP de Madrid de 19 de enero de 2018, nº 53/2018, ECLI:ES:APM:2018:1978 en la que se considera que la actuación de *Google* es lícita desde el punto de vista marcario (FJ 38) pero también desde el punto de vista de la competencia desleal (FJ 60). Para la AP la actuación de *Google* es meramente técnica, ya que se limita a procesar, organizar y presentar la información y no se ocupa de redactar el texto del anuncio que acompaña al enlace promocional. También en la misma línea, la SAP de Alicante de 10 de octubre de 2017, nº 391/2017, ECLI:ES:APA:2017:2676, FJ 6 en la que se considera que el impresor de unos folletos, cuya impresión se encarga por un tercero, se debe considerar un intermediario, y que su actuación no constituye un uso de marca ajena.

⁸¹ M. PEGUERA POCH, “Los prestadores de servicios...”, p. 17.

⁸² *Ibidem*, p. 93.

dejar atrás esos términos para dar paso a otros más precisos como “grado de control de la plataforma” o “conocimiento efectivo”⁸³. Desde nuestro punto de vista, esa propuesta es acertada. El rol “activo” o “pasivo” ya no es suficiente para precisar la responsabilidad de las plataformas en unos mercados digitales donde los servicios digitales son cada vez más dinámicos y complejos.

4. El deber de diligencia de la plataforma

58. La exención de responsabilidad del art. 14 DCE no resulta de aplicación cuando a pesar de que la plataforma ocupa una posición neutral, tiene “conocimiento efectivo” de que la actividad o los datos que almacenan sus clientes son ilícitos y no hace nada para retirarlos o hacer su acceso imposible⁸⁴.

El término “conocimiento efectivo” se interpreta por el TJUE de forma menos restrictiva que la recogida en la LSSICE⁸⁵. El TJUE en la sentencia *L’Oreal* considera que para considerar que existe conocimiento efectivo es necesario que el prestador del servicio haya tenido conocimiento de hechos o circunstancias a partir de los cuales un operador económico diligente hubiera debido deducir ese carácter ilícito y haber actuado en consecuencia⁸⁶.

Sin embargo, este deber de diligencia no se puede traducir en un deber de vigilancia permanente⁸⁷. Como analizaremos posteriormente, el art. 15.1 DCE no permite un control general sobre el contenido que alberga la plataforma. Esto supondría una carga excesiva, tanto en coste económico como en esfuerzo para la plataforma. De este modo, ante la falta de una especificación clara de ese deber de diligencia tanto por parte de la DCE como del TJUE será en el caso concreto donde se deberá valorar si la plataforma ha actuado adecuadamente.

59. A nuestro juicio el deber de diligencia de la plataforma debe variar considerablemente en atención al rol de la plataforma en la comercialización de los productos. Si la plataforma de *ecommerce* es un mero almacenista, no se le puede exigir que conozca al detalle todos y cada uno de los productos que ofertan sus vendedores, su deber de diligencia se debe limitar al tipo de función que desarrolla, que en este caso es auxiliar.

En contraposición, ese deber de diligencia debe cambiar considerablemente cuando la plataforma de *ecommerce* no es un mero intermediario, su actuación no es neutral y participa activamente en la oferta y comercialización de los productos que sus vendedores le hacen llegar. Este sería el caso del reciente asunto *Coty/Amazon* que hemos comentado anteriormente⁸⁸. Cuando un vendedor de *Amazon* se suscribe a su programa de logística, esta plataforma desarrolla claramente un papel activo. No sólo se encarga del almacenamiento de las mercancías, también de su empaquetado, de su envío y del servicio postventa. No criticamos el rol de la plataforma, es un negocio, pero sí que se debe revisar su diligencia. Si desarrolla un papel activo en la venta, estaría usando la marca de un tercero, y por lo tanto, para evitar infracciones debería cerciorarse de que esos productos son respetuosos con los derechos de marca. A nuestro juicio, esa exigencia no es excesiva cuando la plataforma actúa como vendedor no como plataforma que sólo aporta condiciones técnicas para que sus clientes-vendedores vendan productos mediante su plataforma.

Por lo tanto, el deber de diligencia debe adaptarse a la tecnología y al modelo concreto de empresa⁸⁹. Este deber debería incluso modularse en atención al rol que puede llegar a desempeñar la pla-

⁸³ E. ARROYO AMAYUELAS, “La responsabilidad de...”, p. 817.

⁸⁴ STJUE 12 julio 2011, *L’Oreal y otros/ eBay Internatinal AG y otros*, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474, apartado 119.

⁸⁵ En los arts. 16 y 17 de la LSSICE se recoge que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo cuando “*un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse*”.

⁸⁶ STJUE 12 julio 2011, *L’Oreal y otros/ eBay Internatinal AG y otros*, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474, apartado 120.

⁸⁷ E. ARROYO AMAYUELAS, “La responsabilidad de...”, p. 823.

⁸⁸ STJUE 2 abril 2020, *Coty/Amazon*, C-567/18, ECLI:EU:C:2020:267.

⁸⁹ E. ARROYO AMAYUELAS, “La responsabilidad de...”, p. 823.

taforma en ese caso concreto. Sin embargo, no al contrario. Es decir, pueden existir dudas para algunas plataformas de si ejercer o no un mayor diligencia con el fin de evitar la prevención de ilícitos contra la propiedad industrial para evitar que las autoridades consideren que su rol va más allá del de un mero intermediario. La Comisión Europea ha advertido que una mayor diligencia por parte de la plataforma no pueden implicar de forma automática un comportamiento activo en el sentido del art. 14 DCE⁹⁰. Es decir, esas medidas adoptadas de forma voluntaria para prevenir o detectar ilícitos no pueden ir en detrimento de la plataforma considerando que por adoptarlas su comportamiento es activo.

5. La vía para que la plataforma identifique los hechos ilícitos: la notificación

60. La DCE no establece cómo ni tampoco quién debe notificar la infracción que se está llevando a cabo en una plataforma⁹¹. De este modo, sería necesario diferenciar entre los casos en los que existe resolución judicial o administrativa estableciendo que existe un ilícito marcario de los que no existe.

En el caso de existir una resolución al respecto, la notificación a la plataforma la realiza la autoridad pertinente. Sin embargo, en el supuesto de que no contar con una resolución judicial o administrativa, la notificación de la infracción de una marca en una determinada plataforma la llevaría a cabo el propio titular de esos derechos. También incluso podría notificarlo un tercero a la plataforma, el cual podría ser un particular o también una entidad.

61. En relación a los *mecanismos* para presentar notificaciones, las plataformas deben facilitar la notificación. A ésta se debería poder acceder fácilmente y con la posibilidad de que pudiera llevarla a cabo cualquiera de los usuarios de la plataforma⁹². Un aspecto interesante a plantearse es si ante cualquier notificación se podría considerar que la plataforma tiene ese “conocimiento efectivo” que señala el art. 14 DCE. La realidad es que no debería ser así. No toda notificación por el mero hecho de tener lugar puede significar que la plataforma tiene conocimiento de un ilícito cometido en su plataforma. La notificación debe ser suficientemente precisa y estar debidamente fundamentada en aras de poder permitir a la plataforma tomar una determinación al respecto⁹³. No obstante, los hechos del caso concreto serán especialmente relevantes para determinar si se puede entender que una notificación ha dado lugar a que la plataforma tuviera un conocimiento efectivo y que implique responsabilidad por su parte en atención al art. 14 DCE en el caso de no haber actuado al respecto.

Sobre este particular se puede apreciar como la práctica de las autoridades de los diferentes países europeos es distinta⁹⁴. En España ha habido tribunales que han considerado que la notificación del inicio de acciones civiles a la plataforma no era suficiente. Así, se ha exigido una resolución judicial para considerar que la información a la que remitía el buscador no era veraz⁹⁵.

En Alemania se exige que la notificación se redacte de forma precisa y detallada con el fin de que la plataforma pueda identificar fácilmente la normativa aplicable⁹⁶. La obligación de la plataforma de examinar la notificación de que en su sitio web se está cometiendo un ilícito depende mucho del tipo de ilícito en si mismo.

⁹⁰ Comunicación de la Comisión de 2 de junio de 2016 al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las Regiones. Una Agenda Europea para la economía colaborativa, Bruselas, COM(2016), 256 final, p. 8.

⁹¹ Sobre este particular *vid.* la Recomendación (UE) 2018/334 de la Comisión de 1 de marzo de 2018 sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea (DOUE L 63/50, de 6 de marzo de 2018).

⁹² Recomendación (UE) 2018/334 de la Comisión de 1 de marzo de 2018 sobre medidas para combatir eficazmente los contenidos ilícitos en línea, considerando 16.

⁹³ *Ibidem*, considerando 17.

⁹⁴ *Vid.* E. ARROYO AMAYUELAS, “La responsabilidad de...”, p. 823.

⁹⁵ STS de 4 de marzo de 2013, nº 144/2013, ECLI:ES:TS:2013:2245.

⁹⁶ E. ARROYO AMAYUELAS, “La responsabilidad de...”, p. 824.

BGHD de 17 de Agosto de 2011, ZR 57/09, *Stiftparfüm*. Disponible en <http://www.olnhausen.com/rechtsprechung/urteile-2011/bgh-urteil-v-17-8-2011-i-zr-5709-stiftparfum/>

(consultado el 14 de junio de 2020).

En Francia, es necesario que se identifique al notificante, se describan los hechos, se prueben los mismos y se argumente el porqué de la ilicitud del contenido en relación a la normativa de aplicación al caso⁹⁷.

6. Medidas que se podrían exigir a la plataforma

62. Un aspecto clave es qué medidas judiciales se pueden emprender contra las plataformas cuando en las mismas se infringen derechos de marca con independencia de la responsabilidad que acabe teniendo la plataforma en el asunto concreto. De este modo, cabría preguntarse si sería posible exigirles que actúen para que acaben con las lesiones del derecho de marca, bloqueado las cuentas de los usuarios, o que instauren medidas en el futuro que eviten dichas violaciones en sus sitios *webs*. Uno de los aspectos que nos planteamos es si una solución podría ser la exigencia a la plataforma de que monitorice los contenidos de su plataforma. Es decir, que se pudiera obligar a la plataforma a supervisar en términos generales sus contenidos. En definitiva, a buscar actos ilícitos cometidos a través de su plataforma en general.

La respuesta es tajante: esto no es posible. Hay un aspecto importante que no se puede pasar por alto y es que el art. 15 DCE no exige un deber general de supervisión a la plataforma⁹⁸. Así, una Ley de un Estado miembro ni tampoco una resolución judicial podría obligar a una plataforma de *ecommerce* o a cualquier tipo de prestador de servicio por internet a que monitorice contenidos⁹⁹. *Ad ex.* no se podría obligar a la plataforma a implantar un sistema de filtrado mediante el cual se le obliga a un supervisión activa de todos los datos de sus clientes para evitar infracciones en materia de derechos de autor¹⁰⁰.

63. La clave es que exista un equilibrio, entre el desarrollo de un negocio, que es lo que persigue la plataforma y el respeto a los Derechos de propiedad industrial e intelectual. Esto implica dos bazas importantes para las plataformas a tener en cuenta para defender su actuación, estas serían:

- 1) La plataforma no puede ser obligada a supervisar de forma generalizada sus contenidos para identificar a las personas o las informaciones que infringen los derechos de un tercero. Esa obligación de identificación recaería en el titular de tales derechos¹⁰¹.
- 2) El perjudicado no puede realizar una identificación general de que alguien infringe sus derechos. El titular debe precisar quién infringe esos derechos. Es decir, el perjudicado debe señalar en la plataforma X, el vendedor Y comercializa productos que lesionan la marca Z, sobre la cual ostenta su titularidad.

Por lo tanto, el hecho de que no se pueda obligar a la plataforma a una supervisión general sobre los contenidos no obsta para que los Estados miembros exijan colaboración a las mismas que permita identificar a los destinatarios de sus servicios (art. 15.2 DCE). En definitiva, este precepto habilitaría a los Estados a que las plataformas pudieran espiar a sus usuarios para detectar la comisión de ilícitos¹⁰². Especialmente esta exigencia podría tener sentido cuando se trata de perseguir graves ilícitos que tienen que ver con actividades como el terrorismo o la pornografía infantil.

No obstante, a la hora de decidir qué obligaciones se pueden exigir a la plataforma será necesario valorar equilibradamente los derechos en juego¹⁰³. Esa ponderación debe tener en cuenta no sólo los intereses de los titulares de los Derechos vulnerados sino también de los usuarios de internet y de la

⁹⁷ Cour de cassation, chambre civile 1, de 17 de febrero de 2011, 09-67896, *Dailymotion*. Disponible en <https://www.legi-france.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000023607266> (consultado el 14 de junio de 2020).

⁹⁸ Así lo manifestó el TJUE en el asunto *L'Oréal y otros/ eBay*, apartado 139.

⁹⁹ M. PEGUERA POCH, "Los prestadores de servicios...", p. 13.

¹⁰⁰ STJUE 14 de noviembre de 2011, *Sabam/Starlet*, C-70/10, ECLI:EU:C:2011:77, apartados 40, 47 y 48.

¹⁰¹ M. PEGUERA POCH, "Los prestadores de servicios...", p. 13.

¹⁰² E. ARROYO AMAYUELAS, "La responsabilidad de...", p. 827. Vid. también.

¹⁰³ STJUE 27 marzo 2014, *Telekabel*, C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192, apartado 46.

plataforma¹⁰⁴. De este modo, se deberían evitar medidas extremas como cerrar por completo la conexión a internet¹⁰⁵. Si medidas menos coercitivas son posibles, son las que se deberían exigir a la plataforma, ya que casarían mejor con el principio de libertad de empresa.

Por lo tanto, la imposición legal o judicial a las plataformas de una obligación generalizada de supervisión no es posible en atención al art. 15.1 DCE. Lo que sí se puede es exigir medidas concretas contra un mismo infractor para evitar que el ilícito se siga cometiendo. El TJUE no se centra tanto en las medidas concretas sino que se deberían dictar medidas que conjuguen los siguientes valores¹⁰⁶: 1) adaptación los recursos y capacidades de la plataforma; 2) compatibilidad con el resto de obligaciones a los que la plataforma debe hacer frente en el ejercicio de su actividad; 3) previsibilidad para la plataforma. Son medidas que se podían esperar de la plataforma para impedir el resultado prohibido.

En el asunto *L'Oreal/eBay* una de las medidas que se destaca es requerir a *eBay* que identifique a los infractores de DPII que operan en su plataforma. El infractor como opera en el tráfico económico debe ser claramente inidentificable en atención al art. 6 DCE, ya que ésta exige que deben ser susceptibles de identificación todas aquellas personas físicas o jurídicas que realicen ofertas comerciales mediante internet¹⁰⁷. Por este motivo, *eBay* al proporcionar los datos de los operadores de su plataforma no estaría cometiendo ningún ilícito relacionado con la protección de datos personales.

64. En el Derecho nacional de marcas, el art. 41.3 LM se establece que, con independencia de la responsabilidad de los intermediarios, los tribunales les pueden exigir tanto medidas para que las lesiones al derecho de marca finalicen como medidas para evitar futuras lesiones del mismo tipo¹⁰⁸. El mismo artículo de la LM recoge que el carácter de las medidas debe ser objetivo, proporcionado y no discriminatorio¹⁰⁹.

En definitiva, la posibilidad de que dichas medidas se lleven a cabo hace que el comportamiento del operador del comercio electrónico sea más riguroso. Sabe que su actuación en cierta medida se monitoriza, especialmente por los titulares de los derechos de propiedad industrial e intelectual. De este modo, el operador es consciente de que si en su plataforma se lesionan derechos, ostente o no responsabilidad, debe acatar las medidas que los tribunales puedan llegar a imponerles para evitar que la lesión continúe. A nuestro juicio, lo ideal para la plataforma sería intentar evitar llegar a esa fase de imposición de medidas. Sería interesante apostar por la autorregulación¹¹⁰ y que mediante la implantación de políticas internas permitieran implementar actuaciones *ex ante* que permitan ser más rigurosos con los derechos de terceros¹¹¹.

V. Conclusiones

65. El objeto del presente trabajo ha sido doble. Por un lado, el estudio de los supuestos en los que se puede considerar que una marca está siendo usada por una plataforma de *ecommerce*. Por el otro,

¹⁰⁴ *Ibidem*, apartado 56.

¹⁰⁵ STJUE 15 septiembre 2016, *Tobias MacFadden*, C-484/14, ECLI:EU:C:2016:689, apartados 88 y 89.

¹⁰⁶ STJUE 27 marzo 2014, *Telekabel*, C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192, apartados 52-54.

¹⁰⁷ *Ibidem*, apartado 142.

¹⁰⁸ No hay que olvidar que las acciones que pueden ejercitarse frente a la plataforma que actúa como mero intermediario son independientes y autónomas con respecto a las acciones que se pueden ejercitar frente al infractor de la marca. Si la plataforma es un mero intermediario las acciones que se le pueden solicitar en virtud del art. 43.1 LM se limitan únicamente 1) a la cesión de los actos si hubiera infracción por parte de quien utiliza la plataforma y 2) a la remoción de los efectos a los que se refiere el art. 41.1 c) LM. En ningún se le va a condenar por infringir la marca. Vid. sobre este particular la SAP de Alicante de 10 de octubre de 2017, nº 391/2017, ECLI:ES:APA:2017:2676, FJ 6.

¹⁰⁹ En definitiva se persigue ese justo equilibrio entre derechos en juego, en la línea de lo sostenido por el TJUE en sentencias como la de 24 de noviembre de 2011, *Scarlet extended*, C-70/10, EU:C:2011:771, apartado 49 o la de julio de 2015, *Coty Germany/Stadtparkasse Magdeburg*, C-580/13, apartado 35.

¹¹⁰ Sobre este particular *vid.* E. ARROYO AMAYUELAS, "La responsabilidad de...", pp. 830-833.

¹¹¹ Comunicación de la Comisión de 20 de septiembre de 2017 al Parlamento Europeo, al Consejo, Al Comité Económico y social Europeo y al Comité de las regiones, Lucha contra el contenido ilícito en línea. Hacia una responsabilización de las plataformas en línea, Bruselas, COM (2017) 555 final, pp. 11-13.

el análisis de cuándo la plataforma podría ser responsable de los ilícitos que contra la propiedad industrial se cometen desde su sitio *web*. Como se ha estudiado, las actuaciones que se pueden llevar a cabo desde internet en relación a la oferta y comercialización de productos pueden ser muy variadas entre sí. Desde la oferta y comercialización de productos cuyos derechos de marca no se han agotado, productos sin embalaje, la venta de muestras o la venta de *keywords* por buscadores que coinciden con marcas. El aspecto importante para saber si la plataforma usa una marca es atender a la comunicación personal. Si la marca de un tercero es usada por una plataforma para su propia comunicación personal, para ofrecer o vender productos se entenderá que existe uso de una marca en el sentido del R. 2017/1001.

66. Sin embargo, que la plataforma no use la marca en el sentido del citado Reglamento no significa que esté exento de toda responsabilidad por las infracciones de propiedad industrial que se pueden cometer en su sitio web. Así, hemos estudiado como en el caso concreto es necesario atender a la actuación de la plataforma en atención a la DCE. Si su actuación es neutral, la de mero intermediario, se podría acoger a la exención de responsabilidad que se recoge en el art. 14 DCE. Sin embargo, si su posición es activa, podría perder ese puerto seguro y ser considerado responsable de las infracciones que se cometen en su plataforma. La clave será saber que rol desempeña la plataforma en el negocio de su cliente, el que le pide que aloje datos (que oferte productos en la plataforma). Con las mismas consecuencias, puede darse la situación de que la plataforma es neutral, pero no ha actuado cuando tenía conocimiento de que en su plataforma se estaban infringiendo derechos marcarios. En ese caso, tampoco podría acogerse al puerto seguro del citado art. 14. Para evitar este segundo escenario, el deber de diligencia de la plataforma es crucial. Sin embargo, este deber de diligencia no puede confundirse con un deber de vigilancia generalizada. No sabemos en un futuro, pero a día de hoy, ese deber de vigilancia permanente no puede ser exigido a las plataformas en virtud del art. 15.1 DCE.

67. Por lo tanto, aunque el caso particular será clave para analizar cuál es el papel de la plataforma y cómo ha actuado, a nuestro juicio, el análisis jurídico que plantean estos asuntos es realmente complejo. Esto es así no sólo por la determinación de si en el caso concreto es de aplicación el art. 14 DCE sino porque el Derecho de los Estados miembros tiene mucho que decir en estos asuntos. En el caso de que la actuación de la plataforma no se le aplique la exención de responsabilidad se deberá atender a las normas del Derecho nacional que resulte de aplicación. Uno de los aspectos a determinar conforme al Derecho nacional es si la plataforma aunque no use la marca en el sentido de la normativa marcaria, pero aún así su actuación no quede exenta de responsabilidad, qué infracción estaría cometiendo.

En un primer momento se podría pensar en una infracción indirecta de la marca¹¹². Esto es, el prestador del servicio, está ayudando o facilitando a que otros, los clientes de la plataforma o los anunciantes cuando se trata de motores de búsqueda, lesionen el derecho de marca de un tercero. Sin embargo, en las legislaciones de los Estados miembros, y en concreto en la española, no existe este tipo de infracción indirecta sobre la marca¹¹³. De este modo, cabe preguntarse qué opciones legales le quedan al titular de la marca si por infracción de la misma el camino está cerrado. Ante este panorama, la reclamación de daños y perjuicios vía responsabilidad extracontractual sería un opción a tener en cuenta, junto con las acciones vía competencia desleal por promover en el mercado las actividades desleales de un tercero¹¹⁴.

¹¹² Vid. F. CARBAJO CASCÓN, "La marca en...", p. 210.

¹¹³ Esta infracción indirecta de la marca se podría asemejar al *contributory infringement* del *Common Law*. Esta figura es importante en aras de proteger los derechos de propiedad intelectual e industrial debido a que el titular puede no sólo perseguir al infractor propiamente dicho sino también a quien le facilita dicha infracción.

¹¹⁴ F. CARBAJO CASCÓN, "La marca en...", p. 211.

LA RECONSIDERACIÓN ANTE EL CIADI: UN MECANISMO PROCESAL PARA FOMENTAR LA CORRECCIÓN DEL LAUDO

RECONSIDERATION IN ICSID ARBITRATION: A PROCEDURAL MECHANISM PROMOTING THE CORRECTNESS OF AWARDS

LAURA ARAGONÉS MOLINA

*Profesora Visitante de Derecho internacional público y relaciones internacionales
Universidad de Alcalá*

Recibido: 12.06.2020 / Aceptado: 01.07.2020

DOI: <https://doi.org/https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5603>

Resumen: En los últimos años varios tribunales arbitrales del CIADI se han pronunciado sobre una posible facultad de reconsideración de las decisiones preliminares dictadas en los procedimientos que se bifurcan o trifurcan (jurisdicción, fondo y determinación de la indemnización). La práctica arbitral más reciente, apartándose de la línea marcada en los primeros casos, se ha inclinado por reconocer esta facultad. Las diferentes interpretaciones que han realizado estos tribunales sobre el principio de cosa juzgada y sobre los poderes inherentes que puede poseer un órgano arbitral inducen a reflexionar sobre dos cuestiones principales; primera, las implicaciones que tiene la consolidación de una facultad de reconsideración para el actual sistema de recursos previstos en la normativa CIADI; y, segunda, con carácter más general, sobre los problemas de coherencia en el seno del sistema CIADI y las relaciones entre este y el DI general.

Palabras clave: coherencia, poderes inherentes, reconsideración, principios generales del derecho, CIADI.

Abstract: In the last years several arbitral tribunals constituted according to the ICSID Convention and Rules have ruled on a potential power to reconsider preliminary decisions issued in bifurcated or trifurcated proceedings (jurisdiction, merits and *quantum*). The most recent arbitral practice has favored the recognition of this power changing the legal position previously maintained. The different interpretations made by these arbitral tribunals on the *res judicata* principle and their inherent powers allow us to reflect on two main questions; on the one side, the implications of the consolidation of such a power for the current system of remedies foreseen in the ICSID normative framework; and, on the other side, the problems of coherence inside the ICSID system as well as in relation to General International Law.

Keywords: coherence, inherent powers, reconsideration, general principles of law, ICSID arbitration.

Sumario: I. Introducción. II. Los principios generales de derecho internacional procesal relevantes en materia de reconsideración. 1. La buena administración de justicia y los poderes inherentes de los jueces y árbitros. A) Práctica de ámbito universal. B) Práctica de ámbito sectorial en el CIADI. 2. La cosa juzgada como garantía del carácter definitivo y obligatorio de las sentencias y laudos. A) El concepto de cosa juzgada. B) La naturaleza jurídica de la cosa juzgada. C) La cosa juzgada como principio general en la normativa del CIADI. III. Las particularidades procesales en la normativa del CIADI. 1. La diferenciación entre “decisión” y “laudo”: una manifestación del carácter particular de la normativa del CIADI. 2. Las distintas aproximaciones al principio de cosa juzgada en la práctica arbitral. A) Una interpretación extensiva y generalista. B) Una interpretación restrictiva y particularista. IV. La reconsideración como herramienta que promueve la buena administración de justicia. 1.

Los recursos como garantía de justicia. 2. La reconsideración de una decisión preliminar: ¿un poder inherente en aras de una buena administración de justicia o una actuación *ultra vires* de los órganos arbitrales? A) La reconsideración como poder inherente necesario para la buena administración de justicia. B) La reconsideración como ejercicio *ultra vires* de las facultades del órgano arbitral. C) La reconsideración como un poder limitado para garantizar la eficacia del proceso y la corrección del laudo. 3. La reconsideración: ¿una apelación *de facto*? V. Conclusiones.

I. Introducción

1. El aumento del volumen normativo y la especialización que viene experimentando el Derecho Internacional (DI) Público desde hace ya más de medio siglo ha generado lo que se conoce como regímenes autónomos o “*self-contained regimes*”,¹ es decir, sectores normativos altamente especializados que cuentan en muchos casos con sus propios sistemas de solución de controversias. Aunque esta sectorialización del DI puede considerarse un progreso en el desarrollo de este ordenamiento jurídico e incluso un fenómeno natural al calor de los cambios que se producen en la sociedad internacional,² también entraña ciertos desafíos para la unidad del sistema internacional, lo que generalmente se ha conocido como riesgos de “fragmentación” del DI.³

2. El término “fragmentación” está cayendo en desuso actualmente, pero los riesgos de erosión de la unidad del DI persisten y se pueden materializar, por ejemplo, cuando órganos jurisdiccionales ubicados en distintos sectores normativos interpretan la misma norma o principio de manera diversa en situaciones fácticas o jurídicas análogas sin que esté justificado. Asimismo, este escenario se puede reproducir en un sector normativo como el DI de las inversiones, cuyo sistema de solución de las controversias está descentralizado.⁴

3. En este trabajo reflexionamos sobre los problemas de coherencia y consistencia que pueden surgir en el DI de las inversiones desde una perspectiva procesal a la luz de las decisiones que varios órganos arbitrales del CIADI han dictado en los últimos años en relación con una posible facultad de “reconsideración” de las decisiones preliminares o interlocutorias. La reconsideración de estas decisiones no es una facultad prevista expresamente en la normativa CIADI, por lo que se ha tratado en la práctica como un poder inherente de los órganos arbitrales que, aunque puede ser necesario para garantizar una buena administración de justicia, pone en tensión las costuras del principio de cosa juzgada.⁵

¹ Para una definición de “*self-contained regime*”, ver M. KOSKENNIEMI, “Fragmentation of International Law - The Function and Scope of the Lex Specialis Rule and the Question of ‘self-Contained Regimes’: An Outline”, *Transnational Dispute Management*, n° 1, 2009, 10 pp., pp. 8-9.

² Ver F. PASCUAL-VIVES, *Consensus-Based Interpretation of Regional Human Rights Treaties*, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2019, p. 52: “In conclusion, specialization and sectorization influence the evolution of contemporary international law. Both phenomena should not be viewed with suspicion or rejection. They are sign of the good health of public international law, (...)” [Se omite nota al pie].

³ Este tema se incluyó en el programa de trabajo a largo plazo de la CDI en el año 2000 y en 2002 se estableció un Grupo de Estudio para examinar el tema: ver “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, 2ª parte, 2002; e “Informe de la Comisión a la Asamblea General en su quincuagésimo cuarto período de sesiones”, A/57/10, párrs. 489-513. El informe del Grupo de Estudio puede consultarse en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, 2ª parte, 2006; e “Informe de la Comisión a la Asamblea General en su quincuagésimo octavo período de sesiones”, A/61/10, párrs. 233-251.

⁴ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), A/CN.9/WG.III/WP.150, de 28 de agosto de 2018, párrs. 7 y 11. Este tipo de problemas de coherencia y uniformidad están siendo objeto de debate en la CNUDMI a la luz de una posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversores y Estados. Véanse los distintos documentos e informes del Grupo de Trabajo III. En https://uncitral.un.org/es/working_groups/3/investor-state

⁵ Hay tres trabajos recientes en la doctrina, ninguno en lengua española, que han tratado la reconsideración desde diferentes enfoques: ver L.M. BOHMER, “Finality in ICSID Arbitration Revisited”, *ICSID Review*, vol. 31, n° 1, 2016, 236-245; T. CANTELMO, “The Inherent Power of Reconsideration in Recent ICSID Case Law”, *Journal of World Investment and Trade*, vol. 18, 2017, 232-270; C. TITI, “Res Iudicata and Interlocutory Decisions under the ICSID Convention: Antinomies over

4. Mientras algunos órganos arbitrales han negado la posibilidad de reconsiderar una decisión preliminar, posicionándose a favor del principio de cosa juzgada, otros la han reconocido en fechas más recientes dando más relevancia al principio de buena administración de justicia. A la luz precisamente de esta última práctica arbitral, conviene reflexionar sobre el impacto de esta nueva facultad para el actual sistema de recursos del CIADI, especialmente en un momento en el que se está planteando una posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversores y Estados, siendo una de las propuestas la creación de un mecanismo de apelación.⁶

5. Las diferentes interpretaciones que han realizado estos tribunales sobre el principio de cosa juzgada y el alcance de los poderes inherentes de los órganos arbitrales al tratar la reconsideración, además, nos permiten estudiar los efectos de la sectorialización del DI desde dos perspectivas. La primera, desde una perspectiva intrasistémica, es decir, desde la coherencia y consistencia de las decisiones en el seno del CIADI; y, la segunda, desde una perspectiva intersistémica,⁷ estudiando las sinergias que se producen entre el DI general y un sector tan especializado como es el DI de las inversiones.⁸ También desde una perspectiva eminentemente procesal, analizando la interacción entre los distintos principios generales que concurren en el procedimiento arbitral, puede valorarse el grado de especialización normativa alcanzado por el DI de las inversiones, así como su compatibilidad con las normas procesales establecidas en el DI general.

6. En el apartado II del trabajo se estudian los principios generales del derecho procesal que subyacen a las decisiones adoptadas por estos tribunales arbitrales al poner en práctica la reconsideración. En el apartado III se exponen las particularidades que presenta el sistema CIADI y que podrían justificar las decisiones adoptadas por algunos órganos arbitrales en materia de reconsideración. En el apartado IV examinamos la reconsideración como poder inherente de los tribunales arbitrales, así como sus límites y causas de acuerdo con la práctica arbitral más reciente y se reflexiona sobre la reconsideración en relación con la apelación. Por último, en el apartado V se exponen las conclusiones alcanzadas.

the Power of Tribunals to Review”, *ICSID Review*, vol. 33, n° 2, 2018, 358-379. En este trabajo ponemos el énfasis en los problemas de coherencia y consistencia que pueden surgir tanto en el seno del CIADI, como respecto al DI general. Asimismo, nuestro análisis aborda: primero, el examen de las más recientes decisiones dictadas por tribunales del CIADI (que por razones temporales no son abordadas en algunos de los trabajos citados) y que nos ha permitido comprobar la tendencia jurisprudencial en torno a la reconsideración; segundo, una reflexión sobre los principios generales del proceso que a nuestro juicio subyacen a estas decisiones; y, tercero, una valoración de la reconsideración a la luz de las reformas que se están planteando en el sistema de solución de controversias entre inversores y Estados en la CNUDMI. Nuestro estudio sobre la reconsideración surge del proceso de investigación que hemos realizado para la elaboración de nuestra tesis doctoral basada en el estudio comparativo de la revisión en la jurisprudencia internacional, en especial, de la interpretación y aplicación de los arts. 51 Convenio CIADI y 61 del Estatuto de la CIJ. Al estudiar la práctica arbitral del CIADI, nos encontramos con los casos estudiados en este trabajo en los que, como se verá, se llegó a aplicar por analogía la causa prevista en estas disposiciones (descubrimiento de un hecho nuevo).

⁶ CNUDMI, A/CN.9/WG.III/WP.185, de 29 de noviembre de 2019.

⁷ Hemos optado por utilizar los términos “intrasistémico” e “intersistémico” frente a los términos “intersectorial” e “intra-sectorial”, porque nuestro análisis no sólo se produce en relación con un sector especializado como el DI de las inversiones o entre dos sectores especializados del DI, sino también en relación con el DI general, respecto al cual no es pertinente referirnos como “sector”; además, también es frecuente referirse a los sectores especializados del DI como “subsistemas”, por lo tanto, utilizar el término “sistema” como base para la formación de estas dos categorías nos resulta más correcto.

⁸ Algunos autores han estudiado los efectos de la sectorialización para la unidad del DI desde otros sectores particulares, como el DI del Mar o el DI de los Derechos Humanos: ver C. JIMÉNEZ PIERNAS, “La jurisprudencia sobre delimitación de los espacios marinos: una prueba de la unidad del ordenamiento internacional”, en E.M. VÁZQUEZ GÓMEZ, M.D. ADAM MUÑOZ y N. CORNAGO-PRIETO (eds.), *El arreglo pacífico de controversias internacionales, XXIV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, 241-273; y A. PELLET, “Notes sur la “fragmentation” du droit international: Droit des investissements internationaux et Droits de l’Homme”, en A. DENIS et al. (eds.), *Unity and Diversity of International Law. Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2014, 758-784.

II. Los principios generales de derecho internacional procesal relevantes en materia de reconsideración

1. La buena administración de justicia y los poderes inherentes de los jueces y árbitros

A) Práctica de ámbito universal

7. El correcto funcionamiento de los órganos jurisdiccionales es esencial para mantener el orden en una sociedad. Además de aplicar el derecho sustantivo al fondo de la controversia, los jueces y tribunales deben velar por que el procedimiento se desarrolle adecuadamente, en particular, aplicando las normas y principios procesales que garantizan una buena administración de justicia. La buena administración de justicia es un principio fundamental o constitucional de todo proceso judicial o arbitral⁹ cuyo contenido exacto es difícil de concretar ya que se traduce en muy diferentes situaciones en la práctica, como suele ocurrir con otros principios generales del derecho.¹⁰

8. En general, puede decirse que es un principio que guía a los jueces en su cometido y que justifica que adopten determinadas medidas durante el proceso que a veces suponen la flexibilización en la aplicación de las normas procesales.¹¹ Ello con el fin de que, por ejemplo, las partes tengan las mismas oportunidades de defender su posición,¹² no se cometan abusos del proceso o se produzcan demoras o retrasos innecesarios en la solución de la controversia. Como afirma Kolb, “(...) the principle essentially means that the Court has the ultimate power and responsibility to ensure that the justice it renders abides by the highest standards of judicial procedure and that at the same time it takes duly into account the legitimate concerns of all the parties to the proceedings.”¹³

9. Con el fin de que el procedimiento se desarrolle correctamente, los órganos jurisdiccionales a menudo han invocado unos poderes inherentes que les permiten adoptar ciertas decisiones a lo largo del procedimiento, es decir, en ausencia de una disposición expresa en la normativa procesal aplicable que contemple esa determinada acción. Ciertamente la norma constitutiva de un tribunal o las reglas de procedimiento por él adoptadas no pueden prever todas y cada una de las situaciones que pueden surgir en la práctica, de ahí que en ocasiones sea necesario realizar enmiendas a los textos normativos. Ante un silencio en la norma, no sería razonable que el órgano arbitral o judicial tuviera que esperar a que se llevara a cabo su enmienda, por lo que la doctrina de los poderes inherentes le proporciona la flexibilidad necesaria para que pueda realizar su función.¹⁴

⁹ R. KOLB, “Principles of Procedural Law”, en A. ZIMMERMAN *et al.* (eds.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2019 (e-book), párrs. 22-28.

¹⁰ Como afirma el Juez Cançado Trindade: “(...) To attempt to offer a definition of the sound administration of justice that would encompass all possible situations that could arise would be far too pretentious, and fruitless. An endless diversity of situations may be faced by the ICJ, leading it — in its pursuit of the realization of justice — to deem it fit to have recourse to the principle of the sound administration of justice (*la bonne administration de la justice*); this general principle, in sum, finds application in the most diverse circumstances.”; ver la Opinión separada del Juez Cançado Trindade, p. 196, párr. 20, que acompaña a la Providencia de 17 de abril de 2013, emitida por la CIJ en el marco del caso *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua) et Construction d’une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2015, p. 665.

¹¹ E. LAUTERPACHT, “Principles of Procedure in International Litigation”, *Recueil des Cours*, vol. 345, 2009, 391-530, p. 436: “(...) it can be said that, in general, there appears to be agreement that the conduct of international tribunals is not, and should not be, marked by emphasis on a strict adherence to the letter of procedural regulation.”

¹² Sobre la relación entre la buena administración de justicia y la igualdad de las partes en el proceso: ver la Opinión separada del Juez Cançado Trindade a la Providencia dictada por la CIJ el 17 de abril de 2013, párrs. 19-23.

¹³ R. KOLB, *loc. cit.*, párr. 28.

¹⁴ *Churchill Mining y Planet Mining Pty Ltd c. Indonesia* (Casos CIADI N° ARB/12/14 y 12/40), Decisión sobre anulación de 18 de marzo de 2019, párr. 239, letra 10: “(...) The silence of fundamental texts on matters of procedure accounts for the flexibility of these issues before arbitral tribunals and for the necessity to give them considerable leeway in this regard, as the ICSID Convention does. (...)”.

10. Por ejemplo, la CIJ ha reconocido que puede corregir errores materiales, entendiendo por estos, errores menores, como pueden ser errores de escritura o cálculo, para cuya corrección no existe actualmente un mecanismo procesal específico en su normativa procesal, a diferencia de algunas normas aplicables a otras jurisdicciones.¹⁵ Así, en el caso relativo a la *Solicitud de revisión y de interpretación del fallo de 24 de febrero de 1982 en el caso relativo a la plataforma continental (Túnez c. Libia)*, la Corte afirmó:

“(…) Accordingly, in the present Judgment the Court will deal first with the question of admissibility of the request for revision, and will, then, if appropriate in the light of its findings on that matter, examine the request for interpretation, sector by sector, and the request for correction of an error. In this latter respect, it should be observed that Tunisia’s request is presented as one for the correction of an “*erreur matérielle*”. *The Court does of course have the power to correct, in one of its judgments, any mistakes which might be described as “erreurs matérielles”*. That power would not normally be exercised by way of a judgment, since the very nature of the correction of such an error excludes any element of contentious procedure; (…)”¹⁶

11. Esta facultad inherente para corregir errores menores ha sido corroborada en la práctica del arbitraje interestatal. En el caso sobre las *Tasas a los Usuarios del Aeropuerto de Heathrow (Estados Unidos/Reino Unido)*, el órgano arbitral resolvió:

“HMG submitted that it was a general principle of international law that, in the absence of expressly conferred power, an international tribunal had no power to modify or interpret its award (O’Connell, *International Law*, 2nd ed., 1970, at page 1109, citing the *Jaworzina Frontier case* (P.J.I.C.), Ser. B. No. 8 (1923) at page 38,) although HMG accepted that, even in the absence of any expressly conferred power, an international tribunal has an inherent power to rectify a material error found to exist in its decision, that is one analogous to an error resulting from a slip of the pen or from the miscalculation or miscasting of arithmetical figures, citing the *UK-France Continental Shelf (Interpretation) Case* (1978) ILR 54 at page 139.¹⁷

(…) In those circumstances the relevant inherent powers of the Tribunal are extremely limited. Certainly they would extend to the correction of accidental errors even in the absence of Rule 13(2) of the Tribunal’s Rules of Procedure: see paragraph 1.32¹⁸ above.”¹⁹

12. La posibilidad de corregir este tipo de errores en las sentencias y laudos es una facultad inherente, no prevista en la normativa procesal aplicable y que puede justificarse en beneficio de una buena administración de justicia.²⁰ De hecho, una de las manifestaciones del principio de buena administración de justicia es la capacidad de los jueces de colmar las lagunas que la normativa procesal pueda presen-

¹⁵ *Inter alia*, art. 49.2 del Convenio CIADI.

¹⁶ *Application for Revision and Interpretation of the Judgment of 24 February 1982 in the Case concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya) (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya)*, Judgment, I.C.J. Reports 1985, p. 198, párr. 10.

¹⁷ *United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges (United States-United Kingdom)*, 30 November 1992-2 May 1994. Decision No. 23 of the Tribunal (Supplementary Decisions and Clarifications) (Determination of USG’s Request), Decisión de 1 de noviembre de 1993, UNRIAA, vol. XXIV, p. 345, párr. 1.32.

¹⁸ El párrafo 1.32 es precisamente el que acabamos de citar relativo al argumento de Reino Unido.

¹⁹ *Ibid.*, p. 353, párr. 2.25.

²⁰ Sobre la fuente de estos poderes inherentes: ver CH. BROWN, *loc. cit.*, p. 244: “While the source of inherent powers in international adjudication has not previously been clarified, it is suggested that it lies in the need for international courts to fulfil their judicial functions. These functions are, chiefly, the settlement of international disputes by adjudication, and the proper administration of international justice, although each international court may, in addition, have different functions specific to the regime within which it operates. (…).” T. Cantelmo expone diferentes escuelas de pensamiento sobre los poderes inherentes; una de estas corrientes señala “(…) the widespread application of inherent powers by international courts and tribunals, coupled with the general assent of governments to this practice, has given rise to an ‘autonomous notion of inherent powers’ of international judicial bodies that now constitutes a general principle of international law. According to this approach, international tribunals may exercise those powers that are deemed necessary for guaranteeing the fair administration of international justice and for protecting their judicial nature.” (citando a P. Gaeta): ver T. CANTELMO, *loc. cit.*, p. 249.

tar.²¹ Por lo tanto, entendemos que si ante un error de esta índole el órgano que emitió la decisión no pudiera corregirlo o tuviera que esperar a una enmienda de la norma procesal que incluyera expresamente tal posibilidad, estaríamos ante un funcionamiento poco eficiente de los órganos jurisdiccionales que conduciría bien a retrasos innecesarios en la ejecución de las decisiones, bien a mantener una decisión que adolece de errores.

13. Pero a veces se han invocado poderes inherentes que van más allá de la corrección de un simple error material. En el arbitraje por comisión mixta constituida entre Estados Unidos y Alemania, en el conocido como caso de los *Sabotajes*, el superárbitro, O.J. Roberts, afirmó la necesidad de “revisar” una decisión arbitral en caso de fraude y determinados errores en la administración de justicia, siempre que el tribunal no estuviera *functus officio*.²² También en un arbitraje ante la comisión mixta de reclamaciones entre Estados Unidos y Alemania (*Philadelphia-Girard National Bank (Estados Unidos) c. Alemania y Direktion der Disconto Gesellschaft*), tras afirmar que las reglas de procedimiento de esta comisión no contemplaban ninguna disposición sobre la reconsideración de las decisiones dictadas durante el procedimiento, como un laudo parcial, la Comisión estableció unos principios para resolver este tipo de peticiones y, por tanto, dejó la puerta abierta a la posibilidad de reconsiderar la decisión en determinadas circunstancias.²³

14. Estos errores en la administración de justicia revisten especial trascendencia para la eficacia de la sentencia. Son errores que perjudicarían gravemente los intereses de las partes en litigio ya que habrían obtenido una decisión injusta y que requieren una revisión sustantiva de la decisión afectada. Por tanto, es natural que en este contexto exista mayor discrepancia entre tribunales respecto a la facultad de modificar sustancialmente una decisión que se considera definitiva.²⁴

²¹ R. KOLB, *loc. cit.*, párr. 25.

²² *Lehigh Valley Railroad Company, Agency of Canadian Car and Foundry Company Limited and Various Underwriters (United States) v. Germany, (Sabotage Cases, October 16, 1930)*, Decisión de 15 de diciembre de 1933, *UNRIAA*, vol. VIII, 84-460, p. 188: “I think it clear that where the Commission has misinterpreted the evidence, or made a mistake in calculation, or where its decision does not follow its fact findings, or where in any other respect the decision does not comport with the record as made, or where the decision involves a material error of law, the Commission not only has power, but is under the duty, upon a proper showing, to reopen and correct a decision to accord with the facts and the applicable legal rules. My understanding is that the Commission has repeatedly done so where there was a palpable error in its decisions. (...)”; pp. 189-190: “The petition, in short, avers the Commission has been misled by fraud and collusion on the part of witnesses and suppression of evidence on the part of some of them. The Commission is not *functus officio*. It still sits as a court. To it in that capacity are brought charges that it has been defrauded and misled by perjury, collusion, and suppression. No tribunal worthy its name or of any respect may allow its decision to stand if such allegations are well-founded. Every tribunal has inherent power to reopen and revise a decision induced by fraud. If it may correct its own errors and mistakes, *a fortiori* it may, while it is still has jurisdiction of a cause, correct errors into which it has been led by fraud and collusion.”

²³ *Philadelphia-Girard National Bank (United States) v. Germany and Direktion der Disconto Gesellschaft, Impleaded*, Decisión de 21 de abril de 1930, *UNRIAA*, vol. VIII, 69-75, p. 70: “Before taking up the questions raised by this petition, the Commission desires to announce certain principles having general application to petitions and requests for rehearing as to the claims originally listed, by which the Commission will be guided in dealing with this and other similar applications. Where it appears that manifestly the Commission committed an error in its findings of fact on the evidence produced by the Agents at the time the claim was submitted for decision, or in applying the principles of law and the rules of the Commission as established and applied in its previous decisions, the Commission will take under consideration the question of reopening or changing the award. On the other hand, where a rehearing is demanded merely on the ground that by reason of newly submitted evidence the underlying facts were different from those appearing in the record as submitted at the time of the decision, the Commission will not grant a reopening or a reconsideration of the award.”

²⁴ En su Opinión consultiva sobre la *Cuestión de Jaworzina*, la CPJI declaró que no se podía modificar una decisión de la Conferencia de Embajadores por la que se delimitaba el territorio entre Polonia y Checoslovaquia en tres distritos, sin acuerdo expreso entre las partes: “La mission de la Conférence, ainsi que la Cour l’a déjà remarqué, n’était pas sans analogie avec celle qui incombe à un arbitre, appelé par la confiance de deux Etats à résoudre un conflit de frontières qui les divise. Or à moins d’un accord formel intervenu entre les parties, l’arbitre est sans qualité pour interpréter, et à plus forte raison pour modifier sa sentence en la révisant. La Décision du 28 juillet, acceptée par les Gouvernements polonais et tchécoslovaque ne mentionne aucun accord de cette nature.”; ver *Affaire de Jaworzina (Frontière Polono-Tchécoslovaque)*, avis consultatif du 6 décembre 1923, *CPJI, Série B, n° 8*, p. 38.

B) Práctica de ámbito sectorial en el CIADI

15. La capacidad para actuar en ausencia de una disposición expresa puede estar recogida propiamente en la normativa procesal, como muestra el art. 44 del Convenio CIADI,²⁵ que prevé que el tribunal puede resolver cualquier cuestión de procedimiento que surja durante el mismo, o el art. 17 del Reglamento de la CNUDMI,²⁶ que establece que el tribunal dirigirá el proceso de la manera más apropiada siempre que se den las mismas oportunidades a las partes para hacer valer sus derechos, poniendo de relieve, como se observa, otro principio general de carácter procesal esencial en todo proceso, que es la igualdad de las partes. Pero también se puede ejercer esta facultad aún sin estar codificada, pues son facultades necesarias para el ejercicio de la función jurisdiccional.²⁷

16. Asimismo, existen diferentes opiniones sobre la base jurídica que da cobertura a estos poderes inherentes.²⁸ En este trabajo se reflexiona sobre el poder inherente que han ejercido algunos órganos arbitrales constituidos en el seno del CIADI consistente en la posibilidad de “reconsiderar” las decisiones preliminares que emiten a lo largo del procedimiento hasta que se dicta el laudo, como un poder necesario para el cumplimiento de sus funciones como órgano jurisdiccional²⁹ y, en particular, para lograr una buena administración de justicia, entendiendo que el tribunal no sólo debe procurar resolver la controversia con eficacia y celeridad, sino también procurar que sea justa.³⁰

17. Huelga señalar el riesgo que supone reconocer una facultad como esta cuando no está prevista expresamente en la normativa procesal, pues reabrir cuestiones ya decididas, aunque sea en un momento anterior al laudo, repercute en el desarrollo del procedimiento y produce importantes consecuencias para las partes en la controversia, como es que una cuestión que han dado por resuelta vuelva a ser objeto de examen y pueda dar lugar a un cambio en la situación jurídica previamente establecida.

18. Además, los Estados partes del Convenio CIADI podrían llegar a dudar de la legitimidad de los órganos arbitrales cuando éstos realizan interpretaciones de las cláusulas del Convenio que suponen incluir una nueva vía de modificación de las decisiones, sobre las que ellos no tuvieron oportunidad de pronunciarse cuando manifestaron su consentimiento en obligarse por el Convenio.

²⁵ Art. 44 del Convenio CIADI, “Todo procedimiento de arbitraje deberá tramitarse según las disposiciones de esta Sección y, salvo acuerdo en contrario de las partes, de conformidad con las Reglas de Arbitraje vigentes en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento al arbitraje. Cualquier cuestión de procedimiento no prevista en esta Sección, en las Reglas de Arbitraje o en las demás reglas acordadas por las partes, será resuelta por el Tribunal.”

²⁶ Art. 17.1 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, aprobado en 2013, “Con sujeción a lo dispuesto en el presente Reglamento, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que en cada etapa del procedimiento se dé a cada una de las partes una oportunidad razonable de hacer valer sus derechos. En el ejercicio de su discrecionalidad, el tribunal arbitral dirigirá las actuaciones con miras a evitar demoras y gastos innecesarios y a llegar a una solución justa y eficaz del litigio entre las partes.”

²⁷ Ver la opinión disidente de G. Abi-Saab en *ConocoPhillips Petrozuata B.V. y otros c. Venezuela* (Caso CIADI Nº ARB/07/30), Decisión sobre Reconsideración de 10 de marzo de 2014, párr. 56.

²⁸ T. CANTELMO, *loc. cit.*, pp. 246-250; y CH. BROWN, *loc. cit.*, pp. 222-228.

²⁹ Sobre la necesidad de asegurar el cumplimiento de la función judicial como fuente normativa de los poderes inherentes: ver CH. BROWN, *loc. cit.*, pp. 228-229; y *RSM Production Corporation c. Granada* (Caso CIADI Nº ARB/05/14), Decisión de 7 de diciembre de 2009, párr. 20: “The Committee agrees with the Applicant that international courts and tribunals have certain inherent powers which permit them to exercise powers that may go beyond the express terms of their constitutive instruments. However, the Committee considers that international courts and tribunals can only exercise such powers where those powers are necessary to ensure the performance of functions that have been expressly conferred. Further, there are limitations on the exercise of inherent powers, including that such powers cannot be inconsistent with the terms of the relevant constitutive instrument of the international court or tribunal.”

³⁰ Según el Juez Cançado Trindade: “The sound administration of justice enables the international tribunal at issue to tackle questions of procedure even if these latter have “escaped” the regulations of its *interna corporis*. It is, in my perception, the idea of an objective justice that, ultimately, guides the sound administration of justice (*la bonne administration de la justice*), in the line of *jusnaturalist* thinking.”: ver la Opinión separada del Juez Cançado Trindade a la Providencia dictada por la CIJ el 17 de abril de 2013, párr. 15.

19. Por otro lado, se debe también tener en cuenta que el ejercicio de una facultad no conferida expresamente en la normativa procesal aplicable podría conducir a procedimientos de anulación contra los laudos emitidos, alegando una extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal (art. 52.1.b del Convenio CIADI).³¹ Los límites de estos poderes inherentes no están claramente definidos pues, como señalamos, se traducen en acciones muy diferentes atendiendo a las circunstancias en presencia. En cada caso, el tribunal arbitral o, en su caso, posteriormente el comité *ad hoc* de anulación han valorado si la medida adoptada encontraba cabida en el ámbito de aplicación del art. 44 del Convenio CIADI o del principio *Kompetenz-Kompetenz* recogido en el art. 41 del Convenio CIADI o si, por el contrario, era una medida *ultra vires* y, por tanto, no justificada, como explicaremos más adelante.

20. Los órganos arbitrales, en los casos que estudiamos en este trabajo, han intentado dar respuesta a las solicitudes de reconsideración partiendo de la interpretación del principio de cosa juzgada y de su posible aplicación a las decisiones preliminares en la jurisdicción del CIADI; de ahí que resulte esencial abordar el razonamiento de los tribunales en torno a la cosa juzgada. Además del anterior principio, se ven involucrados otros, como el principio de economía procesal o el principio de buena fe que debe regir la conducta de los litigantes a lo largo de todo el proceso.³²

2. La cosa juzgada como garantía del carácter definitivo y obligatorio de las decisiones arbitrales

A) El concepto de cosa juzgada

21. El principio procesal de cosa juzgada juega un papel esencial en el ordenamiento jurídico internacional. La práctica totalidad de normas estatutarias y reglamentarias que regulan el procedimiento ante los diferentes tribunales internacionales establecen el carácter final y obligatorio de sus sentencias y laudos, elementos fundamentales del principio de cosa juzgada.

22. La *res judicata* precluye la posibilidad de que una controversia dilucidada ante un órgano jurisdiccional vuelva a ser objeto de un proceso posterior entre las mismas partes y con el mismo objeto, pudiendo plantearse como una excepción preliminar.³³ En particular, se afirma que la cosa juzgada tiene dos vertientes, una positiva y otra negativa. Conforme a la vertiente positiva, este principio implica que las decisiones jurisdiccionales son obligatorias y deben cumplirse de buena fe; mientras que en su vertiente negativa supone que la controversia no puede ser objeto de un nuevo litigio.³⁴

³¹ *RSM Production Corporation c. Santa Lucía* (Caso CIADI N° ARB/12/10), Decisión sobre anulación de 29 de abril de 2019, párrs. 183-201; *Churchill Mining y Planet Mining Pty Ltd c. Indonesia*, (Casos CIADI N° ARB/12/14 y 12/40), Decisión sobre anulación de 18 de marzo de 2019, párrs. 237-239; y, en especial, sobre la facultad de reconsiderar una decisión preliminar, ver *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited c. Tanzania Electric Supply Company Limited* (Caso CIADI N° ARB/10/20), Decisión sobre anulación de 22 de agosto de 2018, párrs. 316-330.

³² Como afirma Tanzi: "(...). Good faith affects legal obligations at each stage, from negotiation to enforcement. In arbitration, it informs the rules of procedure and the powers of the tribunal, which include the determination of its own competence; it also supplements the applicable law and influences its interpretation and application by the tribunal." A. TANZI, "The Relevance of the Foreign Investor's Good Faith", en A. GATTINI, A. TANZI y F. FONTANELLI (eds.), *General Principles of Law in International Investment Arbitration*, Leiden, Brill-Nijhoff, 2018, 189-220, p. 194.

³³ Es ya una doctrina asentada que, para poder estimar que un fallo se encuentra protegido por el efecto de la cosa juzgada, deben concurrir tres elementos en los procesos implicados: *persona*, *petitum* y *causa petendi*. En su conocida opinión disidente en el caso de la *Demanda de interpretación de las Sentencias núm. 7 y núm. 8 relativas al Caso de la Fábrica de Chorzów*, sustanciado ante la CPIJ, el Juez D. Anzilotti expuso la triple identidad (tres elementos tradicionales de identificación) que debía darse para poder comprobar si una decisión gozaba del efecto de cosa juzgada: *persona*, *petitum* y *causa petendi*: ver *Interprétation des arrêts Nos. 7 et 8 (Usine de Chorzów, arrêt du 16 décembre 1927, C.P.J.I., Série A, n° 13)*, p. 23, párr. I. Posteriormente, la CIJ ha establecido que no es suficiente comprobar que se da identidad de estos tres elementos, sino que también importa determinar si la cuestión objeto del nuevo proceso ha sido decidida con carácter definitivo por la Corte en el proceso anterior al que se hace referencia: ver *Question de la délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie au-delà de 200 milles marins de la côte nicaraguayenne (Nicaragua c. Colombie)*, *exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2016*, p. 126, párrs. 55 y 59.

³⁴ W.S. DODGE, "Res judicata", en R. WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, (OUP last updated January 2006), párr. 1.

23. Este principio es esencial para garantizar el funcionamiento eficaz de la justicia internacional. Por un lado, para las partes en litigio el efecto de cosa juzgada proporciona estabilidad y previsibilidad respecto a los derechos y obligaciones que el juez ha determinado en su fallo, evitando que la situación jurídica declarada por el fallo no se vea alterada en un futuro. Por otro, como ya afirmara Ch. De Visscher, la autoridad de la cosa juzgada reside en una necesidad social, manifestada en la máxima latina *interest reipublicae ut sit finis litium*.³⁵

24. En efecto, el principio de cosa juzgada, también presente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales, tiene, si cabe, mayor importancia para el mantenimiento del orden y la seguridad en la sociedad internacional. Desde los primeros procesos arbitrales internacionales, el objetivo primordial del sometimiento de las controversias entre Estados a un medio de arreglo jurisdiccional ha sido poner fin a las mismas de manera definitiva evitando que se perpetuaran en el tiempo, lo que, sin duda, supone un riesgo para la paz y seguridad internacionales.³⁶ Ello se observa en las cláusulas sobre arreglo de las controversias contenidas en tratados internacionales sobre amistad, comercio y navegación del siglo XIX que establecían el carácter final y concluyente de las disputas, así como en la ausencia de recursos contra las decisiones de los órganos a los que se sometía la disputa, en aquel momento, las llamadas comisiones mixtas.³⁷

25. En la jurisdicción de la CIJ, el principio de cosa juzgada se desprende del efecto combinado que producen los arts. 59, 60 y 61 del Estatuto de la CIJ.³⁸ El art. 59 dispone, en forma negativa, que los fallos de la Corte son obligatorios para las partes en litigio y respecto a la controversia concreta, por lo que puede decirse que allí se reconoce un efecto de cosa juzgada relativa. El art. 60 impone la finalidad del fallo y la imposibilidad de apelación, de lo que se desprende que la regla general es su firmeza e invariabilidad. Por último, el art. 61 prevé la posibilidad de la revisión del fallo, aunque sometida a unas condiciones tasadas, lo que refuerza el carácter obligatorio y definitivo previsto en las disposiciones anteriores y plantea la revisión como una excepción a la regla general. Asimismo, dado que la CIJ es el órgano judicial principal de la Organización de las Naciones Unidas, es necesario mencionar que el art. 94.1 de la Carta de la ONU establece la obligación de cumplir con los fallos de la CIJ a sus Estados miembros, cuando estos últimos sean partes en un litigio sustanciado ante este órgano judicial.

³⁵ CH. DE VISSCHER, “La chose jugée devant la Cour Internationale de La Haye”, *Revue belge de droit international*, vol. I, 1965, 5-14, p. 5: “Le fondement de l’autorité de la chose jugée réside dans sa nécessité sociale. Il est de l’intérêt général que les litiges ne recommencent pas indéfiniment relativement au même objet: *ut sit finis litium*. La présomption légale de vérité qui s’y attache est, s’il se peut, plus impérative encore dans les rapports entre Etats que dans l’ordre interne.”

³⁶ La CIJ ha definido los dos propósitos de la *res judicata* de la siguiente manera: “Two purposes, one general, the other specific, underlie the principle of *res judicata*, internationally as nationally. First, the stability of legal relations requires that litigation come to an end. The Court’s function, according to Article 38 of its Statute, is to “decide”, that is, to bring to an end, “such disputes as are submitted to it”. Secondly, it is in the interest of each party that an issue which has already been adjudicated in favour of that party be not argued again. Article 60 of the Statute articulates this finality of judgments. Depriving a litigant of the benefit of a judgment it has already obtained must in general be seen as a breach of the principles governing the legal settlement of disputes.”: ver *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, párr. 116.

³⁷ Véase el art. V del Tratado de amistad, comercio y navegación, de 19 de noviembre de 1794 (“Tratado Jay”), celebrado entre los Estados Unidos de América y Gran Bretaña, “And both parties agree to consider such decision as final and conclusive, so as to the same shall never thereafter be called into question, or made the subject of dispute or difference between them.” También se repite esta cláusula en los arts. VI y VII: ver el texto completo del tratado en J.B. DAVIS, *Treaties and Conventions concluded between the United States of America and other Powers, since July 4 1776*, Washington D.C., Government Printing Office, 1889, pp. 379-395.

³⁸ CH. BROWN, “Article 59”, en A. ZIMMERMAN et al. (eds.). *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, 3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2019 (e-book), párrs. 32-33; S. ROSENNE, *Interpretation, Revision and Other Recourse from International Judgments and Awards*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2007, pp. 43-44; R. GEISS, “Revision Proceedings Before the International Court of Justice”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 63, 2003, 167-194, p. 172; y M.N. SHAW, “Statute, Article 60: the *Res Judicata*”, en *Rosenne’s Law and Practice of the International Court: 1920-2015*, Brill, (e-book), vol. 3, capítulo 27, párr. 391.

B) La naturaleza jurídica de la cosa juzgada

26. En cuanto a la naturaleza de esta regla procesal, la cosa juzgada constituye un principio general del derecho,³⁹ como viene declarando la CIJ en su práctica contenciosa y consultiva.⁴⁰ Recientemente, la CIJ se pronunció sobre la excepción preliminar de cosa juzgada planteada en el caso relativo a la *Cuestión de la delimitación de la plataforma continental entre Nicaragua y Colombia más allá de las 200 millas marinas contadas desde la costa de Nicaragua (Nicaragua c. Colombia)*. Colombia alegó esta excepción, ya que sostenía que las cuestiones sometidas a la decisión de la CIJ por parte de Nicaragua ya habían sido decididas en un fallo de la Corte en 2012.⁴¹ Sobre la cosa juzgada, la Corte afirmó:

“La Cour rappelle que le principe de l’autorité de la chose jugée, tel que réflété aux articles 59 et 60 de son Statut, est un principe général de droit qui protège en même temps la fonction judiciaire d’une cour ou d’un tribunal et les parties à une affaire qui a donné lieu à un jugement définitif et sans recours. (...)”⁴²

27. Para poder determinar si la reclamación de Nicaragua en el presente proceso ya había sido decidida por medio de un fallo anterior, la Corte no sólo abordó la necesidad de comprobar la identidad de los tres elementos tradicionales *-persona, petitum y causa petendi-* sino que tuvo que analizar el contenido de su decisión para constatar si la pretensión de Nicaragua había sido ya decidida con carácter definitivo en el fallo de 2012, pues los Estados en litigio presentaron opiniones divergentes sobre el alcance de uno de los pronunciamientos contenidos en la parte dispositiva del fallo, lo que llevó a la Corte a tener que aclarar el sentido del fallo. La Corte concluyó que su pretensión no había sido resuelta en el fallo anterior y, por tanto, desestimó la excepción planteada por Colombia. Sin embargo, interesa señalar que fue una decisión controvertida, pues este pronunciamiento se adoptó por empate de votos entre los miembros de la Corte y fue necesario el voto de calidad del Presidente, R. Abraham.⁴³ Algunos de los Jueces disidentes expresaron la importancia de preservar la cosa juzgada de los fallos poniendo fin a las disputas entre Estados, pues lo contrario supondría un perjuicio para la estabilidad, certeza y finalidad de las decisiones judiciales.⁴⁴ Asimismo, se refirieron a la cosa juzgada como un principio reconocido en todo sistema jurídico, si bien con diferentes nombres o formas.⁴⁵ Por tanto, la cosa juzgada puede considerarse un principio general del derecho, ampliamente reconocido por los Estados y aplicado por los tribunales internacionales.⁴⁶

³⁹ En el arbitraje interestatal también se ha aludido a la cosa juzgada como principio generalmente aceptado y aplicable en la jurisdicción internacional: ver *The Pious Fund of the Californias* (Estados Unidos de América c. Estados Unidos de México) (Caso CPA N° 1902-01), Sentencia de 14 de octubre de 1902, p. 2. Disponible en la página web de la CPA, <https://pca-cpa.org/en/home/>

⁴⁰ *Effect of awards of compensation made by the U.N. Administrative Tribunal, Advisory Opinion of July 13th, 1954: I.C.J. Reports 1954*, p. 53: “According to a well-established and generally recognized principle of law, a judgment rendered by such a judicial body is *res judicata* and has binding force between the parties to the dispute. (...)”; en el caso *Demande en interprétation de l’arrêt du 11 juin 1998 en l’affaire de la Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria), exceptions préliminaires (Nigéria c. Cameroun)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1999, p. 36, párr. 12, la Corte también se refirió a la cosa juzgada como un “principio”: “Le libellé et la structure de l’article 60 traduisent la primauté du principe de l’autorité de la chose jugée. Ce principe doit être préservé.”

⁴¹ *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 624.

⁴² *Question de la délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie au-delà de 200 milles marins de la côte nicaraguayenne (Nicaragua c. Colombie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2016*, p. 26, párr. 58.

⁴³ Este pronunciamiento se aprobó por ocho votos contra ocho, por el voto de calidad del Presidente. Los Jueces disidentes Yusuf (Vicepresidente), Cançado Trindade, Xue, Donoghue, Gaja, Bhandari, Robinson y el Juez *ad hoc* Brower emitieron una opinión disidente conjunta.

⁴⁴ Opinión disidente conjunta del Vicepresidente Yusuf, de los Jueces Cançado Trindade, Xue, Gaja, Bhandari, Robinson y del Juez *ad hoc* Brower, p. 162, párr. 67.

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 142-143, párr. 4.

⁴⁶ J. CRAWFORD, *Brownlie’s principles of public international law*, Oxford, Oxford University Press, 2019 (e-book), Parte I, capítulo 2, afirma: “(...) But the most frequent and successful use of domestic law analogies has been in the field of evidence, procedure, and jurisdiction. Thus, there have been references to the rule that no one can be judge in his own suit, to *lis pendence*, to *res judicata*, to various ‘principles governing the judicial process’, and to ‘the principle universally accepted by international tribunals ... to the effect that the parties to a case must abstain from any measure capable of exercising a prejudicial

28. Actualmente, el tema de los principios generales del derecho en el sentido del art. 38.1 c) del Estatuto de la CIJ forma parte del programa de trabajo de Comisión de Derecho Internacional. Entre los principios generales aludidos en el primer informe elaborado por el Relator Especial, M. Vázquez-Bermúdez, se encuentra el principio de cosa juzgada, citado en relación con ejemplos de la práctica judicial y arbitral internacionales.⁴⁷ Conviene señalar que se trata de un primer informe que sienta las bases sobre el objeto de estudio, por lo que cuestiones esenciales sobre este tema se abordarán en futuros informes, como las funciones de los principios generales y su relación con otras fuentes del derecho internacional o su concreta determinación y el requisito de su reconocimiento, necesario para poder constatar su existencia como tales. No obstante, parece que la cosa juzgada no suscita dudas sobre su consideración como principio general del derecho, pues cuenta con el reconocimiento general de los Estados y es aplicable en la justicia internacional.⁴⁸

C) La cosa juzgada como principio general en la normativa del CIADI

29. Este principio general ha sido reconocido y aceptado también en el sector particular del DI de las inversiones.⁴⁹ En la normativa del CIADI, este principio se desprende del art. 53 del Convenio CIADI que declara la obligatoriedad del laudo para las partes en la controversia y la imposibilidad de apelación.⁵⁰ Por tanto, el laudo arbitral, igual que los fallos de la CIJ, posee efecto de cosa juzgada, con las consecuencias jurídicas que ello implica respecto a futuros procesos, como ya indicamos, cuando se da la identidad de *persona*, *petitum* y *causa petendi*.⁵¹

30. Asimismo, es importante recordar la ausencia de una doctrina del precedente vinculante (*stare decisis*) tanto en la jurisdicción de la CIJ como del CIADI.⁵² El CIADI, donde existe una mayor variabilidad en la composición del tribunal debido a la naturaleza *ad hoc* de los órganos arbitrales, es un sistema más susceptible a cambios de sentido en las decisiones. Como señala C.J. Tams: “The risk of in-

effect in regard to the execution of the decision to be given”; W.S. DODGE, *loc. cit.*, párr. 3: “*Res iudicata* is widely accepted and applied by international courts and tribunals.”; V. LOWE, “Res judicata and the rule of law in international arbitration”, *African Journal of International Law and Comparative Law*, vol. 8, 1996, 38-50, p. 39: “*Res judicata* is also a general principle of international law (...)”. También se incluye la *res judicata* como un principio existente y aplicado en la jurisdicción internacional, así como en los ordenamientos internos: ver G. GAJA, “General Principles of Law”, en R. WOLFRUM, (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, (OUP last updated May 2013), párrs. 11 y 26; y R. KOLB, *loc. cit.*, párr. 8.

⁴⁷ Primer informe sobre los principios generales del derecho, A/CN.4/732, de 5 de abril de 2019, p. 39 y, en particular, las notas al pie 216 y 219 y p. 42. Interesa destacar un apunte del Relator Especial respecto al principio de cosa juzgada: “Puede darse el caso de que una norma de derecho internacional convencional o consuetudinario trate la misma cuestión que un principio general del derecho. Un ejemplo de ello es el principio de la cosa juzgada aplicado por la Corte Internacional de Justicia, que, aunque a menudo se invoca como principio general del derecho, también está conectado con los Artículos 59, 60 y 61 del Estatuto de la Corte. En tales casos, puede ser necesario detenerse y preguntarse si la Corte está aplicando un principio general del derecho o una norma de un tratado, o ambas cosas al mismo tiempo.”: ver p. 10, nota al pie 26.

⁴⁸ Estos dos factores que se enuncian en el primer informe del Relator Especial serán estudiados y aclarados en futuros informes: ver Primer informe sobre los principios generales del derecho, A/CN.4/732, de 5 de abril de 2019, párrs. 169-170.

⁴⁹ P. JANIG y A. REINISCH, “General Principles and the Coherence of International Investment Law: of *Res Judicata*, *Lis Pendens* and the Value of Precedents”, en M. ANDENAS *et al.* (eds.), *General Principles and the Coherence of International Investment Law*, Leiden, Brill-Nijhoff, 2019, (e-book), 247-296, pp. 256-257.

⁵⁰ Art. 53 del Convenio CIADI: “El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio.”

⁵¹ P. JANIG y A. REINISCH, *loc. cit.*, pp. 259-263.

⁵² CH.H. SCHREUER *et al.*, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 1102, párr. 17: “The lack of a system of *stare decisis* implies a certain risk of inconsistent awards”. Sobre el papel del precedente en el arbitraje de inversiones: ver P. JANIG y A. REINISCH, *loc. cit.*, pp. 270-275; A. RIGO SUREDA, *Investment Treaty Arbitration. Judging Under Uncertainty*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 109-131; CH.H. SCHREUER y M. WEINIGER, “Conversations Across Cases - Is there a Doctrine of Precedent in Investment Arbitration?”, *Transnational Dispute Management*, nº 3, 2008, 18 pp., pp. 1-18; y A. PASTOR PALOMAR, “Relativismo y consistencia en la jurisprudencia reciente del CIADI, con especial referencia a los casos contra Argentina”, en C.R. FERNÁNDEZ LIESA (dir.), *Tribunales internacionales y espacio iberoamericano*, Pamplona, Aranzadi, 2009, 245-262, pp. 246-247.

consistent decisions therefore is inherent in the system; it is part and parcel of a process of decentralised, non-hierarchical, and *ad hoc* dispute resolution, such as that of investment arbitration.”⁵³

31. No obstante, aunque los órganos arbitrales han señalado que, efectivamente, no están obligados en su función a seguir las decisiones anteriores de otros tribunales, también han resaltado la importancia de tomar como referencia los laudos y decisiones previas para garantizar el “desarrollo armonioso” del DI de las inversiones.⁵⁴ Sin duda, esta práctica arbitral en materia de inversiones favorece la coherencia de este sector normativo, pero trasciende más allá de este sector cuando, además de tomar como referencia las decisiones y laudos en materia de inversiones, los órganos arbitrales se inspiran en las sentencias de otros órganos jurisdiccionales internacionales como la CIJ.

32. En suma, la diferente naturaleza y características del arbitraje respecto a la jurisdicción permanente conlleva que los órganos arbitrales puedan interpretar una norma o principio de manera diferente, tanto entre ellos, es decir, desde una perspectiva intrasistémica, como en relación con otro órgano jurisdiccional, como la CIJ, lo que podría denominarse una perspectiva intersistémica. En ocasiones, esta diferencia en la interpretación de la norma puede deberse, no a la aplicación de criterios interpretativos distintos, sino, precisamente, a las particularidades que presenta una jurisdicción especializada, como es el arbitraje CIADI.

III. Las particularidades procesales en la normativa del CIADI

1. La diferenciación entre “decisión” y “laudo”: una manifestación del carácter particular de la normativa del CIADI

33. En el marco jurídico del CIADI se distingue entre “decisión” y “laudo”. Conforme a la normativa del CIADI, las excepciones preliminares⁵⁵ se resuelven mediante laudo cuando el tribunal concluye que el Centro no tiene jurisdicción y el tribunal no es competente para conocer de la controversia (Regla 41.6 de las Reglas de Arbitraje del CIADI)⁵⁶ o cuando decide resolverlas junto con el fondo del asunto (art. 41.2 del Convenio CIADI),⁵⁷ ya que las cuestiones de fondo controvertidas se deciden por

⁵³ C.J. TAMS, “An appealing option? The debate about an ICSID appellate structure”, *Transnational Dispute Management*, n° 5, 2007, 60 pp., p. 23.

⁵⁴ Ver *inter alia* *EDF International S.A., SAUR International S.A. y León Participaciones Argentinas S.A. c. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/03/23), Decisión sobre anulación de 5 de febrero de 2016, párr. 295; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/03/19), Decisión sobre anulación de 5 de mayo de 2017, párr. 76; y *Burlington Resources, Inc. c. Ecuador* (Caso CIADI N° ARB/08/5), Decisión sobre reconsideración y Laudo de 7 de febrero de 2017, párr. 46. Conviene señalar que, en este último caso, la árbitra B. Stern disienta de la opinión de la mayoría sobre este aspecto: “Tal como se expresara en las Decisiones sobre Jurisdicción y Responsabilidad, el Tribunal considera que no está obligado a seguir las decisiones anteriores de tribunales internacionales. Sin embargo, la mayoría considera que, siempre con sujeción a las particularidades de un tratado determinado y a las circunstancias del caso, tiene el deber de adoptar soluciones establecidas en una serie de casos similares consistentes, si existieran, a menos que existan motivos convincentes en contrario. La árbitra B. Stern no percibe el rol de los árbitros de la misma manera, ya que considera que es su deber decidir cada caso exclusivamente de acuerdo a sus propios méritos, tal como se argumentara ante ella, con independencia de cualquier tendencia jurisprudencial aparente.” (párr. 46).

⁵⁵ CH.H. SCHREUER *et al.*, *op. cit.*, p. 535, párr. 69: “The Tribunal has essentially three possibilities to deal with jurisdictional questions: first, it may decide the question by way of a separate preliminary decision; second, it may decide the question as part of the award on the merits; and third, it may make a finding that it does not have jurisdiction, a decision that is final by definition and hence an award.”

⁵⁶ Art. 41.6 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, “Si el Tribunal decidiere que la diferencia no cae dentro de la jurisdicción del Centro, o que no es de su competencia, o que todas las reclamaciones carecen manifiestamente de mérito jurídico, dictará laudo a tal efecto.”

⁵⁷ Art. 41.2 del Convenio CIADI, “Toda alegación de una parte que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones el Tribunal no es competente para oírla, se considerará por el tribunal, el que determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión.” El comentario que acompaña a este artículo dice: “(...) If jurisdictional questions are joined to the merits (...), they will be decided as part of the final award.” CH.H. SCHREUER *et al.*, *op. cit.*, p. 536, párr. 72.

medio de laudo (art. 48.3 del Convenio CIADI).⁵⁸ No obstante, un órgano arbitral también puede decidir sobre competencia y jurisdicción mediante una decisión con carácter previo al laudo en la que ratifique la jurisdicción del Centro y la competencia del tribunal, incorporándose posteriormente al laudo definitivo conforme establece el art. 48.3 del Convenio CIADI.⁵⁹

34. La diferenciación entre “laudo” y “decisión” fue aclarada por el tribunal arbitral en *Burlington Resources c. Ecuador*, con ocasión de la solicitud de reconsideración de la Decisión sobre responsabilidad dictada con anterioridad por este mismo tribunal, planteada por Ecuador:

“(…) El término “laudo” se reserva para la decisión que pone fin al arbitraje, lo que, en virtud de otros regímenes, se denomina laudo definitivo. Entonces, a modo de ejemplo, una decisión que rechaza la jurisdicción respecto de la controversia en su totalidad (Regla 41(6) de las Reglas de Arbitraje) o una decisión sobre el fondo que resuelve todas las reclamaciones o todas las reclamaciones pendientes ante el Tribunal constituye un “laudo” (Artículo 48(3) del Convenio CIADI). Por otro lado, una decisión preliminar que confirma la jurisdicción o resuelve otras cuestiones que surgen “de camino” al laudo definitivo, p. ej., en materia de derecho aplicable o responsabilidad, o parte de las reclamaciones, constituye una “decisión” (anterior al laudo) a efectos del CIADI. Bajo otros regímenes, estas decisiones serían designadas por términos tales como laudos provisionales, preliminares, interlocutorios o parciales.”⁶⁰

35. Esta diferencia no se da en la jurisdicción de la CIJ, ya que la Corte decide sobre las excepciones preliminares, sobre el fondo, así como sobre los procedimientos de interpretación o revisión por medio siempre de un fallo,⁶¹ que adquiere fuerza de cosa juzgada en virtud de los arts. 59 y 60 del Estatuto de la CIJ, los cuales no diferencian entre decisiones sobre excepciones preliminares y decisiones sobre el fondo.⁶² En la jurisdicción del CIADI es oportuno apuntar que, aunque en los procedimientos de acla-

⁵⁸ Art. 48.3 del Convenio CIADI, “El laudo contendrá declaración sobre todas las pretensiones sometidas por las partes al tribunal y será motivado.”

⁵⁹ Ver, *inter alia*, *Burlington Resources, Inc. c. Ecuador* (Caso CIADI N° ARB/08/5), Decisión sobre Reconsideración y Laudo de 7 de febrero de 2017, párr. 86; y *Electrabel S.A. c. Hungría* (Caso CIADI N° ARB/07/19), Laudo de 25 de noviembre de 2015, párr. 4. También, CH.H. SCHREUER *et al.*, *op. cit.*, pp. 537-538, párrs. 77-78.

⁶⁰ *Burlington Resources, Inc. c. Ecuador* (Caso CIADI N° ARB/08/5), Decisión sobre Reconsideración y Laudo de 7 de febrero de 2017, párr. 82.

⁶¹ El art. 79.9 del Reglamento de la CIJ, sobre excepciones preliminares, establece que estas se decidirán por medio de fallo. Ahora bien, como se sabe, la Corte también puede dictar providencias cuyo objetivo es el buen desarrollo del proceso conforme al art. 48 de su Estatuto, por ejemplo, para indicar medidas provisionales, para tomar nota del desistimiento de las partes en el procedimiento y ordenar la cancelación del asunto del registro general o para establecer los plazos para la presentación de la memoria y la contramemoria. De la misma forma, en la jurisdicción del CIADI los tribunales arbitrales también dictan toda una serie de decisiones a lo largo del procedimiento que son necesarias para el buen desarrollo del mismo, como son las resoluciones procesales (art. 44 del Convenio CIADI y Regla 19 de las Reglas de Arbitraje del CIADI) o las decisiones sobre medidas provisionales (art. 47 del Convenio CIADI y Regla 39 de las Reglas de Arbitraje del CIADI).

⁶² J.J. QUINTANA, *Litigation at the International Court of Justice. Practice and Procedure*, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2015, p. 523: “It may be noted that under Articles 59 y 60 of the Statute both decisions have the full force of *res judicata*, a point made by the Court in the Nicaragua case”: ver *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, párr. 117: “It has however been suggested by the Respondent that a distinction may be drawn between the application of the principle of *res judicata* to judgments given on the merits of a case, and judgments determining the Court’s jurisdiction, in response to preliminary objections; specifically, the Respondent contends that “decisions on preliminary objections do not and cannot have the same consequences as decisions on the merits”. The Court will however observe that the decision on questions of jurisdiction, pursuant to Article 36, paragraph 6, of the Statute, is given by a judgment, and Article 60 of the Statute provides that “[t]he judgment is final and without appeal”, without distinguishing between judgments on jurisdiction and admissibility, and judgments on the merits. In its Judgment of 25 March 1999 on the request for interpretation of the Judgment of 11 June 1998 in the case of the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, the Court expressly recognized that the 1998 Judgment, given on a number of preliminary objections to jurisdiction and admissibility, constituted *res judicata*, so that the Court could not consider a submission inconsistent with that judgment (Judgment, I.C.J. Reports 1999 (I), p. 39, para. 16). Similarly, in its Judgment of 3 February 2003 in the Application for Revision case, the Court, when it began by examining whether the conditions for the opening of the revision procedure, laid down by Article 61 of the Statute, were satisfied, undoubtedly recognized that an application could be made for revision of a judgment on preliminary objections; this could in turn only derive from a recognition that such a judgment is “final and without appeal”. Furthermore, the contention put forward by the Respondent would signify that

ración, revisión y anulación se emplea el término “decisión”, estas decisiones se deben equiparar a los laudos a efectos de su reconocimiento y ejecución, tal como establece el art. 53.2 del Convenio CIADI.⁶³

36. El árbitro G. Abi-Saab, que ha actuado como juez *ad hoc* en diversos casos ante la CIJ,⁶⁴ señaló esta particularidad del sistema CIADI en una opinión disidente en *ConocoPhillips y otros c. Venezuela*. Afirmó, en efecto, que las normas procesales de otros tribunales internacionales (entre ellos citaba la CIJ, la Corte Penal Internacional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y otros sistemas arbitrales) establecían que las decisiones interlocutorias, particularmente sobre excepciones preliminares, e incluso decisiones parciales sobre cuestiones de fondo, se emitían en forma de sentencia o laudo y, por lo tanto, eran susceptibles de ser atacadas por cualquiera de los recursos que cada sistema previera para subsanar o modificar sentencias o laudos defectuosos, pero que esto no ocurría en el CIADI.⁶⁵ El efecto de cosa juzgada de este tipo de decisiones podía ser válido bajo el régimen del DI general, pero la normativa procesal del CIADI se consideraba *lex specialis*, que establecía que la cosa juzgada solo la podía producir el laudo que debe contener todas las decisiones anteriores, conforme al art. 48.3 del Convenio CIADI, considerándolo como un “*package deal*”.⁶⁶

37. Asimismo, cuando en 2004 se propuso crear un mecanismo de apelación en el CIADI, se señaló que los tribunales constituidos conforme a la normativa del CIADI solo emitirían una decisión definitiva, que era el laudo que resuelve la controversia. Las decisiones anteriores formaban parte del laudo y a partir de ese momento cabía solicitar su anulación o presentar cualquier otro recurso contra el laudo previsto en la normativa. Además, se señaló la diferencia con otras normas de procedimiento, como las Reglas de la CNUDMI. En los arbitrajes desarrollados conforme a estas últimas se dictan decisiones preliminares en forma de laudo parcial contra las que cabe impugnación inmediata e incluso se sugirió que, para evitar discrepancias entre los “casos CIADI” y los “casos ajenos al CIADI”, las reglas de procedimiento del órgano de apelación deberían establecer si era posible o no impugnar las decisiones preliminares o los laudos parciales,⁶⁷ lo que sin duda pondría fin a la problemática que aquí se estudia.

38. No obstante, el efecto de cosa juzgada de las decisiones preliminares en procedimientos bifurcados o trifurcados⁶⁸ no ha sido una cuestión pacífica en la práctica arbitral, lo que nos sitúa en una

the principle of *res judicata* would not prevent a judgment dismissing a preliminary objection from remaining open to further challenge indefinitely, while a judgment upholding such an objection, and putting an end to the case, would in the nature of things be final and determinative as regards that specific case.”

⁶³ Art. 53.2 del Convenio CIADI, “A los fines previstos en esta Sección, el término “laudo” incluirá cualquier decisión que aclare, revise o anule el laudo, según los Artículos 50, 51 o 52”.

⁶⁴ *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 554; y, *Différend territorial (Jamañirya Arabe Libyenne/Tchad)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1994, p. 6.

⁶⁵ Ver la opinión disidente de G. Abi-Saab en *ConocoPhillips Petrozuata B.V. y otros c. Venezuela* (Caso CIADI N° ARB/07/30), Decisión sobre Reconsideración de 10 de marzo de 2014, párrs. 42 y 46.

⁶⁶ *Ibid.*, párrs. 43-44: “It appears that the rationale or philosophy underlying this peculiarity of the ICSID procedural system is to have all the controverted issues of a case resolved in a kind of a package deal; probably to ensure that while deciding in law, a tribunal will have at the back of its mind the total balance of equities. Finality thus comes with the closure of this all inclusive package in the form of an instrument it calls “award”; and attaches to the whole as well as to its constitutive parts simultaneously; but only from that moment on. Until that moment, according to the inner logic of this chosen system or *lex specialis*, all the components of the package, whether decided upon or not, remain on the table (or the Bench), amenable to rectification and adjustment by the Tribunal, in order to fit better in, and to perfect as much as possible the final product, which is the package as a whole.”

⁶⁷ “An ICSID arbitral tribunal renders just one award, the final award disposing of the case. Earlier decisions of the tribunal will be deemed part of the award and subject at that stage to annulment and other post-award remedies. In some other systems of arbitration, including arbitration under the UNCITRAL Rules, interim decisions of the tribunal may be made in the form of awards and possibly challenged immediately. To avoid discrepancies of coverage between ICSID and non-ICSID cases, the Appeals Facility Rules might either provide that challenges could in no case be made before the rendition of the final award or allow challenges in all cases in respect of interim awards and decisions. (...)”: ver ICSID Secretariat, *Discussion Paper, Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, de 22 de octubre de 2004, Annex, párr. 8. Sobre la distinción entre decisiones y laudos: ver C. TITI, *loc. cit.*, pp. 363-364 y 379.

⁶⁸ En los casos estudiados los procedimientos se han sustanciado en dos o incluso tres fases (“trifurcación”); una primera fase en la que se ha decidido sobre la jurisdicción y responsabilidad y/o derecho aplicable y, una segunda fase, sobre la cuan-

situación de posible riesgo de fragmentación o inconsistencias en el DI de las inversiones, en la medida en que la discrepancia entre tribunales respecto a la interpretación o aplicación de una norma en casos en que se presentan situaciones fácticas o jurídicas análogas puede generar incertidumbre y falta de previsibilidad y, en definitiva, una pérdida de confianza de los sujetos en el sistema de arreglo de controversias.

39. Esta divergencia de opiniones se ha generado en procesos arbitrales en los que una de las partes ha solicitado al órgano arbitral que ejerciera una potestad de reconsideración de estas decisiones previas al laudo; decisiones que se pronunciaban sobre cuestiones de jurisdicción, pero también sobre responsabilidad. Por lo tanto, el debate sobre el efecto de cosa juzgada de las decisiones preliminares se encuentra ligado a una posible facultad de reconsideración de estas decisiones, pues la conclusión alcanzada por estos órganos arbitrales sobre la reapertura de una cuestión ya decidida en el marco del procedimiento ha dependido, en gran medida, de su interpretación del principio de cosa juzgada en relación con otras disposiciones del Convenio CIADI y de sus Reglas de Arbitraje. En las siguientes líneas se exponen y sistematizan los argumentos que han conducido a algunos tribunales arbitrales a mantener posiciones divergentes sobre esta cuestión.

2. Las distintas aproximaciones al principio de cosa juzgada en la práctica arbitral

A) Una interpretación extensiva y generalista

40. En primer lugar, abordamos dos casos en los que se ha considerado que las decisiones preliminares poseen efecto de cosa juzgada *antes* de incorporarse al laudo.⁶⁹ Por este motivo, consideramos que estos órganos arbitrales han realizado una interpretación extensiva del principio de cosa juzgada que no sólo afectaría al laudo que pone fin al procedimiento, sino también a las decisiones previas al laudo; y generalista, ya que esta aplicación del principio a las cuestiones decididas con carácter previo al laudo en procedimientos bifurcados, no responde a la particular distinción entre “decisión” y “laudo” en la normativa del CIADI, sino que parece inspirarse en la estructura del Estatuto de la CIJ, en que tanto las cuestiones de jurisdicción como de fondo se resuelven de manera definitiva por medio de fallo y, por ende, con efecto de cosa juzgada.

41. En uno de estos arbitrajes, *ConocoPhillips c. Venezuela*, se dictaron tres decisiones sobre reconsideración.⁷⁰ En su primera Decisión sobre reconsideración, de 10 de marzo de 2014, el órgano arbitral dejó claro que el objetivo de su decisión sobre la solicitud de Venezuela era responder a la cuestión de si el tribunal tenía la facultad que pretendía la demandada, pero no entrar a examinar los argumentos alegados por ella ni la prueba en que se apoyaba; por lo tanto, el órgano arbitral se limitó a resolver so-

tificación de daños (*quantum*) junto con el laudo que incorpora todas las decisiones anteriores; cuando se ha trifurcado, se han separado las fases de jurisdicción, responsabilidad y, finalmente, cuantificación de daños.

⁶⁹ *Perenco Ecuador Ltd. c. Ecuador y Petroecuador* (Caso CIADI N° ARB/08/6), Decisión sobre Reconsideración de 10 de abril de 2015; y *ConocoPhillips Petrozuata B.V. y otros c. Venezuela* (Caso CIADI N° ARB/07/30). En este último arbitraje se dictaron tres decisiones sobre reconsideración: la Decisión sobre Reconsideración de 10 de marzo de 2014, la Decisión sobre Reconsideración 9 de febrero de 2016 y la Decisión preliminar (“*Interim Decision*”) de 17 de enero de 2017.

⁷⁰ La primera decisión, de 10 de marzo de 2014, resolvió sobre la reconsideración solicitada por Venezuela sobre determinadas cuestiones resueltas por medio de la Decisión sobre Jurisdicción y Fondo de 3 de septiembre de 2013, por la que el tribunal se declaró competente en virtud del art. 9 del APPRI celebrado entre Países Bajos y Venezuela (firmado el 22 de octubre de 1991) para conocer de determinadas reclamaciones de las empresas demandantes y, sobre las cuestiones de fondo, declaró que Venezuela había incumplido su obligación de negociar de buena fe a fin de determinar la compensación debida por la expropiación que había realizado de los activos de *ConocoPhillips* en tres proyectos, en función del valor de mercado, lo que suponía una violación de la obligación contenida en el art. 6.c) del citado APPRI (Decisión sobre Jurisdicción y Fondo de 3 de septiembre de 2013, párr. 404). La segunda decisión, de 9 de febrero de 2016, resolvió sobre la solicitud de reconsideración de la propia Decisión de 10 de marzo de 2014, que volvió a plantear Venezuela, habiendo sido rechazada la primera solicitud. La tercera Decisión sobre reconsideración se emitió el 17 de enero de 2017, bajo el nombre de “*interim decision*”, que de nuevo planteó Venezuela sobre la Decisión de reconsideración de 2016 que fue también rechazada. Los motivos alegados por Venezuela en las tres peticiones fueron idénticos.

bre la existencia de tal facultad. El tribunal estableció que las cuestiones resueltas por la decisión sobre jurisdicción y fondo poseían efecto de cosa juzgada bajo los siguientes argumentos: primero, aunque las disposiciones del art. 53 del Convenio CIADI y otras incluidas en la Sección 5 de su Capítulo IV (aclaración, revisión y anulación del laudo) no se podían aplicar directamente, ya que se referían al laudo que pone fin al procedimiento, no significaba que no fueran relevantes en un sentido más general;⁷¹ segundo, la decisión sobre jurisdicción y fondo que se pretendía reconsiderar no era una decisión “interina” o “preliminar” (como alegaba Venezuela) debido a la naturaleza de las cuestiones que resolvía, ya que eran cuestiones controvertidas y las decisiones que resolvían este tipo de cuestiones poseían efecto de cosa juzgada; en palabras del órgano arbitral:

“Según la práctica, estas decisiones deben incorporarse al Laudo. Tanto en teoría como en la práctica es aceptado que aquellas decisiones que resuelven cuestiones controvertidas entre las Partes tienen efecto de cosa juzgada. ‘Son de naturaleza definitiva, y no pueden ser objeto de reconsideración por las Partes o por el Tribunal en ninguna etapa ulterior del arbitraje.’”⁷²

42. En la segunda Decisión de 9 de febrero de 2016, el órgano arbitral se centró principalmente en la inexistencia de una base jurídica que facultara al tribunal para reabrir las cuestiones ya decididas antes de finalizar el procedimiento por medio de laudo; como tampoco estimó que la ausencia de una disposición al respecto fuera una laguna procesal que pudiera subsanarse mediante un poder inherente o por aplicación analógica de alguna disposición de la normativa CIADI.⁷³ De hecho, el tribunal se refirió a la reconsideración que solicitaba Venezuela como una “*substantive reconsideration*”.⁷⁴ Respecto a la cosa juzgada, confirmó lo establecido en la Decisión de 10 de marzo de 2014 aludiendo a jurisprudencia arbitral que, en alguna medida, apoyaba el carácter final y la imposibilidad de reabrir las cuestiones decididas durante el procedimiento.⁷⁵ Asimismo, el tribunal se pronunció sobre la petición de reconsideración de la Decisión de 10 de marzo de 2014, advirtiendo que la propia Decisión sobre la reconsideración producía efecto de cosa juzgada y no se podía volver a examinar,⁷⁶ lo que resulta coherente con su postura respecto a las decisiones que no constituyen un laudo.

43. En la tercera y última Decisión sobre la reconsideración solicitada por Venezuela, emitida el 17 de enero de 2017, el órgano arbitral no se pronunció sobre el efecto de cosa juzgada ni tampoco sobre la existencia de una facultad de reconsideración, aunque efectivamente entró a examinar los argumentos planteados, llegando a la conclusión de que no procedía modificar la Decisión original sobre jurisdicción y fondo de 2013. Podría pensarse que este modo de proceder indicaría un reconocimiento implícito de esta facultad y, por ende, del carácter meramente preliminar de la decisión. Pero del contenido de la decisión interpretamos que entró a valorar los argumentos únicamente para *aclarar* el sentido y alcance de uno de los pronunciamientos contenidos en la Decisión original de 2013 sobre el que todavía existía controversia entre las partes en esta fase del procedimiento. En cualquier caso, llama la atención este cambio en la manera de proceder del tribunal, ya que es ambiguo y genera incertidumbre sobre la posibilidad de reconsiderar estas decisiones.⁷⁷ A tal efecto, es importante señalar que las decisiones de 2014 y 2016

⁷¹ *ConocoPhillips Petrozuata B.V. y otros c. Venezuela* (Caso CIADI N° ARB/07/30), Decisión sobre Reconsideración de 10 de marzo de 2014, párr. 19.

⁷² *Ibid.*, párr. 21. En apoyo de este argumento se cita en nota al pie el caso *Electrabel S.A. c. Hungría* (Caso CIADI N° ARB/07/19), Decisión sobre Jurisdicción, Derecho aplicable y Responsabilidad de 30 de noviembre de 2012, ver nota 79.

⁷³ *ConocoPhillips Petrozuata B.V. y otros c. Venezuela* (Caso CIADI N° ARB/07/30), Decisión sobre Reconsideración de 10 de marzo de 2014, párrs. 22-23; y *ConocoPhillips Petrozuata B.V. y otros c. Venezuela* (Caso CIADI N° ARB/07/30), Decisión sobre Reconsideración de 9 de febrero de 2016, párrs. 23, 28, 36-37.

⁷⁴ *ConocoPhillips Petrozuata B.V. y otros c. Venezuela* (Caso CIADI N° ARB/07/30), Decisión sobre Reconsideración de 9 de febrero de 2016, párr. 28.

⁷⁵ *Ibid.*, párrs. 31-38.

⁷⁶ *Ibid.*, párr. 21.

⁷⁷ *ConocoPhillips Petrozuata B.V. y otros c. Venezuela* (Caso CIADI N° ARB/07/30), Decisión Preliminar de 17 de enero de 2017, párrs. 61-62. En especial, el párr. 62 establece: “Therefore, the Respondent’s Third Application for Reconsideration must be considered as moot to the extent it required the Tribunal to review an assessment of lack of good faith in negotiating for compensa-

fueron adoptadas por mayoría, no por unanimidad, ya que los árbitros G. Abi-Saab y A. Bucher, emitieron opiniones disidentes, lo que demuestra, una vez más, que no estamos ante una cuestión pacífica.

44. El segundo caso en que un órgano arbitral ha decidido en favor de la cosa juzgada de las decisiones preliminares es *Perenco Ecuador Ltd. c. Ecuador y Petroecuador* (en adelante, *Perenco c. Ecuador*). Este órgano arbitral fue llamado a dirimir esta cuestión en un momento intermedio entre la primera y segunda decisión dictada en el caso *ConocoPhillips Petrozuata B.V. y otros c. Venezuela*. Así las cosas, no es de extrañar que el órgano arbitral en *Perenco c. Ecuador* dirigiese su mirada hacia la Decisión de 10 de marzo 2014 dictada en *ConocoPhillips Petrozuata B.V. y otros c. Venezuela*.

45. La decisión emitida en *Perenco c. Ecuador* es, sin duda, más extensa en cuanto a los argumentos utilizados por el tribunal para fundamentar sus conclusiones. No obstante, el órgano arbitral no profundizó en la cuestión del efecto de cosa juzgada de las decisiones anteriores al laudo, sino que examinó cada una de las disposiciones del Convenio CIADI y las Reglas de Arbitraje del CIADI invocadas por Ecuador como fundamento jurídico de la facultad de reconsideración, con el objetivo de demostrar que las mismas no eran aplicables a las decisiones previas al laudo.

46. Así, al examinar si el art. 51 del Convenio CIADI (relativo a la revisión) podía aplicarse a una decisión previa al laudo, el órgano arbitral afirmó que existía un amplio consenso sobre el efecto de cosa juzgada que protege a las cuestiones de hecho o de derecho resueltas por un tribunal, como era el caso de la Decisión sobre cuestiones pendientes relativas a la jurisdicción y responsabilidad de 12 de septiembre de 2014, cuya reconsideración solicitaba Ecuador.⁷⁸

47. El órgano arbitral fundamentó este “amplio consenso” en diversas decisiones arbitrales, algunas de las cuales también sirvieron de base al órgano arbitral en *ConocoPhillips Petrozuata B.V. y otros c. Venezuela*. Sin embargo, las decisiones allí mencionadas⁷⁹ no responden exactamente al mismo

tion on the part of the Bolivarian Republic of Venezuela, which is not contained in the Tribunal’s 2013 Decision. The Tribunal must dismiss the Application in this regard, *irrespective of whether the Tribunal would have, or does not have the power to reconsider the Application (as decided twice by the Tribunal’s Majority).*” [La cursiva es nuestra] En el laudo final, que incorpora todas las decisiones preliminares, el tribunal señaló: “Sin embargo, el significado y los efectos verdaderos del extracto de la Decisión de 2013 con respecto al desarrollo de las negociaciones en materia de compensación por parte de la Demandada incluido en el párrafo 404(d) siguió siendo objeto de debate. *El Tribunal consideró que sería de utilidad contar con mayor claridad en relación con la obligación que prohíbe la expropiación por parte del Estado receptor según se señala en el Artículo 6 del TBI y en relación con la evaluación de la reclamación de indemnización de daños planteada por de las Demandantes. (...)*” [La cursiva es nuestra]: ver *ConocoPhillips Petrozuata B.V. y otros c. Venezuela* (Caso CIADI N° ARB/07/30), Laudo de 8 de marzo de 2019, párr. 41.

⁷⁸ *Perenco Ecuador Ltd. c. Ecuador y Petroecuador* (Caso CIADI N° ARB/08/6), Decisión sobre Reconsideración de 10 de abril de 2015, párr. 43: “Existe amplio consenso respecto de que una vez que un tribunal resuelve cualquiera de las cuestiones de hecho o de derecho sometidas a su consideración por las partes, como fue el caso en la Decisión sobre las Cuestiones Pendientes relativas a la Jurisdicción y sobre la Responsabilidad, su decisión tiene carácter de cosa juzgada.”

⁷⁹ *Waste Management Inc c. México (II)* (Caso CIADI N° ARB (AF)/00/3), Decisión sobre la objeción preliminar de México relativa al procedimiento previo de 26 de junio de 2002, párr. 45: “(...) En los casos en que la misma cuestión se plantea en el nivel de la competencia y del fondo, puede ser apropiado unir la cuestión de competencia al fondo. Pero cualquiera que sea la etapa del proceso en que se tome la decisión, una decisión sobre un punto determinado constituye *res judicata* entre las partes en relación con tal decisión si es una parte necesaria de la determinación y es abordada como tal por el tribunal.”; *Electrabel S.A. c. Hungría* (Caso CIADI N° ARB/07/19), Decisión sobre Jurisdicción, Derecho aplicable y Responsabilidad de 30 de noviembre de 2012, párr. 10.1: “This Decision is made in regard only to the first phase of these arbitration proceedings, relating to extant issues of jurisdiction and liability; and it is not made in regard to any issue of *quantum* (including interest). Although necessarily described as a “Decision” and not an “Award” under the ICSID Convention and ICSID Arbitration Rules, the several decisions and reasons contained in this Decision are intended by the Tribunal to be final and not to be revisited by the Parties or the Tribunal in any later phase of these arbitration proceedings.”; *CMS Gas Transmission c. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/01/8), Laudo de 12 de mayo de 2005, párr. 126: “También cabe señalar que, en relación con el fondo, el Demandado planteó igualmente determinados aspectos de jurisdicción que ya se habían tratado en la fase de jurisdicción en este caso, como el relativo al *jus standi* del Demandante. Estos aspectos se decidieron en esa etapa y no serán reexaminados en este Laudo.”; *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún c. Bolivia* (Caso CIADI n° ARB/06/2), Laudo de 16 de septiembre de 2015, párrs. 541: “(...) The jurisdictional phase concluded with the Decision on Jurisdiction, in which the Tribunal established that it had jurisdiction over the claims of *Quiborax* and *NMM*. The Tribunal finds that there is no reason that can

supuesto planteado en las solicitudes de reconsideración o se ha considerado que su aplicación se limitaba al caso concreto y no podía extenderse de manera general.

48. En suma, la posición de algunos órganos arbitrales consistente en la aplicación del principio de cosa juzgada a las decisiones preliminares no respondería a las particularidades del sistema CIADI, sino que se inspiraría en la práctica de otros tribunales internacionales. Con arreglo al DI general, en efecto, las cuestiones de jurisdicción y fondo decididas por medio de fallo son definitivas y obligatorias. Esta posición permite que las cuestiones ya decididas no estén en constante debate durante el procedimiento, lo que dificultaría su avance y conllevaría su prolongación excesiva, hasta el punto de perjudicar la buena administración de justicia.

B) Una aplicación restrictiva y particularista

49. En segundo lugar, varios tribunales arbitrales han defendido en fechas más recientes que las decisiones anteriores al laudo o preliminares no poseen efecto de cosa juzgada y, por tanto, pueden ser objeto de reconsideración.⁸⁰ Por ello, entendemos que realizan una aplicación, primero, restrictiva del principio de cosa juzgada que se limitaría al laudo conforme al art. 53 del Convenio CIADI y, segundo, particularista porque esta conclusión atiende a las características particulares del sistema CIADI.

50. Estos órganos arbitrales han basado sus conclusiones en los siguientes fundamentos. Primero, el art. 48.3 del Convenio CIADI requiere que todas las cuestiones decididas por el órgano arbitral formen parte integrante del laudo. Si la decisión anterior fuera cosa juzgada, este requisito sería redundante.⁸¹ Segundo, no hay recursos disponibles en la normativa CIADI contra estas decisiones, sino únicamente respecto del laudo (rectificación, decisión suplementaria, aclaración, revisión y anulación).⁸² Tercero, estas son obligatorias para las partes y no tienen efectos *ad extra*.⁸³ Y, cuarto, en estrecha relación con lo anterior, los Estados partes del Convenio CIADI tienen la obligación de reconocer el laudo como vinculante en virtud de su art. 54.1 y este precepto solo se refiere a los laudos (art. 54.2 del Convenio CIADI), por lo que las decisiones anteriores no pueden producir consecuencias jurídicas fuera del proceso en que se dictan (no se pueden reconocer, ni ejecutar, ni ser impugnadas por medio de anulación).⁸⁴ En conclusión, el principio de cosa juzgada afectaría a los laudos, pero no a las decisiones anteriores.⁸⁵

justify reopening the jurisdictional issues at this stage, assuming this were at all possible. It therefore denies the Respondent's new jurisdictional objections."

⁸⁰ *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistán* (Caso CIADI N° ARB/12/1), Laudo 12 de julio de 2019 (conviene señalar que la Decisión sobre Reconsideración no se encuentra publicada y nos basamos en la síntesis que realiza el tribunal en el laudo que la incorpora por referencia. En el mismo, no se especifica que el tribunal se pronunciara expresamente sobre el efecto de cosa juzgada, sino que concluyó que tenía la facultad de reconsiderar la Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad aplicando la causa del art. 51 del Convenio CIADI, ver párr. 165 del Laudo); *Burlington Resources, Inc. c. Ecuador* (Caso CIADI N° ARB/08/5), Decisión sobre Reconsideración y Laudo de 7 de febrero de 2017; y *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited c. Tanzania Electric Supply Company Limited* (Caso CIADI N° ARB/10/20), Laudo de 12 de septiembre de 2016, en el marco de este arbitraje, ver también la Decisión sobre anulación de 22 de agosto de 2018.

⁸¹ *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited c. Tanzania Electric Supply Company Limited* (Caso CIADI N° ARB/10/20), Laudo de 12 de septiembre de 2016, párrs. 309 y 314; y *Burlington Resources, Inc. c. Ecuador* (Caso CIADI N° ARB/08/5), Decisión sobre Reconsideración y Laudo de 7 de febrero de 2017, párr. 86.

⁸² *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited c. Tanzania Electric Supply Company Limited* (Caso CIADI N° ARB/10/20), Laudo de 12 de septiembre de 2016, párr. 309. En el mismo sentido, *Burlington Resources, Inc. c. Ecuador* (Caso CIADI N° ARB/08/5), Decisión sobre Reconsideración y Laudo de 7 de febrero de 2017, párr. 87.

⁸³ *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited c. Tanzania Electric Supply Company Limited* (Caso CIADI N° ARB/10/20), Laudo de 12 de septiembre de 2016, párrs. 312-313.

⁸⁴ *Burlington Resources, Inc. c. Ecuador* (Caso CIADI N° ARB/08/5), Decisión sobre Reconsideración y Laudo de 7 de febrero de 2017, párrs. 87-88. Argumentos similares se utilizaron en *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited c. Tanzania Electric Supply Company Limited* (Caso CIADI N° ARB/10/20), Laudo de 12 de septiembre de 2016, párr. 314.

⁸⁵ *Burlington Resources, Inc. c. Ecuador* (Caso CIADI N° ARB/08/5), Decisión sobre Reconsideración y Laudo de 7 de febrero de 2017, párr. 89. A la misma conclusión se arribó en *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited c. Tanzania Electric Supply Company Limited* (Caso CIADI N° ARB/10/20), Laudo de 12 de septiembre de 2016, párr. 318.

51. Conviene señalar que el órgano arbitral en *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited c. Tanzania Electric Supply Company Limited* (en adelante, *SCB c. TANESCO*), puso de manifiesto que, aunque estas decisiones no poseían efecto de cosa juzgada, ello no significaba que no fueran obligatorias para las partes y para el tribunal. Su carácter obligatorio en el marco del procedimiento (efecto jurídico *ad intra*) marcaba la diferencia respecto al efecto de cosa juzgada que, en definitiva, produce consecuencias jurídicas en relación con otros procesos arbitrales (efecto jurídico *ad extra*). En palabras del tribunal:

“Decisions of tribunals are of course binding within the scope of the proceedings, but this does not make them *res judicata*. That is so with procedural orders and provisional measures as pointed out earlier. An essential feature of *res judicata* is that the judgment in question produces effects on the parties outside the proceedings in which it is granted. But decisions of tribunals only have effect within the proceedings until they have been incorporated into the final award.”⁸⁶

52. En *Burlington Resources c. Ecuador*, el órgano arbitral se apoyó en la decisión anterior y afirmó:

“El Tribunal coincide con el tribunal del caso *SCB c. Tanesco* cuando afirma que una decisión anterior al laudo no tiene efecto de cosa juzgada, por razones esencialmente vinculadas a la estructura o arquitectura del Convenio CIADI. (...) ”

(...) En efecto, los tribunales CIADI no han dudado en concluir que las decisiones preliminares obligan tanto a las partes como al tribunal en el curso del procedimiento.”⁸⁷

53. En esta misma línea, el árbitro A. Bucher, en una opinión disidente dictada en el caso *ConocoPhillips Petrozuata B.V. y otros c. Venezuela*, analizado *supra*, recordó el efecto que producía la cosa juzgada *ad extra* del laudo, es decir, en relación con otros procesos arbitrales, un efecto que no producían las decisiones anteriores al mismo:

“The use of the terms *res judicata* is subject to questions. This concept applies to situations where the same claim decided between the same parties and based on the same cause of action is raised in a distinct or successive proceeding. This notion does not apply to decisions to be made before the same court or tribunal in the same proceeding.”⁸⁸

54. En suma, los órganos arbitrales en *SCB c. TANESCO* y *Burlington Resources c. Ecuador* interpretaron que, conforme al art. 48.3 del Convenio CIADI, las decisiones sobre cuestiones de jurisdicción o fondo emitidas con anterioridad al laudo solo producían efecto de cosa juzgada a partir del momento en que se incorporaran al laudo.⁸⁹ Esta posición respondería a la condición de *lex specialis* de la normativa procesal del CIADI, que distingue entre “decisión” y “laudo”, como ya apuntó el árbitro G. Abi-Saab en *ConocoPhillips y otros c. Venezuela*.⁹⁰

55. No obstante, aunque no posean fuerza de cosa juzgada, los tribunales han establecido que son vinculantes en el marco del procedimiento en curso, por lo que no están admitiendo que estas de-

⁸⁶ *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited c. Tanzania Electric Supply Company Limited* (Caso CIADI N° ARB/10/20), Laudo de 12 de septiembre de 2016, párr. 313.

⁸⁷ *Burlington Resources, Inc. c. Ecuador* (Caso CIADI N° ARB/08/5), Decisión sobre Reconsideración y Laudo de 7 de febrero de 2017, párrs. 86 y 90.

⁸⁸ *ConocoPhillips Petrozuata B.V. y otros c. Venezuela* (Caso CIADI N° ARB/07/30), Decisión sobre Reconsideración de 9 de febrero de 2016, párr. 40.

⁸⁹ CH.H. SCHREUER *et al.*, *op. cit.*, p. 535, párr. 70: “A preliminary decision on jurisdiction will uphold jurisdiction at least in some matters. Otherwise it would not be preliminary. It terminates the interim procedure described above (...) and opens the way to proceedings on the merits. Upon delivery of the award on the merits, the decision on jurisdiction becomes part of the final award especially for purposes of annulment and recognition. Art. 48(3) of the Convention, providing that the award shall deal with every question submitted to the tribunal and state the reasons upon which it is based, requires that a preliminary decision on jurisdiction should be reflected in the final award (...)”

⁹⁰ Ver *supra*, nota 66.

cisiones se puedan cuestionar y revisar una y otra vez a lo largo del proceso. Esta última reflexión nos conduce a indagar acerca de la base jurídica que posee la facultad de reconsideración, así como sobre las causas que justificarían su ejercicio y sus límites.

IV. La reconsideración como herramienta que promueve la buena administración de justicia

1. Los recursos como garantía de justicia

56. A pesar de la indudable importancia del principio de cosa juzgada para el buen funcionamiento de todo sistema jurídico, nacional o internacional, no se debe ignorar la posibilidad de que los jueces o tribunales erren en sus decisiones. Por ello, todo sistema jurídico debe contar con determinados mecanismos procesales que permitan subsanar posibles errores en la administración de justicia.

57. Los recursos o medios de impugnación son habituales en los ordenamientos jurídicos nacionales. Sin embargo, en el sistema internacional se consideran, en general, excepcionales, como consecuencia de sus particularidades, entre ellas, la ya señalada especial necesidad de poner fin a las controversias, así como la ausencia de una organización jerárquica entre tribunales.⁹¹

58. En particular, en la jurisdicción de la CIJ únicamente es posible solicitar la interpretación del fallo (art. 60 del Estatuto de la CIJ), que no puede considerarse un recurso pues no afecta a la validez del fallo ni altera o modifica su contenido, y la revisión (art. 61 del Estatuto de la CIJ) condicionada al descubrimiento de un hecho nuevo que habría sido decisivo para la decisión del tribunal, si se hubiera conocido antes de dictar el fallo. La solicitud de apertura de estos procedimientos posteriores al fallo supone inevitablemente la prolongación de la controversia hasta que se resuelvan los mismos, pero solo la revisión puede considerarse que afectaría a la cosa juzgada del fallo, pues si se estimara una solicitud de revisión, el órgano jurisdiccional podría modificar la conclusión a la que arribó en el proceso anterior.

59. Estos mecanismos procesales se pueden activar tanto respecto a fallos que resuelven el fondo de la controversia como a fallos en los que la CIJ se pronuncia sobre su competencia. De hecho, en el marco del caso relativo a la *Aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*, la entonces República Federativa de Yugoslavia planteó una solicitud de revisión del fallo sobre excepciones preliminares de 11 de julio de 1996, en virtud del art. 61 del Estatuto de la CIJ.⁹²

60. Con estos procedimientos posteriores al fallo se busca encontrar un equilibrio entre la necesidad de poner fin a las controversias de manera pacífica y la justicia de las decisiones de los órganos jurisdiccionales. Solo logrando este equilibrio puede garantizarse que un sistema de justicia funcione correctamente, es decir, que los jueces y tribunales garanticen una buena administración de justicia.

61. La normativa CIADI prevé cinco mecanismos procesales que se interponen con posterioridad al laudo y que permitirían su modificación con mayor o menor alcance: la rectificación (art. 49.2 del Convenio CIADI y Regla 49 de las Reglas de Arbitraje), la decisión suplementaria (art. 49.2 del Convenio CIADI y Regla 49 de las Reglas de Arbitraje), la interpretación (art. 50 del Convenio CIADI y Reglas 50, 51 y 54 de las Reglas de Arbitraje), la revisión (art. 51 del Convenio CIADI y Reglas 50, 51 y 54 de las Reglas de Arbitraje) y la anulación (art. 52 del Convenio CIADI y Reglas 50, 52 y 54 de

⁹¹ E. LAUTERPACHT, *loc. cit.*, pp. 526-528.

⁹² *Demande en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996 en l'affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnia-Herzegovina c. Yugoslavie) exceptions préliminaires (Yugoslavie c. Bosnia Herzégovine)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2003, p. 7.

las Reglas de Arbitraje). Algunos de estos mecanismos encuentran paralelismo con los procedimientos previstos en la jurisdicción de la CIJ, mientras que otros de gran impacto sobre el laudo, como la anulación, no están previstos en la normativa de la CIJ.

62. Como se ha indicado, estos procedimientos se pueden iniciar una vez dictado el laudo, por lo tanto, no procede su aplicación directa a las decisiones preliminares. Tanto el Convenio CIADI como las Reglas de Arbitraje del CIADI guardan silencio sobre una posible facultad de los tribunales arbitrales para reconsiderar cuestiones que ya han sido resueltas por medio de decisiones preliminares.

2. La reconsideración de una decisión preliminar: ¿un poder inherente en aras de una buena administración de justicia o una actuación *ultra vires* de los órganos arbitrales?

A) La reconsideración como poder inherente necesario para la buena administración de justicia

63. El debate abierto en torno a la aplicación del principio de cosa juzgada a las decisiones preliminares o interlocutorias se encuentra ligado a la posibilidad de solicitar la “reconsideración” de tales decisiones. El propio término “reconsideración” nos indica que nos encontramos ante una suerte de recurso que permitiría al órgano arbitral modificar sustancialmente o revocar la decisión preliminar, aunque al tratarse de una vía procesal no prevista en la normativa del CIADI, no es posible determinar apriorísticamente su ámbito de aplicación, es decir, las causas, los límites o efectos de este recurso.

64. En *Burlington Resources c. Ecuador*, el órgano arbitral señaló en dos ocasiones la falta de claridad del Convenio CIADI y las Reglas de Arbitraje del CIADI a este respecto:

“(…) Una vez efectuadas estas distinciones, se advierte que el marco del CIADI guarda silencio en cuanto a la posibilidad de reabrir una decisión anterior al laudo.”⁹³

(…)

Además, dada la falta de claridad del Convenio y las Reglas de Arbitraje CIADI en cuanto a si un tribunal puede reconsiderar una decisión anterior al laudo, no se puede considerar ilegítimo que Ecuador haya presentado una Petición de Reconsideración. Finalmente, esa petición se oyó conjuntamente con la fase de cuantificación de daños y no demandó una fase separada.”⁹⁴

65. Asimismo, en *SCB c. TANESCO*, el órgano arbitral comenzó su análisis diciendo:

“The Tribunal begins by observing that there is nothing in either the ICSID Convention or the Arbitration Rules dealing explicitly with the question of reconsideration of a decision.”⁹⁵

66. En los arbitrajes analizados donde se ha presentado una solicitud de reconsideración, los solicitantes se han servido de múltiples disposiciones contenidas en el Convenio CIADI y en las Reglas de Arbitraje del CIADI con el objetivo de encontrar por analogía una base jurídica que sustentara sus pretensiones. En efecto, se han invocado todas aquellas disposiciones que de alguna manera permitirían al órgano arbitral reabrir una cuestión o modificar un laudo.⁹⁶

⁹³ *Burlington Resources Inc. c. Ecuador* (Caso CIADI n° ARB/08/5), Decisión sobre Reconsideración y Laudo de 7 de febrero de 2017, párr. 84.

⁹⁴ *Ibid.*, párr. 632.

⁹⁵ *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited c. Tanzania Electric Supply Company Limited* (Caso CIADI N° ARB/10/20), Laudo de 12 de septiembre de 2016, párr. 307. En el mismo sentido, en el marco de este procedimiento, Decisión sobre anulación de 22 de agosto de 2018, párr. 150: “The Committee concurs with the Tribunal’s reasoning that neither the ICSID Convention nor the ICSID Arbitration Rules explicitly allow or disallow reconsideration of jurisdictional decisions.”.

⁹⁶ Arts. 41.1, 43, 44, 49.1 y 2, 51, 52 del Convenio CIADI; y Reglas 19, 25 y 38.2 de las Reglas de Arbitraje.

67. En este punto, conviene matizar que la normativa CIADI no guarda absoluto silencio sobre la reapertura de cuestiones de jurisdicción resueltas mediante decisión en un procedimiento bifurcado.⁹⁷ Así, la Regla 41.1 de las Reglas de Arbitraje del CIADI establece que las excepciones a la jurisdicción se plantearán “lo antes posible” y al mismo tiempo indica el momento procesal oportuno, aunque permite su invocación en otro momento cuando “la parte no haya tenido conocimiento entonces de los hechos en los que se funda la excepción”.⁹⁸ El apartado 2 de la Regla 41 también establece que “el Tribunal podrá considerar de oficio *en cualquier estado del procedimiento*, si la diferencia que se le ha sometido cae dentro de la jurisdicción del Centro y es de su propia competencia”,⁹⁹ que podría interpretarse como la falta de efecto de cosa juzgada de las decisiones sobre jurisdicción y su posible reconsideración.¹⁰⁰ Sin embargo, en los casos de reconsideración estudiados, no solo se cuestionan decisiones sobre jurisdicción, sino también decisiones sobre responsabilidad y derecho aplicable, por lo que entendemos que la Regla 41 de las Reglas de Arbitraje no sería aplicable, directamente, a todas estas decisiones.

68. Por otro lado, también existe la posibilidad de solicitar al órgano arbitral la reapertura del procedimiento, siempre antes de que se dicte el laudo, cuando se descubra una prueba decisiva o surja una necesidad de aclaración (Regla 38.2 de las Reglas de Arbitraje del CIADI). Esta posibilidad podría suponer una modificación de una decisión anterior y, por consiguiente, del laudo definitivo, pero está estrictamente circunscrita a la condición señalada que, en esencia, coincide con la causa de revisión del art. 51 del Convenio CIADI. No obstante, cada mecanismo se acciona en un momento procesal distinto, en concreto, la revisión se solicita siempre con posterioridad al momento en que se dicta el laudo. Esta posibilidad que ofrece la Regla 38.2 tampoco es aplicable directamente a los supuestos de reconsideración estudiados, pues en estos casos el procedimiento no se había declarado cerrado, sino que todavía quedaba por resolver la cuantificación de daños en una fase ulterior del procedimiento.¹⁰¹ A pesar de lo anterior, siempre a nuestro juicio, este precepto es indicativo de la importancia que posee la buena administración de justicia, que prevalecería sobre la rigidez de la norma procesal que ordena el cierre del procedimiento en un momento determinado.

⁹⁷ Sobre este particular interesa destacar el trabajo de L.M. Bohmer, donde indica también que la normativa del CIADI no guarda silencio absoluto sobre la finalidad de las decisiones interlocutorias citando la Regla 41.1 y 38.2 de las Reglas de Arbitraje del CIADI. Por lo tanto, esta autora afirma: “As a consequence, the Arbitration Rules do not explicitly exclude the possibility that further jurisdictional issues may be raised after a decision on jurisdiction has been rendered. (...) As a consequence, the ICSID Convention and the ICSID Arbitration Rules clearly do not confer extended finality to all interlocutory decisions on jurisdiction.”: ver L.M. BOHMER, *loc. cit.*, p. 241. La misma autora marca previamente la diferencia entre una bifurcación del procedimiento en fase de jurisdicción y fondo prevista en el Convenio (art. 41.2 del Convenio CIADI) y otras formas de bifurcación, normalmente en fase de jurisdicción y responsabilidad, por un lado, y fase de cuantificación de daños, por otro.

⁹⁸ Regla 41.1 de las Reglas de Arbitraje: “Toda excepción que la diferencia o una demanda subordinada no cae dentro de la jurisdicción del Centro o que por otras razones no es de la competencia del Tribunal, deberá oponerse lo antes posible. La parte que oponga la excepción deberá presentársela al Secretario General a más tardar antes del vencimiento del plazo fijado para la presentación del memorial de contestación o, si la excepción se refiere a una demanda subordinada, para la presentación de la réplica, a menos que la parte no haya tenido conocimiento entonces de los hechos en los que se funda la excepción.”

⁹⁹ La cursiva es nuestra.

¹⁰⁰ Véanse, sobre la interpretación de la Regla 41.2 de las Reglas de Arbitraje y la facultad de reconsideración, los argumentos de las partes en *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited c. Tanzania Electric Supply Company Limited* (Caso CIADI N° ARB/10/20), Decisión sobre anulación de 22 de agosto de 2018, párrs. 110-149. Interesa, especialmente, el arbitraje *Pac Rim Cayman LLC c. El Salvador* (Caso CIADI N° ARB/09/12), Laudo de 14 de octubre de 2016, en el que el tribunal afirmó: “En este sentido, en virtud del artículo 41(1) del Convenio CIADI y de la Regla 41(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, este Tribunal tiene el deber, el derecho y la competencia para determinar el cumplimiento de los requisitos jurisdiccionales, sin importar la fase específica del arbitraje”, párr. 5.34. Por tanto, el tribunal reconoció que tenía facultad para reconsiderar su Decisión sobre Jurisdicción, pero también manifestó el debate existente en torno al efecto de cosa juzgada o no de las decisiones preliminares, por lo que prefirió no referirse a este principio; ver, en especial, párrs. 5.33-5.39.

¹⁰¹ Algunos arbitrajes de interés para la práctica española en los que se ha invocado la Regla 38.2 son *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. y Antin Energia Termosolar B.V. c. España* (Caso CIADI N° ARB/13/31), Laudo de 15 de junio de 2018, párrs. 56-58; y *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. España* (Caso CIADI N° ARB/14/1), Laudo de 16 de mayo de 2018, párrs. 669-683. En estos casos, España solicitó la reapertura del procedimiento presentando como medio de prueba nuevo la STJUE (Gran Sala) 6 de marzo de 2018, *República Eslovaca y Achmea B.V.*, C-284/16, EU:C:2018:158. En el caso *Antin c. España*, el Estado demandado también aportó una Decisión de la Comisión Europea sobre las ayudas de Estado: ver European Commission, *State aid SA.40348 (2015/NN) — Spain Support for electricity generation from renewable energy sources, cogeneration and waste* (C (2017) 7384 final), de 11 de noviembre de 2017.

69. El precepto cuya invocación ha generado más dudas sobre su contenido y su adecuada interpretación ha sido el art. 44 del Convenio CIADI, contenido en la Sección 3 del Capítulo IV del Convenio CIADI (“Facultades y Funciones del Tribunal”),¹⁰² en relación con la Regla 19 de las Reglas de Arbitraje del CIADI.¹⁰³

70. El art. 44 del Convenio CIADI faculta al órgano arbitral para resolver cualquier cuestión de procedimiento no prevista en la Sección 3 del Capítulo IV del Convenio CIADI, en las Reglas de Arbitraje del CIADI o en otras reglas acordadas por las partes. En concreto, este precepto establece *in fine* que: “Cualquier cuestión de procedimiento no prevista en esta Sección, en las Reglas de Arbitraje o en las demás reglas acordadas por las partes, será resuelta por el Tribunal.” A este respecto, Ch.H. Schreuer indica: “An ICSID tribunal’s power to close gaps in the rules of procedure is declaratory of the inherent power of any tribunal to resolve procedural questions in the event of *lacunae*”.¹⁰⁴

71. La facultad prevista en el art. 44 del Convenio CIADI, que se completa con la Regla 19 de las Reglas de Arbitraje, ha sido corroborada por la práctica arbitral como una facultad necesaria de los tribunales arbitrales.¹⁰⁵ Los jueces y árbitros necesitan contar con cierto margen de discrecionalidad para llevar a cabo sus funciones, lo que implica poder colmar lagunas en la normativa procesal y resolver con celeridad y eficacia los problemas que surjan durante el procedimiento,¹⁰⁶ todo ello en consonancia con el principio de economía procesal.¹⁰⁷ Por eso, que los órganos arbitrales o judiciales gocen de unos poderes inherentes para llevar a cabo sus funciones no es discutible; ahora bien, la cuestión primordial a dilucidar es cuál es el contenido concreto de esos poderes inherentes o cuáles son sus límites.¹⁰⁸

72. En todo caso, los tribunales no solo deben tener en cuenta principios de eficacia y economía procesal, sino procurar dictar decisiones justas. El objetivo de cualquier recurso o medio de impugnación contra una sentencia o laudo es evitar que un error cometido en un proceso genere una situación injusta que perviva en el tiempo. El grave perjuicio que la pervivencia de una injusticia provoca para los sujetos que han sometido su controversia a una determinada jurisdicción y para la credibilidad y legitimidad del sistema de justicia en general, justifica que se reflexione sobre la cuestión surgida en el seno del CIADI relativa a la “reconsideración” como una facultad encaminada a la buena administración de justicia.

73. Teniendo en cuenta todos los principios e intereses en presencia, los tribunales arbitrales se encuentran divididos en torno a esta facultad.

¹⁰² Por ejemplo, en *ConocoPhillips Petrozuata B.V. y otros c. Venezuela* (Caso CIADI N° ARB/07/30), Decisión sobre Reconsideración de 10 de marzo de 2014, párr. 12, Venezuela alegó que “(...) un tribunal que aún se encuentra sesionando puede revisar sus decisiones “provisionales” y “preliminares”. Considera que la Decisión es una decisión interlocutoria que ha sido emitida mucho antes del cierre del procedimiento. La Demandada alega que, de conformidad con el Artículo 44 del Convenio, el Tribunal conserva la facultad de examinar pruebas hasta el momento de la emisión del laudo.”

¹⁰³ Regla 19 de las Reglas de Arbitraje del CIADI: “El Tribunal dictará las resoluciones necesarias para la sustanciación del proceso.”

¹⁰⁴ CH.H. SCHREUER *et al.*, *op. cit.*, p. 688, párr. 54.

¹⁰⁵ *Churchill Mining PLC y Planet Mining Pty Ltd c. Indonesia* (Casos CIADI N° ARB/12/14 y 12/40), Resolución Procesal N° 13 de 18 de noviembre de 2014, párr. 20; y *Abaclat y otros c. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/07/5), Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad de 4 de agosto de 2011, párr. 521.

¹⁰⁶ R. KOLB, *loc. cit.*, párr. 25: “The principle or maxim of the ‘proper administration of justice’ has also helped the Court, when necessary, to invoke an inherent power to fill some gaps in the rules applicable to its procedure. (...)”; ver la opinión disidente de G. Abi-Saab en *ConocoPhillips Petrozuata B.V. y otros c. Venezuela* (Caso CIADI N° ARB/07/30), Decisión sobre Reconsideración de 10 de marzo de 2014, párr. 54: “Article 44 is examined by the Majority, however, in the context of establishing whether or not the Tribunal has a general power of reconsideration. But this article is relevant *in casu* in another meaningful way, as a partial codification and specific application of the inherent jurisdiction or powers of any judicial or adjudicative organ.”

¹⁰⁷ R. KOLB, *loc. cit.*, párr. 24, apdo. 5: “A proceeding is proper if, while taking account of the needs of expression of the parties, it remains short and non-cumbersome.”

¹⁰⁸ El Juez Cançado Trindade expone algunos ejemplos de ejercicio del poder inherente de la CIJ: ver la opinión separada del Juez Cançado Trindade a la Providencia dictada por la CIJ el 17 de abril de 2013, párrs. 10-12.

74. En *SCB c. TANESCO*, el demandante solicitó la reconsideración de la Decisión sobre jurisdicción y responsabilidad de 12 febrero de 2014. El tribunal arbitral reconoció que no existía una potestad específica para poder reconsiderar este tipo de decisiones, por lo que se centró en averiguar si, en ausencia de esta previsión, podía justificar esta acción a partir de los poderes más generales que confieren, por un lado, art. 41.1 del Convenio CIADI, que atribuye al tribunal arbitral la potestad para decidir sobre su propia competencia;¹⁰⁹ y, por otro lado, el art. 44 del Convenio CIADI, ya citado.

75. El tribunal concluyó que, en virtud de su potestad de decidir sobre su propia competencia, podía reconsiderar una decisión preliminar y, de hecho, procedió a su reconsideración.¹¹⁰ Asimismo, defendió este poder inherente por razones pragmáticas, en particular, sostuvo que mediante la reconsideración se evitaría que el tribunal decidiera sobre el fondo del asunto basándose en una decisión previa seriamente cuestionada. En caso de no poder reabrir la decisión en cuestión, los interesados tendrían que esperar a que se dictara el laudo definitivo para poder solicitar su revisión o anulación y es evidente que ello conllevaría un mayor tiempo y coste para las partes. Por esta razón, el tribunal concluyó que: “Efficiency grounds alone suggest that there may be circumstances where a tribunal should consider reopening a decision that it has made”.¹¹¹ Este pronunciamiento fue compartido por el órgano arbitral en *Burlington Resources c. Ecuador*,¹¹² quien, tras repetir las palabras del tribunal en *SCB c. TANESCO*, añadió:

“(…) la eficacia procesal, que exige que una decisión provisional sea vinculante para el tribunal que ha emitido una decisión de tal naturaleza puede, al mismo tiempo, requerir una excepción al principio de fuerza vinculante en determinadas circunstancias. El Tribunal coincide con esta opinión.”¹¹³

76. Asimismo, el laudo emitido en *SCB c. TANESCO* fue objeto de un recurso de anulación presentado por *TANESCO*, alegando una “extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal” (art. 52.1.b del Convenio CIADI)¹¹⁴ y “quebrantamiento grave de una norma de procedimiento” (art. 52.1 d) del Convenio CIADI)¹¹⁵ en relación con la reconsideración, entre otros motivos. Este es un riesgo que ya apuntamos *supra* y que se corre cuando un tribunal ejerce una potestad no conferida expresamente en la normativa procesal aplicable. A título preliminar, el Comité *ad hoc* confirmó la posición del tribunal sobre la facultad de reconsideración en virtud de los arts. 41.1 y 44 del Convenio CIADI y la Regla 41.1 y 2 de las Reglas de Arbitraje.¹¹⁶ Posteriormente, entró a valorar las causales de anulación invocadas y

¹⁰⁹ Art. 41.1 del Convenio CIADI, “El Tribunal resolverá sobre su propia competencia.” Este precepto recoge el principio procesal *Kompetenz-Kompetenz*.

¹¹⁰ Por tanto, el tribunal no solo basó su afirmación sobre la posibilidad de reconsiderar su decisión previa en el art. 44 del Convenio CIADI, sino en la facultad más amplia que le confiere el art. 41.1 del Convenio CIADI. Ver *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited c. Tanzania Electric Supply Company Limited* (Caso CIADI N° ARB/10/20), Laudo de 12 de septiembre de 2016, párr. 320. En el mismo sentido, en el marco de este arbitraje, ver Decisión sobre anulación de 22 de agosto de 2018, párrs. 152-153. En el párr. 153, el Comité de anulación señaló sobre el aptdo. 2 de la Regla 41 de las Reglas de Arbitraje: “The Committee finds that the clear wording of ICSID Arbitration Rule 41 (2), allowing a tribunal to consider jurisdictional objections “at any stage of the proceedings”, i.e. including after having already rendered an interlocutory decision on jurisdiction, implies that such earlier findings on jurisdiction are subject to reconsideration.”

¹¹¹ *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited c. Tanzania Electric Supply Company Limited* (Caso CIADI N° ARB/10/20), Laudo de 12 de septiembre de 2016, párrs. 319-320.

¹¹² *Burlington Resources, Inc. c. Ecuador* (Caso CIADI N° ARB/08/5), Decisión sobre Reconsideración y Laudo de 7 de febrero de 2017, párr. 93.

¹¹³ *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited c. Tanzania Electric Supply Company Limited* (Caso CIADI N° ARB/10/20), Laudo de 12 de septiembre de 2016, párr. 93.

¹¹⁴ *TANESCO* alegó que, al reconsiderar la decisión preliminar, el tribunal desconoció el efecto de cosa juzgada de la Decisión y la disposición contenida en el art. 53.1 del Convenio CIADI y decidió reconsiderar su decisión ignorando precedentes sólidos a este respecto. *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited c. Tanzania Electric Supply Company Limited* (Caso CIADI N° ARB/10/20), Decisión sobre anulación de 22 de agosto de 2018, párrs. 304-309.

¹¹⁵ *TANESCO* alegó que el tribunal desconoció el carácter vinculante y el efecto de cosa juzgada de la decisión preliminar, lo que implicaba, a su vez, una violación del principio del debido proceso. *Ibid.* párrs. 359-370. Asimismo, alegó que el tribunal había aceptado argumentos de *SCB HK* sin darle la oportunidad a *TANESCO* de responder o aportar prueba, párrs. 393-407.

¹¹⁶ *Ibid.* párrs. 158, 159 y 169.

rechazó la solicitud de *TANESCO*.¹¹⁷ El hecho de que el Comité, formado por miembros distintos al tribunal de origen, haya ratificado la decisión adoptada por el tribunal supone un precedente más a favor de la facultad de reconsideración de las decisiones preliminares como un poder inherente de los tribunales.

B) La reconsideración como ejercicio *ultra vires* de las facultades del órgano arbitral

77. Cuando los órganos arbitrales han negado la existencia de una facultad de reconsiderar, como es en *ConocoPhillips y otros c. Venezuela*, el tribunal defendió un alcance limitado del art. 44 del Convenio CIADI, es decir, este tribunal entendió que reconsiderar una decisión anterior excedía los límites establecidos por el marco normativo del CIADI y tampoco lo habían previsto las partes por medio de acuerdo:

“(...) Con frecuencia se sostiene que el objeto del Artículo 44 es el de permitir que se subsanen lagunas procesales. No se le puede interpretar de modo tal de conferir una amplia facultad de decisión sustantiva no explícitamente otorgada.”¹¹⁸

78. El tribunal presentó ejemplos de “cuestiones procesales” resueltas en virtud del art. 44 del Convenio CIADI extraídas de decisiones arbitrales previas, como límites temporales, producción de documentos, suspensión del procedimiento estando otro arbitraje pendiente, autorización para presentar *amicus curiae* o sobre la participación de los representantes legales.¹¹⁹ En virtud de esta práctica, concluyó que la aplicación de este precepto no se extendía a una “facultad de decisión sustantiva no expresamente otorgada”.¹²⁰ Asimismo, en su segunda Decisión sobre reconsideración emitida en el marco del mismo procedimiento, se reafirmó en el carácter procesal de esta disposición aludiendo a los trabajos preparatorios del Convenio CIADI, a la doctrina y a los precedentes donde ya se había aplicado a cuestiones procesales como las mencionadas.¹²¹

79. En *Perenco Ecuador c. Ecuador* el órgano arbitral, tras descartar la aplicación de la normativa CIADI para modificar un laudo al tipo de solicitud que planteaba Ecuador, rechazó que la falta de una potestad en la normativa en el CIADI para reabrir una decisión fuera una laguna procesal que debiera subsanarse.¹²² Además, señaló:

“El Artículo 44 del Convenio no dispone una facultad general de reconsideración de la decisión del tribunal. Por último, no existe fundamento para invocar las facultades propias del Tribunal, ya que dichas facultades no pueden prevalecer sobre el texto llano del Convenio y de las Reglas de Arbitraje cuando se trata de modificar o reabrir un laudo.”¹²³

80. Por lo tanto, en estos dos casos la facultad de reabrir y modificar una decisión preliminar excedería los límites de la facultad inherente reconocida a los órganos arbitrales en el art. 44 del Convenio CIADI.

¹¹⁷ *Ibid.* párrs. 316-330 y 385-392 en relación con párrs. 437-449.

¹¹⁸ *ConocoPhillips Petrozuata B.V. y otros c. Venezuela* (Caso CIADI N° ARB/07/30), Decisión sobre Reconsideración de 10 de marzo de 2014, párr. 22.

¹¹⁹ Estos ejemplos coinciden con los presentados en el Comentario de referencia del Convenio CIADI: ver CH.H. SCHREUER *et al.*, *op. cit.*, pp. 689-690, párrs. 56-58.

¹²⁰ *ConocoPhillips Petrozuata B.V. y otros c. Venezuela* (Caso CIADI N° ARB/07/30), Decisión sobre Reconsideración de 10 de marzo de 2014, párr. 22.

¹²¹ *ConocoPhillips Petrozuata B.V. y otros c. Venezuela* (Caso CIADI N° ARB/07/30), Decisión sobre Reconsideración de 9 de febrero de 2016, párrs. 23-25.

¹²² *Perenco Ecuador Ltd. c. Ecuador y Petroecuador* (Caso CIADI N° ARB/08/6), Decisión sobre Reconsideración de 10 de abril de 2015, párrs. 77 y 78.

¹²³ *Ibid.*, párr. 97.

81. Ch. Brown señala como uno de los posibles límites a los poderes inherentes de un tribunal, el hecho de que el poder que se pretenda ejercer no esté previsto en la normativa y sea contrario a los procedimientos que, en cambio, sí prevé la normativa.¹²⁴ Algunas partes en estos casos ante el CIADI han defendido este límite a la hora de valorar si una determinada medida del órgano arbitral estaba justificada o iba más allá de sus facultades necesarias para ejercer su función. En *RSM Production Corporation c. Granada*, por ejemplo, el tribunal declaró:

“The Committee agrees with the Applicant that international courts and tribunals have certain inherent powers which permit them to exercise powers that may go beyond the express terms of their constitutive instruments. However, the Committee considers that international courts and tribunals can only exercise such powers where those powers are necessary to ensure the performance of functions that have been expressly conferred. Further, there are limitations on the exercise of inherent powers, including that such powers cannot be inconsistent with the terms of the relevant constitutive instrument of the international court or tribunal.”¹²⁵

82. Entendemos que, en ambos casos, los órganos arbitrales encontraron los límites a la solicitud de reconsideración tanto en los términos del Convenio CIADI y sus Reglas de Arbitraje como en la propia estructura de este sistema. En la primera Decisión sobre reconsideración de 2014, en *ConocoPhillips y otros c. Venezuela*, el tribunal declaró:

“La estructura general y las normas detalladas del Convenio del CIADI fueron diseñadas claramente para permitir la revisión o recursos respecto de las decisiones de un tribunal solo después del dictado del Laudo. No hay ninguna laguna que se pueda subsanar mediante la facultad que aquí se propone. (...)”¹²⁶

83. Ciertamente, cuando la norma no prevé una determinada acción, es decir, cuando no permite, pero tampoco prohíbe su ejercicio, es difícil determinar apriorísticamente si dicha acción está legitimada.¹²⁷ A nuestro juicio, es necesario examinar el conjunto de disposiciones contenidas en la norma, su objetivo y finalidad, para poder inferir si la acción estaría legitimada.

84. El caso *Abaclat y otros c. Argentina*¹²⁸ resulta interesante en la medida en que el órgano arbitral tuvo que valorar si la ausencia en la normativa del CIADI de una disposición que permitiera las demandas colectivas debía considerarse como un “silencio cualificado”, es decir, si el silencio normativo había sido intencionado y, por lo tanto, este tipo de acciones no estaban permitidas o se trataba de una laguna procesal que el tribunal podía resolver.¹²⁹ El tribunal concluyó que no se trataba de un silencio

¹²⁴ CH. BROWN, *loc. cit.*, p. 240: “A related type of limitation can be found where the constitutive instrument does not expressly exclude the exercise of a certain procedural power, but where the exercise of that power would nonetheless be inconsistent with the procedures actually provided for in the constitutive instrument or rules. (...)”. En este sentido, CH.H. SCHREUER *et al.*, *op. cit.*, p. 688-689, párr. 54: “An ICSID tribunal’s power to close gaps in the rules of procedure is declaratory of the inherent power of any tribunal to resolve procedural questions in the event of *lacunae*. In exercising this power, the tribunal may not go beyond the framework of the Convention, the Arbitration Rules and the parties’ procedural agreements but, must, primarily, to attempt to close any apparent gaps through the established methods of interpretation for treaties and other legal documents.” [Se omiten notas al pie].

¹²⁵ *RSM Production Corporation c. Granada* (Caso CIADI N° ARB/05/14), Decisión de 7 de diciembre de 2009, párr. 20.

¹²⁶ *ConocoPhillips Petrozuata B.V. y otros c. Venezuela* (Caso CIADI N° ARB/07/30), Decisión sobre Reconsideración de 10 de marzo de 2014, párr. 23.

¹²⁷ *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited c. Tanzania Electric Supply Company Limited* (Caso CIADI N° ARB/10/20), Laudo de 12 de septiembre de 2016, párr. 315: “In the absence of any prohibition in the Convention or the Arbitration Rules on the question of reopening decisions, in the view of the Tribunal, it is not possible to draw any conclusions *a priori* about the question of reopening.”

¹²⁸ *Abaclat y otros c. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/07/5), Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad de 4 de agosto de 2011, citado en la opinión disidente del árbitro A. Bucher, en *ConocoPhillips Petrozuata B.V. y otros c. Venezuela* (Caso CIADI N° ARB/07/30), Decisión sobre Reconsideración de 9 de febrero de 2016, párr. 45. El tribunal debía pronunciarse sobre el procedimiento colectivo como posible forma de arbitraje en el marco del CIADI.

¹²⁹ F. PASCUAL-VIVES, *La legitimación activa del individuo en el arbitraje de inversión*, Pamplona, Aranzadi, 2019, pp. 168-174.

cualificado y, por ende, tenía, *en principio*, la facultad conferida en virtud del art. 44 del Convenio del CIADI para solucionar esta laguna.¹³⁰

85. Aplicando este razonamiento a la facultad de reconsideración que se cuestiona, se debe valorar, como hizo el tribunal en *Abaclat c. Argentina*, que dicho silencio normativo no fue intencionado. Para ello, en atención a las normas sobre la interpretación de los tratados internacionales,¹³¹ es necesario examinar la finalidad y objeto del Convenio CIADI, su art. 44 a la luz de otras disposiciones de la normativa CIADI, así como los trabajos preparatorios del Convenio CIADI y las Reglas de Arbitraje. Entendemos que es así como procedió el tribunal en *ConocoPhillips y otros c. Venezuela* y que le llevó a la conclusión de que el poder conferido por el art. 44 del Convenio CIADI al órgano arbitral no tenía por propósito resolver cuestiones sustantivas o de gran importancia.¹³² Además, tras exponer los recursos previstos en la normativa del CIADI contra los laudos, el tribunal afirmó:

“Nowhere is there any suggestion that the Tribunal might be able, before completing the award which may then be subject to that range of processes explicitly provided for in careful detail, to reexamine parts of its decision in effect by way of a rehearing or an appeal.”¹³³

86. Un razonamiento análogo se observa en un arbitraje interestatal que interesa traer a colación en este momento, dado que su reglamento de procedimiento se inspiró en la normativa CIADI. En efecto, en el caso de las *Tasas a los Usuarios del Aeropuerto de Heathrow (Estados Unidos/Reino Unido)*, los Estados Unidos presentaron una solicitud de corrección, aclaración y decisión suplementaria del Laudo sobre responsabilidad. El tribunal reconoció que poseía un poder inherente para corregir errores de escritura, aritméticos y similares, pero para determinar si podía revisar el laudo más allá de este tipo de corrección, debía atenerse a la intención de las partes y, en virtud del carácter consensual que caracteriza al arbitraje, no podía ejercer una facultad que fuera contraria a lo acordado por ellas. Finalmente, tras analizar las disposiciones del Reglamento de procedimiento, concluyó que no tenía poderes inherentes para atender la solicitud de los Estados Unidos, pues la misma tenía una finalidad semejante a la apelación.¹³⁴

87. Por lo tanto, estos casos muestran que los poderes inherentes que un tribunal puede ejercer se verían limitados por las normas constitutivas del órgano arbitral y otras normas procesales que pudiera haber aprobado o acordado las partes y, en definitiva, a la intención de sus redactores. Es evidente que, ante el silencio en la norma respecto a una acción concreta, las interpretaciones e inferencias que se extraigan pueden ser distintas, lo que supone un riesgo para la coherencia en las decisiones arbitrales.

C) La reconsideración como un poder limitado para garantizar la eficacia del proceso y la corrección del laudo

88. El planteamiento de un recurso que pueda alterar una cuestión ya decidida pone en riesgo la estabilidad de las relaciones jurídicas. Si las decisiones preliminares pudieran reabrirse en cualquier momento y en cualquier circunstancia, este hecho no solo generaría incertidumbre para los interesados y la imposibilidad de disfrutar plenamente de la situación declarada por el órgano jurisdiccional, sino que impediría avanzar en el proceso hacia su conclusión.

¹³⁰ *Abaclat y otros c. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/07/5), Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad de 4 de agosto de 2011, párrs. 518-520.

¹³¹ Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, arts. 31-33.

¹³² *ConocoPhillips Petrozuata B.V. y otros c. Venezuela* (Caso CIADI N° ARB/07/30), Decisión sobre Reconsideración de 9 de febrero de 2016, párrs. 24-25.

¹³³ *Ibid.*, párr. 27.

¹³⁴ *United States-United Kingdom Arbitration concerning Heathrow Airport User Charges (United States-United Kingdom)*, 30 November 1992-2 May 1994. Decision No. 23 of the Tribunal (Supplementary Decisions and Clarifications) (*Determination of USG's Request*), Decisión de 1 de noviembre de 1993, *UNRIAA*, vol. XXIV, pp. 337-355, párrs. 2.30-2.32.

89. En aras de preservar los intereses de los litigantes y la seguridad jurídica en general, los recursos suelen estar limitados por unas condiciones tasadas. La apelación es el recurso que impone unas condiciones menos rigurosas para su planteamiento y de ahí que sea el recurso ordinario por excelencia en los sistemas jurisdiccionales nacionales. La jurisdicción del CIADI no admite la apelación, tal como dispone expresamente el art. 53 del Convenio CIADI. Los restantes recursos, ya mencionados *supra*, están condicionados al cumplimiento de unos requisitos exigentes y que los órganos arbitrales se han ocupado de aclarar en la práctica.

90. En los casos más recientes los órganos arbitrales del CIADI han llegado a la conclusión de que podían reconsiderar una decisión previa emitida durante el procedimiento, pero han declarado que se trata de un poder limitado, por lo que únicamente se podrá reconsiderar una decisión anterior al laudo cuando concurran *circunstancias excepcionales y limitadas*,¹³⁵ puesto que, como afirmó el tribunal en *SCB c. TANESCO*: “A decision of an ICSID tribunal cannot be considered to be merely a draft that can be reopened at will.”¹³⁶

91. Tanto en *SCB c. TANESCO* como en *Burlington Resources c. Ecuador*, los tribunales afirmaron que este poder de reconsideración debía *guiarse*, pero *no estar sujeto*, por los límites previstos en la normativa del CIADI para el reexamen de los laudos.¹³⁷ En otras palabras, entendieron que reabrir una cuestión ya decidida debía estar sujeta a ciertos límites porque las decisiones anteriores eran de obligado cumplimiento; de lo contrario, una facultad ilimitada generaría una “incertidumbre considerable”.¹³⁸

92. En primer lugar, en *SCB c. TANESCO* el tribunal declaró: “Whatever the power the tribunal has to reconsider a decision that power must *at least* extend to the grounds from reopening an award in Article 51.”¹³⁹ El tribunal optó por aplicar la causa de revisión prevista en el art. 51 del Convenio CIADI, aunque de sus palabras (“*at least*”) se podría pensar que cabrían otros motivos. En efecto, de esta afirmación parece desprenderse que el art. 51 del Convenio CIADI constituye el umbral mínimo para admitir la reconsideración de una decisión; un umbral que, en función de las circunstancias del caso, podría elevarse por encima incluso de los requisitos establecidos en este precepto.

93. Por su parte, el solicitante (*Standard Chartered Bank Ltd. (Hong Kong)*) alegó dos causas de reconsideración, a saber: primera, que el tribunal había decidido sin conocer hechos materiales ocultos deliberadamente por la contraparte y que, de haberlos conocido su decisión habría sido distinta; y, segunda, un error de derecho.

¹³⁵ *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistán* (Caso CIADI N° ARB/12/1), Laudo 12 de julio de 2019, párr. 165; *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited c. Tanzania Electric Supply Company Limited* (Caso CIADI N° ARB/10/20), Decisión sobre anulación de 22 de agosto de 2018, párr. 173; *Burlington Resources, Inc. c. Ecuador* (Caso CIADI N° ARB/08/5), Decisión sobre Reconsideración y Laudo de 7 de febrero de 2017, párr. 108; *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited c. Tanzania Electric Supply Company Limited* (Caso CIADI N° ARB/10/20), Laudo de 12 de septiembre de 2016, párr. 322; por último, menos reciente, *Perenco Ecuador Ltd. c. Ecuador y Petroecuador* (Caso CIADI N° ARB/08/6), Decisión sobre Reconsideración de 10 de abril de 2015, párr. 6.

¹³⁶ *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited c. Tanzania Electric Supply Company Limited* (Caso CIADI N° ARB/10/20), Laudo de 12 de septiembre de 2016, párr. 322; y *Burlington Resources, Inc. c. Ecuador* (Caso CIADI N° ARB/08/5), Decisión sobre Reconsideración y Laudo de 7 de febrero de 2017, párr. 96.

¹³⁷ *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited c. Tanzania Electric Supply Company Limited* (Caso CIADI N° ARB/10/20), Laudo de 12 de septiembre de 2016, párr. 322; y *Burlington Resources, Inc. c. Ecuador* (Caso CIADI N° ARB/08/5), Decisión sobre Reconsideración y Laudo de 7 de febrero de 2017, párr. 94. Conviene exponer literalmente las palabras del tribunal en el primer caso, reproducidas en el segundo: “In exercising the power to reopen a decision, a tribunal should be guided by, although not bound by, the limitations on reopening that apply to awards.”

¹³⁸ *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited c. Tanzania Electric Supply Company Limited* (Caso CIADI N° ARB/10/20), Laudo de 12 de septiembre de 2016, párr. 322; y *Burlington Resources, Inc. c. Ecuador* (Caso CIADI N° ARB/08/5), Decisión sobre Reconsideración y Laudo de 7 de febrero de 2017, párr. 96.

¹³⁹ *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited c. Tanzania Electric Supply Company Limited* (Caso CIADI N° ARB/10/20), Laudo de 12 de septiembre de 2016, párr. 322. [La cursiva es nuestra]

94. Como el tribunal admitió la primera causa, no entró a valorar si el error de derecho podría justificar la reapertura de la decisión anterior, por lo que queda la duda de si se hubiera admitido el error de derecho como causa de reconsideración. Este caso, además, nos ofrece el primer “precedente” en el que se ha admitido una solicitud de “revisión” en el sistema el CIADI, si bien es cierto que de manera indirecta a través de una solicitud de reconsideración.¹⁴⁰

95. En segundo lugar, en *Burlington Resources, Inc. c. Ecuador* el tribunal abordó su facultad de reconsiderar la Decisión sobre responsabilidad dictada con anterioridad, siguiendo la misma práctica, es decir, aplicando por analogía el art. 51 del Convenio CIADI. No obstante, el tribunal expresó su acuerdo con la decisión en *SCB c. TANESCO* al admitir que para el ejercicio de la facultad de reconsideración debía guiarse por las limitaciones aplicables a los laudos, pero sin estar sujeto a ellas. Estas limitaciones, a juicio del tribunal, incluían la prohibición de apelación (art. 53 del Convenio CIADI), el descubrimiento de un hecho nuevo (art. 51 del Convenio CIADI) y, *posiblemente*, las causales de anulación (art. 52 del Convenio CIADI).¹⁴¹ Una vez más, el término “posiblemente” genera dudas, aunque finalmente el tribunal acabó descartando la posibilidad de aplicar por analogía las causales de anulación. Debe considerarse que la facultad de anular los laudos corresponde a un tribunal distinto al que emite el laudo, por lo que proceder a reconsiderar una decisión sobre la base de estas causales por el mismo tribunal que la adoptó “sería desconocer la organización de facultades”¹⁴² prevista en el Convenio CIADI.

96. Por su parte, Ecuador alegó dos causas de reconsideración que fueron: primera, el tribunal cometió un error de derecho; y, segunda, el tribunal fue engañado por *Burlington* y llegó a su conclusión sobre la base de hechos incompletos.¹⁴³ En cuanto a la primera causa, a la luz de los argumentos aportados por Ecuador para apoyarla, el tribunal la rechazó, ya que, por un lado, entendió que la petición de Ecuador suponía una apelación prohibida por el art. 53 del Convenio CIADI¹⁴⁴ y, por otro, aportaba un argumento que, por caer en el ámbito de la anulación, resultaba improcedente.¹⁴⁵ Respecto a la segunda causa, el tribunal entendió que entraba en el alcance de la revisión prevista en el art. 51 del Convenio CIADI, pero finalmente inadmitió la solicitud por no cumplir con todas las condiciones que establece el citado precepto. Conviene destacar que las partes estuvieron de acuerdo en que se podía aplicar la revisión por analogía, aunque Ecuador pretendía que las condiciones de la revisión no se aplicaran como tales a la decisión previa. En concreto, defendió que el plazo fijado en el art. 51.2 del Convenio CIADI no era aplicable, ya que este plazo “se estipuló para evitar revisiones indefinidas luego del dictado de un laudo” y el proceso arbitral aún estaba en curso.¹⁴⁶ El tribunal rechazó este planteamiento pues el mantenimiento de las condiciones fijadas para la revisión permitía mantener un equilibrio entre los intereses de seguridad jurídica y eficacia procesal y, en particular, el sometimiento a un plazo “alienta el buen comportamiento” del solicitante.¹⁴⁷ Este razonamiento nos permite identificar la importancia del principio de buena fe también en materia de recursos.

97. No obstante, el comité *ad hoc* que conoció de la solicitud de anulación planteada por *TANESCO* contra la Decisión sobre reconsideración, entre otros motivos, dio a entender que la aplicación por analogía del art. 51 del Convenio CIADI no implicaba una aplicación estricta de las condiciones de la revisión:

¹⁴⁰ Ninguna solicitud de revisión planteada hasta la fecha conforme al art. 51 del Convenio CIADI ha sido admitida por los órganos arbitrales del CIADI.

¹⁴¹ *Burlington Resources, Inc. c. Ecuador* (Caso CIADI N° ARB/08/5), Decisión sobre Reconsideración y Laudo de 7 de febrero de 2017, párr. 94.

¹⁴² *Ibid.*, párrs. 107-108.

¹⁴³ *Ibid.*, párrs. 49 y 80.

¹⁴⁴ *Ibid.*, párr. 111: “En la medida en que Ecuador afirma que la interpretación por parte del Tribunal del Artículo 74 de la LH y la decisión de prescindir del análisis de si Burlington también podía invocar *la exceptio non adimpleti contractus* constituyen errores de derecho, el Tribunal coincide con Burlington en que estas presentaciones suponen una apelación. Tal como se analizara *supra*, las apelaciones son inadmisibles en virtud del Artículo 53 del Convenio CIADI.”

¹⁴⁵ *Ibid.* párrs. 113-115.

¹⁴⁶ *Ibid.* párrs. 102-103.

¹⁴⁷ *Ibid.*, párr. 104.

“The Committee disagrees. As mentioned above in paragraph 161, the Tribunal did not “apply” Article 51 of the ICSID Convention but simply turned to it seeking guidance on the nature of a discovery that would justify reconsideration of the Decision on Jurisdiction. In the Committee’s view, *this reliance on Article 51 of the ICSID Convention by analogy did not require the Tribunal to follow that provision to the letter*. The Tribunal’s reliance on Article 51 of the ICSID Convention was inspired by its desire to make sure that the circumstances before it reached the threshold required to justify the exceptional remedy of reopening an interlocutory decision – which it did.”¹⁴⁸

98. Este pronunciamiento genera ciertas dudas sobre la “aplicación flexible” de la revisión del art. 51 del Convenio CIADI, puesto que las condiciones para que sea admitida son acumulativas. Se trata de un procedimiento de carácter excepcional y, por consiguiente, aplicar estas condiciones de manera menos rigurosa por tratarse de una decisión preliminar y no un laudo podría poner en riesgo la seguridad jurídica.

99. Por último, en el caso más reciente, *Tethyan Cooper c. Pakistán*, el órgano arbitral ha confirmado la potestad de reconsiderar y de aplicar el art. 51 del Convenio CIADI por analogía, valorando si los hechos nuevos invocados por Pakistán hubieran sido decisivos. Pakistán alegó haber descubierto dos tipos de errores en los informes de los expertos presentados por la empresa demandante que habrían conducido al tribunal a alcanzar una conclusión errónea en cuanto a la responsabilidad de Pakistán por incumplir el APPRI celebrado entre Australia y Pakistán, al no conceder la licencia de minería a la empresa *Tethyan Copper Company Pakistan (Private) Limited*.¹⁴⁹ El tribunal concluyó que estos errores no afectaban a la declaración de responsabilidad de Pakistán. No obstante, señaló que las partes no habían presentado opiniones de expertos independientes en la fase de jurisdicción y responsabilidad; por lo tanto, en la fase de cuantificación de daños el tribunal se pronunciaría sobre las alegaciones del demandado, en la medida en que fuera preciso para valorar los daños causados a la empresa.¹⁵⁰ Conviene también destacar que el tribunal empleó la misma fórmula que en los casos anteriores, indicando que podía reconsiderar su Decisión sobre jurisdicción y responsabilidad guiándose (“*taking guidance*”) por los requisitos del art. 51 del Convenio CIADI.¹⁵¹

100. Por otra parte, en *Perenco c. Ecuador*, el tribunal no admitió la facultad de reconsiderar, pero su decisión se presenta con cierta ambigüedad. En primer lugar, Ecuador alegó tres motivos que encajan con tres causales de anulación de un laudo (art. 52 del Convenio CIADI), a saber: la violación de normas fundamentales del procedimiento; la extralimitación manifiesta de las facultades del tribunal; y la falta de exposición de los motivos en que se basaba la decisión. Pero, además, Ecuador defendía una facultad amplia del tribunal para reabrir la Decisión sobre jurisdicción y responsabilidad que cuestionaba, es decir, ya fuera sobre alguna de estas causales de anulación o por medio de la causal de revisión o “en cualquier otro caso donde resulte necesario a los fines de hacer justicia”,¹⁵² invocando así todas las acciones posteriores al laudo que la normativa del CIADI prevé.

101. El tribunal resolvió este caso teniendo en cuenta la decisión dictada en *ConocoPhillips y otros c. Venezuela* y la opinión disidente que la acompañaba. Así, analizó todas las disposiciones del Convenio del CIADI y las Reglas de Arbitraje invocadas por Ecuador, con especial atención en el art.

¹⁴⁸ *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited c. Tanzania Electric Supply Company Limited* (Caso CIADI N° ARB/10/20), Decisión sobre anulación de 22 de agosto de 2018, párr. 164 y 325.

¹⁴⁹ *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistán* (Caso CIADI N° ARB/12/1), Laudo 12 de julio de 2019, párr. 166. Ver la Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad de 10 de noviembre de 2017, párr. 1373.

¹⁵⁰ *Tethyan Copper Company Pty Limited c. Pakistán* (Caso CIADI N° ARB/12/1), Laudo 12 de julio de 2019, párrs. 170-171 y 173-174.

¹⁵¹ *Ibid.*, párr. 165: “In its Decision on Respondent’s Reconsideration Request, the Tribunal found that it had the power to reconsider the Decision on Jurisdiction and Liability within a certain scope and limits, in particular taking guidance from the requirements of Article 51 of the ICSID Convention. On that basis, the decisive question for the Tribunal to determine was whether the allegedly newly discovered facts presented by Respondent were “of such a nature as decisively to affect the pre-award decision.”

¹⁵² *Perenco Ecuador Ltd. c. Ecuador y Petroecuador* (Caso CIADI N° ARB/08/6), Decisión sobre Reconsideración de 10 de abril de 2015, párr. 9.

52 (recurso de anulación) a la luz de las causas alegadas por Ecuador. El órgano arbitral concluyó: “El Artículo 52 del Convenio no otorga al Tribunal la facultad de reabrir, modificar y/o dejar sin efecto una decisión previa al dictado del laudo.”¹⁵³ El tribunal destacó que, de todos los procedimientos posteriores al laudo que prevé la normativa del CIADI, el único que permitía una revisión del laudo era el art. 51 del Convenio CIADI, siempre sujeto a la causal expresamente prevista en ese artículo,¹⁵⁴ pero la solicitud de Ecuador no encajaba en este supuesto.¹⁵⁵

102. Conviene subrayar que, aunque el órgano arbitral consideró que no tenía la facultad de reconsiderar una decisión previa al laudo, examinó los argumentos de Ecuador “exclusivamente a fines ilustrativos y sin perjuicio de su decisión de que no tiene la facultad de reabrir y reconsiderar sus decisiones en la forma en que Ecuador lo solicita.”¹⁵⁶

103. En definitiva, en todos estos casos los tribunales arbitrales parecen aceptar la causa de revisión prevista en el art. 51 del Convenio CIADI, es decir, el descubrimiento de un hecho nuevo de influencia decisiva, como justa causa para proceder a la revisión de una decisión preliminar. Esta causa es mucho más limitada que aquellas que disponían las comisiones mixtas y órganos arbitrales en la práctica arbitral internacional clásica.¹⁵⁷

104. La aplicación por analogía de esta causal de revisión a decisiones anteriores al laudo resulta llamativa, especialmente porque la base jurídica por la que el tribunal se atribuye esta competencia sigue sin estar clara. En *Burlington Resources, Inc. c. Ecuador*, el tribunal esgrimió como uno de los argumentos a favor de su aplicación que la revisión se sustancia ante el mismo tribunal que dictó el laudo siempre que sea posible.¹⁵⁸ Esta es una razón práctica que juega en favor de la aplicación de este mecanismo a las decisiones preliminares. Asimismo, la revisión está prevista en la mayoría de normas estatutarias o reglamentarias de los tribunales internacionales.¹⁵⁹ Incluso se ha llegado a reconocer esta causa de revisión por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sin estar prevista la revisión en su normativa.¹⁶⁰ Además, su contenido básico se encuentra reflejado en la Regla 38.2 de las Reglas de Arbitraje del CIADI como causa que justifica la reapertura del procedimiento antes de que se dicte el laudo. Por consiguiente, la práctica evidencia un acuerdo general (*consensus generalis*) favorable a reconocer el descubrimiento de un hecho de influencia decisiva como motivo de índole suficiente para modificar una decisión definitiva.

¹⁵³ *Ibid.*, párr. 97.

¹⁵⁴ *Ibid.*, párrs. 41 y 51.

¹⁵⁵ *Ibid.*, párr. 50.

¹⁵⁶ *Ibid.*, párr. 97. Interesa destacar que del contenido de la Decisión el tribunal parece no descartar que pueda haber circunstancias que justifiquen en algún caso la reconsideración del tribunal, así en el párr. 6, señala: “En los párrafos 3(c) y (d) de la Resolución Procesal Núm. 11, el Tribunal señaló que “sólo bajo circunstancias excepcionales podría el Tribunal reconsiderar una decisión previa motivada” y, por tanto, le indicó al Ecuador que orientara su Solicitud a establecer “la existencia de dichas circunstancias excepcionales que justificaran la reconsideración” de su Decisión. (...)” Indicamos que no hemos podido consultar la Resolución Procesal N° 11, pues no se ha hecho pública; por ello, nos remitimos a este párrafo de la Decisión sobre Reconsideración en el que se alude a la misma.

¹⁵⁷ Ver *supra*, notas 22-23.

¹⁵⁸ *Burlington Resources, Inc. c. Ecuador* (Caso CIADI N° ARB/08/5), Decisión sobre Reconsideración y Laudo de 7 de febrero de 2017, párrs. 98 y 108.

¹⁵⁹ Art. 61 del Estatuto de la CIJ; art. 44 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 1 de julio de 2013; art. 127 del Reglamento de procedimiento del Tribunal Internacional de Derecho del Mar, ITLOS/8, 17 de marzo de 2009; Regla 80 del Reglamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, versión de 1 de agosto de 2018; art. 24 del Estatuto del Mecanismo Residual Internacional para los Tribunales Penales Internacionales, aprobado por Resolución del Consejo de Seguridad 1966 (2010), de 22 de diciembre de 2010; art. 55 de la Convención para la resolución pacífica de controversias internacionales de 1899; o art. 83 de la Convención para la resolución pacífica de controversias internacionales de 1907. El propio órgano arbitral en *Burlington Resources, Inc. c. Ecuador* hizo referencia a la aceptación general de la causa de revisión en otras jurisdicciones internacionales como la CIJ o el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos: ver *Burlington Resources, Inc. c. Ecuador* (Caso CIADI N° ARB/08/5), Decisión sobre Reconsideración y Laudo de 7 de febrero de 2017, párrs. 100.

¹⁶⁰ Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Solicitud de Revisión de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Resolución de la Corte de 13 de septiembre de 1997. Serie C No. 45*, párr. 6.

105. En suma, existe una opinión mayoritaria entre los órganos arbitrales que han lidiado con solicitudes de reconsideración de que poseen esta facultad de manera limitada, admitiendo por el momento la causa prevista en el art. 51 del Convenio CIADI para la revisión del laudo, a saber, el descubrimiento de un hecho nuevo de influencia decisiva.

3. La reconsideración: ¿una apelación *de facto*?

106. El hecho de que la reconsideración de una decisión preliminar no se encuentre prevista expresamente en la normativa procesal puede dar lugar a diferentes interpretaciones por parte de los tribunales arbitrales del CIADI, tanto respecto a la existencia misma de una facultad de reconsideración, como a las causas que pueden motivar esta acción.

107. El art. 53 del Convenio CIADI prohíbe la apelación del laudo y cualquier otro recurso, salvo los mecanismos previstos en la normativa CIADI, como ya se expuso. De hecho, en el seno del CIADI se exploró la posibilidad de introducir un órgano de apelación único o centralizado, pero finalmente esta propuesta se consideró prematura y no prosperó.¹⁶¹ Por ello, parece clara la intención de los Estados partes del Convenio CIADI de excluir la posibilidad de apelación del laudo.

108. Sin embargo, actualmente en el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI se debate sobre una posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversores y Estados. En este marco institucional algunos Estados y también la Unión Europea¹⁶² han abogado, entre otras propuestas, por la creación de un tribunal multilateral de inversiones de carácter permanente y un mecanismo de apelación único.¹⁶³ El objetivo de los mismos sería favorecer una interpretación unitaria de las normas aplicables en materia de inversiones extranjeras que contribuyera a garantizar la coherencia, consistencia y previsibilidad de la práctica arbitral, así como corregir, naturalmente, los posibles errores cometidos por los árbitros.

109. Debe tenerse en cuenta que, en un sistema de justicia arbitral descentralizado donde los tribunales se constituyen *ad hoc*, es natural que su composición varíe de un caso a otro, aunque los miembros sean elegidos de la lista de árbitros que ofrece la institución, en este caso, el CIADI.¹⁶⁴ Este fenómeno acentúa el riesgo de que se produzca una divergencia de opiniones derivada de la aplicación de criterios interpretativos distintos o sencillamente de enfoques distintos de los árbitros según su formación privatista o publicista. En particular, un tribunal multilateral permanente de inversiones y un órgano de apelación único podrían minimizar el riesgo de interpretaciones discordantes y contribuir a crear un verdadero cuerpo jurisprudencial en este sector normativo. En todo caso, el hecho de que se esté valorando la creación de un órgano multilateral de apelación, cualquiera que sea la forma que finalmente

¹⁶¹ Véase la propuesta de introducir un órgano de apelación en el CIADI en ICSID Secretariat, *Discussion Paper, Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, de 22 de octubre de 2004, p. 14 y ss. Finalmente, se desistió en esta reforma: ver ICSID Secretariat, *Working Paper, Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations*, de 12 de mayo de 2005, párr. 4.

¹⁶² Desde 2015 la Comisión Europea está impulsando la creación de un tribunal multilateral de inversiones que cuente con una primera instancia y una segunda instancia de apelación. Algunos tratados recientes de libre comercio e inversión firmados por la UE con terceros países ya contienen cláusulas que hacen referencia a este tribunal multilateral permanente de inversiones y a un órgano de apelación: ver *inter alia*, art. 8.29 del Acuerdo entre la UE y Canadá (CETA), de 30 de octubre de 2016, en vigor provisionalmente desde el 21 de septiembre de 2017; o el art. 3.41 del Acuerdo entre la UE y Vietnam, de 30 de junio de 2019. Véase también el Documento presentado por la Unión Europea y sus Estados miembros al Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, de 18 de enero de 2019, y otros documentos relevantes sobre la propuesta de constituir un tribunal multilateral de inversiones en la web de la Comisión Europea <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1608>

¹⁶³ A/CN.9/1004/Add.1, de 28 de enero de 2020; A/CN.9/WG.III/WP.185, de 29 de noviembre de 2019; y A/CN.9/WG.III/WP.150, de 28 de agosto de 2018. Sobre estas reformas: ver E. FERNÁNDEZ MASÍ y M. SALVADORI, “Lo que se está discutiendo en la CNUDMI: Evolución o revolución en el sistema de solución de controversias inversor-estado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, nº 1, 2020, pp. 203-218.

¹⁶⁴ A medida que ha aumentado el número de Estados partes en el Convenio CIADI, ha aumentado significativamente el número de árbitros que se encuentran inscritos en la lista de árbitros y conciliadores: ver <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/arbitrators/CVSearch.aspx>

adopte, pone de manifiesto que quizás el sistema de recursos actual previsto para los laudos arbitrales en materia de inversiones no sea satisfactorio.

110. Sin embargo, todavía quedan muchas cuestiones abiertas que deben ser afrontadas para poder alcanzar un consenso sobre la introducción de este órgano de apelación, entre otras: ¿cuáles serían los motivos de apelación?; ¿podría solicitarse la apelación solo por errores de derecho o también por errores de hecho?; ¿sería admisible cualquier error o solo aquellos graves o manifiestos?; o ¿cuáles serían las consecuencias jurídicas de la apelación y cómo se gestionaría una decisión que la admitiera?¹⁶⁵

111. Las causas que motivan un recurso deben estar claramente definidas con el objetivo de evitar que se haga un uso indebido del mismo. También en materia de recursos las partes enfrentadas deben mantener una conducta conforme con el principio general de buena fe y no intentar desvirtuar el sistema de justicia mediante subterfugios.¹⁶⁶

112. Por ello, una de las cuestiones principales a dilucidar por los órganos arbitrales en los casos de reconsideración estudiados ha sido determinar los motivos que pueden justificar tal acción. A nuestro juicio, cualquier interpretación que conduzca a confundir la reconsideración con una apelación o una anulación sería contraria a la letra del Convenio CIADI y a la intención de sus redactores.

113. Se ha expuesto cómo en *SCB c. TANESCO* el tribunal se pronunció sobre la primera causa relativa a la ocultación deliberada de una información esencial para la solución de la controversia y procedió a la reconsideración de su decisión, por lo que decidió no entrar en la segunda causa basada en un error de derecho, sin especificar si sería posible o no proceder a reconsiderar la decisión por esta causa. Un error de derecho es una causa general que motiva una apelación, por lo que la solicitante de reconsideración en este litigio ¿no estaría entonces formulando una apelación *de facto*?

114. En el marco del CIADI se presentan importantes dificultades técnicas que impiden la introducción de un mecanismo de apelación. El reto más evidente es la prohibición de apelación prevista en el art. 53 del Convenio CIADI. Sería necesaria, por tanto, una enmienda de dicho instrumento internacional; un procedimiento que requeriría la unanimidad de los Estados partes (art. 66 del Convenio CIADI), lo que es especialmente difícil de lograr en el actual contexto internacional. Por eso, resulta muy conveniente valorar otras alternativas a la apelación que permitan potenciar la coherencia, consistencia y corrección de las decisiones arbitrales.¹⁶⁷

115. En nuestra opinión, la reconsideración se podría estar empleando en el marco del CIADI como una alternativa, ante la ausencia de un mecanismo de apelación. Las dificultades técnicas que impiden introducir una apelación en este marco institucional se verían salvadas por medio de la reconsideración si se permitiera que esta se planteara por causa de un error de hecho o de derecho; es decir, aunque *de iure* no existiera un recurso de apelación, se estaría produciendo *de facto* por medio de una “reconsideración”. Debe tenerse en cuenta que no solo se ha planteado la reconsideración de decisiones preliminares sobre cuestiones de competencia y jurisdicción, sino también sobre responsabilidad, por lo

¹⁶⁵ A/CN.9/1004/Add.1, de 28 de enero de 2020, párrs. 25-30.

¹⁶⁶ Sobre el uso indebido de los recursos: ver L. ARAGONÉS MOLINA, “El riesgo de apelación encubierta en el arbitraje de inversión ante el CIADI”, en A. GUERRERO ORTEGA, G. ROS MAGÁN, P. RUIZ BENITO, F. PASCUAL-VIVES, C. TEJEDOR MARTÍNEZ Y V. TABERNERO MAGRO, (eds.), *Séptimas jornadas de jóvenes investigadores de la Universidad de Alcalá*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares 2019, pp. 81-90.

¹⁶⁷ Sobre los problemas y las posibles alternativas en torno a la introducción de un mecanismo de apelación en el arbitraje de inversión ante el CIADI. Ver, *inter alia*, C.J. TAMS, *loc. cit.*, 49 pp.; CH.H. SCHREUER Y A. DE LA BENA, “Does ISDS Need an Appeals Mechanism?”, *Transnational Dispute Management*, n° 2, 2020, 8 pp. Asimismo, se menciona la dificultad de introducir un mecanismo de apelación en el CIADI y se mencionan algunos mecanismos alternativos en el documento de la Secretaría de la CNUDMI: ver A/CN.9/WG.III/WP.185, de 29 de noviembre de 2019, párrs. 38 y 49 (respecto a este último párrafo, véanse las notas al pie 53-55); y A/CN.9/1004/Add.1, de 28 de enero de 2020, párrs. 78-79.

que la reconsideración se presentaría como una alternativa factible frente a la ausencia de una apelación para conseguir una modificación sustantiva de una decisión que, naturalmente, influiría en el laudo definitivo al incorporarse al mismo. Técnicamente no se estaría vulnerando el art. 53 del Convenio CIADI, pues la reconsideración afecta a una decisión preliminar, no al laudo. Además, al corregirse el error en un procedimiento todavía abierto, las partes ahorrarían en costes y tiempo en comparación con la opción de plantear un recurso de apelación contra el laudo.

116. Conviene destacar que, en los debates sustanciados en la CNUDMI, algunos Estados han propuesto que la futura apelación se pueda plantear contra decisiones de jurisdicción en un procedimiento todavía en curso.¹⁶⁸ Asimismo, en la propuesta que se debatió en el seno del CIADI para la introducción de un mecanismo de apelación también se expuso que, ante la aproximación particular que se mantiene en el CIADI acerca de los conceptos de decisión preliminar y laudo, sería necesario que, para evitar divergencias entre casos del CIADI y casos ajenos al CIADI, las reglas procesales del órgano de apelación establecieran claramente si sería posible o no impugnar los laudos parciales y las decisiones preliminares.¹⁶⁹ A nuestro juicio, esta indicación en la propuesta debatida en 2004 pone de relieve que actualmente la estructura del CIADI no prevé la impugnación de decisiones preliminares y que, en efecto, sería necesario, para evitar interpretaciones divergentes entre los tribunales, que esta cuestión estuviera claramente prevista en la normativa procesal.

117. Ahora bien, la alternativa de la reconsideración por causa de cualquier error de hecho o de derecho sólo contribuiría, como máximo, a garantizar la corrección del laudo definitivo, pero no evitaría los riesgos de discordancia en la práctica arbitral. También debe tenerse en cuenta que la reconsideración la lleva a cabo el mismo órgano arbitral, al tratarse de un procedimiento en curso, y no un tribunal distinto, como habitualmente sucede con la apelación o la anulación. El recurso ante otro tribunal pretende aportar, precisamente, cierta garantía de corrección de la decisión, al ser sometida a un doble examen por árbitros distintos a los que la dictaron.

118. En cualquier caso, reiteramos que, a nuestro juicio, utilizar esta vía para lograr una modificación sustantiva de una decisión previa al laudo, no sería acorde a la letra del Convenio CIADI en su versión actualmente vigente, por lo que si un órgano arbitral considera que puede ejercer esta facultad, como se ha visto en los casos más recientes, es necesario que limite su utilización a causas específicas y tasadas y, todavía bajo esos parámetros, constituye una solución discutible que conlleva ciertos riesgos.

119. El órgano arbitral en *Burlington Resources, Inc. c. Ecuador* fue claro al rechazar la primera causa alegada por Ecuador al considerar que se trataba de una apelación prohibida por el art. 53 del Convenio CIADI. Asimismo, en *Perenco c. Ecuador* y en *Burlington Resources, Inc. c. Ecuador* se alegaron causales para la reconsideración de la decisión propias de un recurso de anulación (art. 52 del Convenio CIADI) y los órganos arbitrales rechazaron esta posibilidad.

120. En general, se ha admitido la reconsideración por causa del descubrimiento de un hecho nuevo, aplicando por analogía el art. 51 del Convenio CIADI, aunque a veces con cierta ambigüedad, es decir, sin dejar claro si caben otras causas de reconsideración, como podrían ser las causas de anulación, o si cabe una aplicación “flexible” de las condiciones de revisión. Aunque sería conveniente que los órganos arbitrales se pronunciaran con mayor claridad sobre las causas de reconsideración, se observa que su intención es limitar su alcance y no convertirla en una apelación *de facto*.

121. Por otra parte, también interesa valorar si, en caso de que se creara un mecanismo de apelación, se seguiría solicitando la reconsideración de estas decisiones preliminares. A nuestro juicio, a

¹⁶⁸ A/CN.9/1004/Add.1, de 28 de enero de 2020, párr. 33.

¹⁶⁹ ICSID Secretariat, *Discussion Paper, Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, de 22 de octubre de 2004, Annex, párr. 8.

la luz de las causas alegadas en los casos estudiados, consideramos que lo más probable es que no se solicitara la reconsideración, sino que los interesados acudirían a la apelación.¹⁷⁰ Si finalmente se creara un órgano de apelación único y permanente, además de favorecer la corrección de las decisiones, este órgano podría dotar de una mayor coherencia y consistencia a los laudos definitivos; objetivo que no se logra actualmente por medio de la reconsideración. El inconveniente, no obstante, sería el mayor tiempo que requeriría el procedimiento y el coste que supondría para los litigantes, cuestiones todas ellas que deberían tenerse en cuenta a la hora de decidir los plazos para interponer el recurso de apelación o el plazo en que el órgano de apelación debe resolver, así como la adopción de medidas que impidieran el planteamiento de recursos infundados con el propósito de retrasar la ejecución del laudo, por ejemplo, mediante la imposición de costas a la parte recurrente si se aprecia que ha obrado de mala fe.

V. Conclusiones

122. En el seno del CIADI se ha solicitado en varias ocasiones la reconsideración de las decisiones preliminares que resuelven tanto excepciones a la jurisdicción, como cuestiones de responsabilidad. El eje central de la discusión mantenida en todos estos litigios ha sido el posible efecto de cosa juzgada de las decisiones previas al laudo. Los órganos arbitrales se han mostrado divididos en torno a esta cuestión. No obstante, es mayoritaria la opinión de que las decisiones preliminares no poseen efecto de cosa juzgada hasta que se incorporan al laudo, respondiendo así a la consideración de la normativa procesal del CIADI como *lex specialis* y, por ende, a la propia estructura de este sistema. Lo anterior no quiere decir que estas decisiones puedan reabrirse en cualquier momento, a discreción de las partes. Esta circunstancia sería contraria a la seguridad jurídica y prolongaría los procedimientos indefinidamente en detrimento de la eficacia procesal.

123. Al hilo del debate sobre el efecto de cosa juzgada, surge la cuestión de la posible reconsideración de estas decisiones, es decir, si es posible admitir una suerte de recurso que no está previsto expresamente en la normativa del CIADI. Por un lado, los tribunales que han concluido que las decisiones preliminares no poseen efecto de cosa juzgada entienden que pueden reexaminarlas en el curso del procedimiento, si bien bajo condiciones limitadas. Por otro, los órganos arbitrales que han abogado por el efecto de cosa juzgada admiten que estas decisiones no pueden ser reabiertas hasta que se incorporen al laudo y se interponga alguno de los recursos que la normativa CIADI prevé contra los laudos.

124. Ambas posiciones revisten ventajas e inconvenientes. Por un lado, la solución adoptada por los órganos arbitrales del CIADI que confirma la posibilidad de reconsiderar una decisión preliminar permite subsanar un error antes de que se pronuncie un laudo definitivo que se dictaría sobre unos presupuestos erróneos, favoreciendo así una buena administración de justicia. De lo contrario, posiblemente el error daría lugar al planteamiento de un recurso de revisión o anulación contra el laudo en los términos previstos en la normativa CIADI, si se dieran las condiciones para ello, lo que supondría una prolongación del proceso y un mayor coste económico para las partes o, en el peor de los casos, es decir, si no se dieran las condiciones tasadas para el planteamiento de estos recursos y en ausencia de apelación, quedaría confirmada una decisión injusta. Por lo tanto, la reconsideración puede entenderse como un recurso que favorece la buena administración de justicia, tanto desde la celeridad y eficacia con que los jueces y árbitros deben resolver las causas traídas ante ellos, como desde el punto de vista de la garantía de la corrección de la decisión y, en definitiva, de la justicia del laudo definitivo que incorporará todas las decisiones anteriores.

125. Por otro lado, no hay que olvidar que la reconsideración es un recurso que no está previsto expresamente en la normativa CIADI, por lo que su base jurídica es controvertida. Los órganos jurisdiccio-

¹⁷⁰ Interesa señalar que en la propuesta que se debatió en el seno del CIADI para la introducción de un mecanismo de apelación se establecía que se pudiera apelar el laudo por un claro error de derecho, un error de hecho grave o por alguna de las causas del art. 52 del Convenio CIADI. ICSID Secretariat, *Discussion Paper, Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, de 22 de octubre de 2004, Annex, párr. 7.

nales precisan de ciertas facultades inherentes para garantizar el correcto desarrollo del procedimiento. Las normas procesales no pueden prever con total exhaustividad las situaciones que pueden surgir en la práctica, por lo que es razonable que los jueces y árbitros cuenten con cierto margen de discrecionalidad para resolver en función de las circunstancias del caso. El art. 44 del Convenio CIADI prevé expresamente la facultad de los tribunales arbitrales para colmar lagunas procesales, pero cabe preguntarse si puede considerarse la reconsideración una laguna procesal subsanable mediante un poder inherente del órgano arbitral.

126. Ciertamente, los límites de los poderes inherentes son difíciles de establecer. Conforme han señalado algunos órganos arbitrales del CIADI, estos límites estarían en la norma constitutiva de estos tribunales y en las normas de procedimiento aplicables, conforme a la intención de sus redactores. Así, la normativa del CIADI prohíbe la apelación y únicamente es posible plantear acciones de impugnación contra el laudo en los términos expresamente previstos por ella. A nuestro juicio, la intención de los redactores del Convenio CIADI era clara en cuanto a la exclusión de la apelación y a la limitación de las posibilidades de impugnación del laudo. Consideramos, por tanto, que una facultad de reconsideración de las decisiones sobre el fondo no encuentra cabida en los poderes inherentes que atribuye el art. 44 del Convenio CIADI a los órganos arbitrales para colmar lagunas procesales.

127. Ahora bien, en nuestra opinión, un doble fundamento puede sustentar este modo de proceder seguido por algunos tribunales arbitrales del CIADI en los casos más recientes. Primero, el carácter especializado del CIADI en cuanto a la diferenciación entre “decisión” y “laudo”, en la medida en que las decisiones preliminares no gozan de efecto de cosa juzgada y, por ello, pueden modificarse a lo largo del procedimiento. Y, segundo, en determinados principios generales del derecho, como los principios de economía procesal y buena administración de justicia, ya que esperar a la emisión del laudo definitivo para interponer un recurso posterior que pueda corregir el error cometido, iría en detrimento de la eficacia procesal, además de prolongar la controversia entre las partes, con los perjuicios que ello conlleva no solo para los litigantes, sino para la confianza en este sistema de arreglo de controversias.

128. Como han afirmado los órganos arbitrales que se han pronunciado a favor de la reconsideración, esto no significa que las decisiones preliminares no sean obligatorias o sean susceptibles de modificación en todos los casos. Si se opta por la reconsideración, es esencial establecer unas condiciones claras para proceder a modificar una decisión de esta índole con el objetivo de evitar abusos del proceso, por ejemplo, utilizar la reconsideración como táctica dilatoria o introducir un nuevo recurso en la normativa del CIADI por la vía *de facto* y en contra de la letra del Convenio y de la intención de sus redactores. Hasta el momento, estas condiciones han sido las previstas para la revisión del laudo conforme al art. 51 del Convenio CIADI, esto es, el descubrimiento de un hecho nuevo de influencia decisiva.

129. La práctica es todavía escasa y la divergencia de opiniones en las decisiones de los árbitros, que no ha sido accidental, sino deliberada, como demuestran las referencias mutuas entre estos órganos arbitrales, así como la ambigüedad en algunos pronunciamientos sobre las causas que motivarían la reconsideración, generan cierta incertidumbre respecto a la posibilidad de plantear este tipo de solicitudes. Es necesario tener en cuenta que los órganos arbitrales creados en el marco del CIADI forman un mecanismo de solución de controversias dotado de una serie de particularidades, entre ellas, la que aquí se ha presentado, que es la diferencia entre “decisión” y “laudo”. Las particularidades de un sector pueden influir en la interpretación que los tribunales realicen de la normativa procesal.

130. Por ello, se aprecia un mayor riesgo de fragmentación intrasistémica, es decir, en el arbitraje de inversión institucional del CIADI, que intersistémica, esto es, respecto al DI general. No obstante, el hecho de que la decisión más reciente en *Tethyan Cooper c. Pakistán* se haya conformado a las decisiones previas en *Burlington Resources c. Ecuador*, *SCB c. TANESCO* y el posicionamiento a favor de la decisión del tribunal en *SCB c. TANESCO* por el comité *ad hoc* en el procedimiento de anulación incoado en este último caso, indica una tendencia de los órganos arbitrales a consolidar una determinada posición y frenar la discrepancia, lo que sin duda favorece la previsibilidad, coherencia y unidad del subsistema.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y DERECHO MARÍTIMO INTERNACIONAL: COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y ACUERDOS ATRIBUTIVOS DE JURISDICCIÓN EN LA LNM

PRIVATE INTERNATIONAL LAW AND MARITIME INTERNATIONAL LAW: JURISDICTION AND JURISDICTION AGREEMENTS IN LAW OF MARITIME NAVIGATION

UNAI BELINTXON MARTIN

*Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Privado
Universidad Pública de Navarra (UPNA)*

Recibido: 16.03.2020 / Aceptado: 04.04.2020

DOI: <https://doi.org/https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5604>

Resumen: Este estudio tiene por objeto, desde la perspectiva del Derecho internacional privado, el análisis y valoración crítica de la evolución normativa experimentada en el sector del Derecho marítimo internacional. En particular este trabajo tiene por objeto analizar la interpretación por parte de nuestros tribunales de las normas sobre jurisdicción contenidas en el RBI bis y en la Ley de Navegación Marítima y la interacción de los diversos bloques normativos en presencia (Derecho europeo, Derecho nacional y Derecho internacional). Desde la perspectiva de análisis de los operadores del sector se abordará en qué medida el objetivo de seguridad jurídica se está logrando o si por el contrario la ausencia de reglas claras de compatibilidad entre esas diversas normas acaba generando incertidumbres que perjudican a todo el elenco de intereses en presencia.

Palabras clave: Derecho internacional privado, Derecho marítimo, cláusulas de jurisdicción, Ley de Navegación Marítima, Derecho europeo.

Abstract: This paper endeavours to address some of the disparate, legally relevant and yet controversial issues that arise out of the international carriage of goods by sea. Given the multiple perspectives from which sea transport law may be observed and assessed, a certain degree of definitional work is essential in order to identify the issues involved from a private international law perspective. In particular, this study aims to analyze the interpretation by our courts of the rules on international jurisdiction contained in Brussels Ibis and in the law of maritime navigation and the interaction between normative blocks (European Law, National Law and international law). From the operators sector's point of view, it will tackle that when the aim of the legal security is achieved or on the contrary the absence of the compatibility of the rules between those diverse rules finishes producing doubts that harm all the interests of the present case.

Keywords: Private international Law, Maritime Law, jurisdictions clauses, Law of Maritime Navigation, European Law.

Sumario: I. Consideraciones preliminares / Contextualización. II. Derecho marítimo y acuerdos atributivos de jurisdicción. III. Competencia judicial internacional y acuerdos atributivos de jurisdicción en LNM. Soluciones de nuestros tribunales. 1. Acuerdo atributivo de jurisdicción inserto en conocimiento de embarque y prevalencia del artículo 25 RBI bis sobre el artículo 468 LNM. 2. Modificación del acuerdo atributivo de jurisdicción del artículo 25 RBI bis por sumisión tácita

del artículo 26 del RBI bis. Primacía del Derecho europeo sobre el artículo 468 LNM. 3. Acuerdo atributivo de jurisdicción inserto en conocimiento de embarque. No apreciación de prevalencia del artículo 25 RBI bis sobre el artículo 468 LNM y la eficacia traslativa del conocimiento de embarque del artículo 251 LNM. 4. La inaplicación del acuerdo atributivo de jurisdicción inserto en carta de porte marítima suscrita entre transportista contractual y transportista efectivo al cargador que suscribió conocimiento de embarque sin incorporación de sumisión expresa con el porteador contractual. IV. Consideraciones finales.

I. Consideraciones Preliminares / Contextualización

1. El Derecho del transporte marítimo en su dimensión internacional, las reglas sobre competencia judicial internacional contenidas en las normas internacionales, europeas y nacionales aplicables al sector¹, la autonomía de la voluntad, junto a los acuerdos atributivos de jurisdicción constituyen en esencia el hilo conductor de este trabajo que pretende abordar los criterios seguidos por nuestros Tribunales en la aplicación e interpretación para dichas cuestiones de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (LNM). En efecto, se pretende identificar y analizar algunos de los pronunciamientos de la práctica jurisprudencial de estos años de vigencia de la norma marítima que han desarrollado nuestros Tribunales sobre algunas de las cuestiones más controvertidas y con mayor relevancia jurídica que afloran en este particular ámbito de nuestra disciplina del Derecho internacional.

2. Analizar la interpretación y aplicación jurisprudencial ofrecida por nuestros Tribunales sobre el marco legal aplicable en España y en la UE a este subsector de nuestra compleja y apasionante disciplina requiere de un profundo examen que permita identificar y proyectar sobre el ámbito internacional la concreta problemática que se presenta en el ámbito marítimo a través de particulares manifestaciones como son, entre otras cuestiones, las llamadas cláusulas flotantes de jurisdicción y las cláusulas de arbitraje.

3. La pluralidad de aproximaciones que el Derecho del transporte marítimo admite² en lo tocante a su objeto de estudio y reflexión³, exige de manera ineludible una labor de acotación previa que advierta la vertiente *iusprivatista* de nuestra disciplina, sin desatender otras a las que, en ocasiones, necesariamente habrá que aproximarse con la finalidad inequívoca de ofrecer una respuesta analítica conforme a las características inherentes del Derecho internacional privado actual, caracterizado por una sugerente y atractiva especialización por sectores⁴.

4. En particular, estas reflexiones pretenden incidir en algunas de las cuestiones más controvertidas del Derecho del transporte marítimo y con mayor impacto práctico sobre la realidad comercial internacional⁵.

¹ Respecto a la pluralidad de bloques normativos coexistentes y la cascada de la especificidad, puede verse J.J. ÁLVAREZ RUBIO, "Las reglas de especificidad como cauce para superar los conflictos normativos entre el Derecho comunitario y los Convenios internacionales en materias especiales", *La Ley*, 29 de octubre de 2010, pp. 1-6.

² Sobre este particular y las múltiples aproximaciones que permite el Derecho marítimo: G. DIENA, "Principes du Droit international privé maritime", *R. des C.*, 1935, t. 51, pp. 405 y ss.

³ U. BELINTXON MARTÍN, "Dumping Social, desarmonización socio-laboral y Derecho internacional privado: la des-Unión Europea", *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 611-642.

⁴ Sobre ello, es clave la reflexión de: J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, "Diversification, Spécialisation, Flexibilisation et Materialisation des règles de Droit International Privé", *RdesC*, t. 287, 2002, pp. 156 y ss. Véase de igual forma J.J. ÁLVAREZ RUBIO, *Las Lecciones Jurídicas del Caso Prestige: Prevención, Gestión y Sanción frente a la contaminación marina por hidrocarburos*, Pamplona, Aranzadi, 2011.

⁵ Sobre la fundamental importancia del transporte para nuestra economía, nuestra sociedad y desarrollo interior aunque en referencia expresa al sector por carretera, entre otros estudios puede verse: F. JAVIER PIÑALES LEAL, *Régimen Jurídico del transporte por carretera*, Madrid, Marcial Pons, 1993, pp. 32-43.

5. Dicho esto, la nota de internacionalidad de nuestra disciplina y su propensión hacia su uniformidad normativa internacional⁶ delimitada hoy por la europeización del Derecho privado⁷ que tiene su origen en el Tratado de Ámsterdam⁸, consolidada y reforzada en la actualidad tras diez años de vigencia del Tratado de Lisboa⁹, así como la dimensión o proyección externa de este proceso¹⁰, refleja nítidamente una problemática específica¹¹, y es que dicho proyecto europeo¹² no está viviendo su momento más álgido tras la activación del Brexit del Reino Unido¹³ y esto incide significativamente en la seguridad jurídica y en la previsibilidad¹⁴ de resultado provocando distorsiones a los diferentes agentes y operadores¹⁵. Distorsiones que podrían consumarse en lo que respecta a las cláusulas de jurisdicción y arbitraje incluidas en conocimientos de embarque si para la relación con Reino Unido el sistema procesal europeo diseñado y aplicable en la actualidad, con origen en el Convenio de Bruselas de 1968, claudica en favor de la aplicación a tal materia de las normas contenidas en la Ley de Navegación Marítima¹⁶. Desde luego, los nuevos tiempos de la realidad internacional requieren de una mayor integración¹⁷ y del fortalecimiento de las bases de un proyecto común, el europeo, que se activó hace ya 63 años con el Tratado de Roma de 1957¹⁸.

6. En efecto, la distinta interpretación de las normas europeas y nacionales de aplicación al ámbito de estudio genera cierto estado de inseguridad jurídica e inquietud que lastima el habitual desarrollo del estado de las cosas y que parece deslegitima en parte nuestro proyecto europeo¹⁹. No obstante, el camino a seguir es avanzar y reducir exponencialmente las distorsiones producidas por una interpretación des-armonizada de las normas europeas²⁰ y de las normas aplicables al comercio marítimo interna-

⁶ F. BERLINGIERI, “Uniformité du Droit Maritime. Quelques problèmes”, *Il dir.mar.*, 1992-III, pp. 796 y ss.; sobre el particular vid. igualmente J. RAMBERG, “Unification of transport law: difficulties and possibilities”, *Dir.mar.*, 2010, pp. 813-818. En relación a la historia de las Reglas de Rotterdam, vid. F. BERLINGIERI, “The history of the Rotterdam Rules”, *The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of goods Wholly or Partly by Sea- An Appraisal of the Rotterdam rules*, M.D. Guner-Özbek (Ed.), Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 2011, pp. 1-63.

⁷ J.L. IRIARTE ÁNGEL, “La armonización del Derecho internacional privado por la Unión Europea”, *Jado: Boletín de la Academia Vasca del Derecho*, nº 9, 2006, pp. 47-73

⁸ En este sentido vid. A.L. CALVO CARAVACA, “El Derecho internacional privado de la Comunidad Europea”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, nº 21, 2003, pp. 49-69.

⁹ J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “La incidencia del Tratado de Ámsterdam en el sistema español de Derecho interregional”, *Anales de la Facultad de Derecho*, 18, noviembre de 2001, pp. 65-78.

¹⁰ Véase A. BORRAS RODRÍGUEZ, “La Comunitarización del Derecho Internacional Privado: pasado, presente y futuro”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz (2001)*, Vitoria-Gasteiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, 2002, pp. 285-318.

¹¹ A. BORRAS RODRÍGUEZ, “La proyección externa de la comunitarización del Derecho internacional privado: los datos del problema”, *La Ley*, núm. 5611, 2002, pp. 1-8.

¹² En este sentido vid: J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “La comunitarización del Derecho internacional privado y Derecho aplicable a las obligaciones contractuales”, *RES*, nº 140, 2009, pp. 600 y ss.

¹³ Una realidad a la que se enfrenta hoy el legislador europeo. Sobre esta cuestión, entre otros: S. MOYA IZQUIERDO, C. GARCÍA FERNÁNDEZ y M. TRONCOSO FERRER, “El posible impacto del Brexit en los contratos internacionales de ámbito europeo”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 12, 2016.

¹⁴ M. GUZMÁN ZAPATER, “Cooperación civil y Tratado de Lisboa: ¿Cuánto hay de nuevo?”, *La Ley*, nº 7479, 2010, pp. 713 y ss.

¹⁵ Sobre la evolución jurídica en el espacio europeo del Derecho internacional, entre otros: P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Integración Europea y Derecho Internacional Privado”, *RDCE*, vol. 2, 1997, pp. 413-445.

¹⁶ Entre otros sobre jurisdicción, arbitraje y la aplicación del RBI bis en materia marítima por English High Court; S. BAUGHEN, *Shipping Law*, Seventh Edition, Routledge, Abingdon, 2019, pp. 356-368.

¹⁷ En relación a la integración económica y el desarrollo de un nivel adecuado de coordinación jurídica puede verse entre otros estudios J.M. GONDRA ROMERO, “Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS J.D., MUÑOZ MACHADO S., (Dirs.), *Tratado de Derecho comunitario europeo*, vol. I, Madrid, 1986, pp. 275-312.

¹⁸ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “El 60 aniversario de los Tratados de Roma: algo más que una simple celebración”, *La Ley*, 46, 2017, pp. 1-8.

¹⁹ Para una perspectiva general, entre otros: J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “El Espacio de libertad, seguridad y justicia consolidado por la Constitución Europea”, *La Ley*, D-195, 2004, p. 16.

²⁰ En relación al Derecho comunitario/europeo del Milan, transporte en la UE, puede verse a F. MUNARI, *Il Diritto Comunitario dei Trasporti*, Milan, Guiffrè Editore, 1996, pp. 50-117.

cional²¹. Más si cabe teniendo en cuenta que parte de la doctrina mercantilista e internacional-privatista viene de un tiempo a esta parte reclamando la especificidad y autonomía científica propia o inherente a este ámbito de estudio, pues la disciplina del Derecho del transporte internacional (europeo y extra-europeo) y nacional tiene suficiente entidad propia como para ser considerada autónoma respecto a las restantes disciplinas o áreas del Derecho.

7. El respeto y la garantía del axioma que representa la autonomía de la voluntad²² de las partes contractuales en este importante sector del Derecho del transporte²³ y su proyección a modo de foro de competencia judicial internacional debe tenerse siempre presente al sopesar los distintos intereses que afloran y confluyen en la materia²⁴. En efecto, la libertad y capacidad de las partes para determinar una cláusula atributiva de jurisdicción respecto a unos concretos órganos jurisdiccionales, representa un concepto básico del actual Derecho marítimo privado que hace gala de técnicas y singularidades características como pudiera ser una cláusula flotante de jurisdicción.

8. Otra conflictividad concreta que aflora en este importante sector, de ahí el intento de reversión de la situación actual por parte del/la legislador/a interno/a en la LNM, es la relacionada con la producción de efectos frente a terceros no parte del contrato de la cláusula de elección de foro teóricamente convenida entre remitente/cargador y porteador/transportista. Ante esta tesitura será necesario ponderar y valorar la efectividad que tendrá para el tercero destinatario de la carga la cláusula de jurisdicción invocada por el porteador frente a la interposición de una acción de reclamación, por pérdida total o parcial o deterioro de la mercancía, entablada por parte del adquirente.

9. Sin duda la pluralidad de aspectos que deben valorarse a la hora de concretar la norma de aplicación para la cuestión dentro de los diversos bloques normativos coexistentes es ciertamente amplia: sometimiento expreso o tácito a tribunal extranjero; prórroga y/o derogación de la competencia; validez del acuerdo atributivo desde la doble perspectiva formal y material; la oponibilidad de la cláusula de jurisdicción frente a terceros no parte en el contrato, las relaciones *forum-ius* y/o la restricción o minora-ción del juego de la libre autonomía de la voluntad de las partes²⁵.

10. La relativamente reciente Ley de Navegación Marítima española acrecienta esta compleja, diversa y atomizada maraña normativa que en ocasiones proyecta discordantes respuestas jurídico-legales sobre una misma realidad contractual, y sin embargo este haz de soluciones diversas es propio e inherente a los distintos ámbitos o sectores que conforman un Derecho del comercio internacional compuesto de múltiples bloques normativos²⁶.

²¹ En relación a la tendencia hacia la uniformidad normativa internacional del Derecho marítimo mediante una profusión de textos convencionales: T. TREVES, "Il nuovo Diritto del Mare e le Convenzioni Internazionali sulla protezione dell'ambiente marino", *Dir Mar*, 1999-I, pp. 219-231; S.M. CARBONE, y F. MUNARI, "Diritto internazionale e traffici marittimi: La codificazione internazionale della disciplina dei traffici marittimi ed il ruolo al riguardo riservato ai soggetti economici privati", *Regole e organizzazione dei trasporti marittimi internazionali*, Milán, Giuffrè Editore, 1990, pp. 7-10.

²² Respecto a la autonomía de la voluntad en el sector del transporte, entre otros: E. CASTELLANOS RUIZ, *Autonomía de la voluntad y derecho uniforme en el transporte internacional*, Granada, Editorial Comares, 1999, pp. 12-15.

²³ M. PICHARS, "L'évolution de la norme dans les transports", en PERU-PIROTTE, L., DUPONT-LEGRAND, B., y LANDSWEERDT, C. (Dirs.), *Le Droit du transport dans tous ses états: réalités, enjeux et perspectives nationales, internationales et européennes*, Bruselas, Larcier, 2012, pp. 17-48.

²⁴ Sobre la primacía del respeto por la libertad de contratación y autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho marítimo, J.J. ÁLVAREZ RUBIO, "Competencia judicial internacional en el transporte internacional. Especial referencia al transporte marítimo", en J.M. DE EIZAGUIRRE BERMEJO, *El Derecho del transporte marítimo internacional*, I Jornada sobre Transporte Marítimo Europeo, aspectos mercantiles y jurisdiccionales, Donostia (20 y 21 de mayo de 1993), Escuela de Administración Marítima- Itsas Arduralaritzazko Eskola, p. 133.

²⁵ Sobre el particular, vid. la excelente reflexión de J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, "Alternativas e incertidumbres de las cláusulas de solución de controversias en la contratación marítima internacional", *CDT*, vol.10, n° 2, octubre 2018, pp. 333-375.

²⁶ Respecto a esta cuestión, aunque con otro enfoque, puede verse: U. BELINTXON MARTÍN, "Prevención de riesgos laborales, transporte y derecho europeo: distorsiones de la realidad práctica", *La Ley Unión Europea*, n° 73, 2019, pp. 1-19.

II. Derecho marítimo y acuerdos atributivos de jurisdicción

11. Nuestra norma de producción interna normativiza en sus artículos 468 y 469 las especialidades procesales de jurisdicción y competencia para el sector marítimo regulando los criterios de atribución de la competencia judicial internacional y los requisitos de validez de las cláusulas de sumisión a concretos foros recogidos en los contratos de utilización de buque.

12. La validez de estas cláusulas sumisorias, contenidas asiduamente en conocimientos de embarque, pólizas de fletamento y/o contratos de transporte marítimo, queda condicionada según la LNM a que se hayan negociado de forma individual y separada como muestra del consentimiento de las partes involucradas.

13. También debe recordarse que la ley española recoge criterios de atribución de la competencia judicial internacional ante la ausencia de acuerdo atributivo de jurisdicción válido, posibilitando a la parte actora seleccionar, para dilucidar la correspondiente contienda surgida en la materialización de los contratos de utilización de buque, entre distintos foros objetivos (los tribunales del lugar del domicilio de la parte demandada²⁷, lugar de celebración del contrato o puerto de origen o destino).

14. El preámbulo de la LNM advierte de forma clara su finalidad última respecto a los acuerdos de sumisión expresa al tratar de reducir exponencialmente la imposición en el tráfico marítimo de éstos sobre los terceros poseedores del conocimiento de embarque que se ven obligados a pleitear ante tribunales extranjeros, o ante instancias arbitrales internacionales, pese a no haber negociado la incorporación de tales cláusulas al conocimiento de embarque por referencia a una póliza de fletamento²⁸.

15. No obstante, la realidad imperante en el sector refleja que en la mayor parte de los contratos de transporte y utilización de buque, en especial para el transporte de contenedores en buques de línea regular, la advertida y exigida negociación individual no acaece, pues en gran medida o los contratos son suscritos mediante intermediarios, o las condiciones y el clausulado contractual viene impuesto y delimitado por el transportista marítimo que entrega al remitente el contrato una vez cargada la mercancía en la bodega del buque.

16. Expuesto lo que antecede, también es necesario recordar que el criterio que inspira el vigente artículo 25 del RBI bis²⁹ (antiguo artículo 17 del Convenio de Bruselas de 1968³⁰) pretende una solución ponderada y respetuosa tanto con la protección de las partes ante cláusulas oscuras insertas en el contrato, como con el afán de eludir un anquilosado anhelo formalista que entumezca el normal desarrollo de las operaciones comerciales internacionales. En esencia, el citado precepto evidencia que la forma escrita no es la única materializable, siendo por tanto plenamente válido cualquier modo que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecidos o que deriven de los usos vigentes en el comercio internacional.

17. Cautivo de esta realidad jurídico normativa y de los usos generalizados y aceptados en el transporte marítimo internacional, nuestro máximo tribunal europeo viene consolidando mediante su

²⁷ Sobre el foro general del domicilio del demandado, pueden verse las consideraciones realizadas acerca del contrato de embarque internacional por: J.L. IRIARTE ÁNGEL, *El contrato de embarque internacional*, Madrid, Beramar S.L., 1993, pp. 100 y ss.

²⁸ JJ. ÁLVAREZ RUBIO, y U. BELINTXON MARTÍN, "La nueva Ley de Navegación Marítima desde la perspectiva del Derecho Internacional", en EMPARANZA SOBEJANO A, y MARTÍN OSANTE, J.M. (dirs.), *Comentarios sobre la ley de navegación marítima*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 807-831.

²⁹ Reglamento (UE) n°1215/2012 del parlamento europeo y del consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DOUE L 351/1 de 20 de diciembre de 2012.

³⁰ Sobre el espacio judicial europeo y el Convenio de Bruselas de 1968 puede verse el exhaustivo estudio de S.M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo: La Convenzioni di Bruxelles e di Lugano*, Turin, G. Giappichelli Editore, 1997, pp. 11 y ss.

jurisprudencia un criterio hermenéutico flexible con los condicionantes de validez de las cláusulas de sumisión expresa. La interpretación mayoritaria de nuestros órganos jurisdiccionales ha convalidado la validez y vigencia para el tercero subrogado en la posición jurídica del remitente de la cláusula atributiva de jurisdicción contenida en anverso de un conocimiento de embarque sin necesidad de negociación individualizada, siempre y cuando eso sí, ésta sea perfectamente visible y meridianamente clara.

18. La interpretación por el TJUE de la remisión que la citada norma de la UE contiene respecto a los usos del comercio internacional, ha servido como criterio orientador de un sinfín de resoluciones judiciales de los juzgados y tribunales internos que conceden total eficacia a las cláusulas atributivas de jurisdicción incorporadas en los conocimientos de embarque en favor de tribunales extranjeros³¹.

19. Es evidente y constatable que la línea jurisprudencial mantenida por el TJUE ha permitido la consolidación de la presunción del consentimiento ofrecido por las partes a la cláusula atributiva de jurisdicción cuando tal conducta responde a los advertidos usos universalizados en el correspondiente sector comercial y conocido por las empresas operadoras. En efecto, cuando dichas operadoras concatan un comportamiento o pauta determinada de manera asidua en la ejecución y materialización de este tipo de contratos de transporte marítimo internacional, en los que la inserción de cláusulas atributivas de jurisdicción es la nota habitual, la plena validez de dicho uso no exige mayor actividad probatoria siendo incontrovertida la existencia del consentimiento y el conocimiento por las partes a dicha cláusula lo que hace innecesaria una negociación individual y separada de tal cláusula contractual o acuerdo.

20. Tampoco debe descuidarse que esta introspección se focaliza sobre el sector del transporte marítimo internacional, con unas predilecciones e intereses muy particulares inherentes al ámbito del Derecho del transporte internacional, en el que impera el juego de la autonomía de la voluntad de las partes y una práctica y unos usos comerciales asentados y seguidos por las empresas operadoras de tal forma que aporten a la seguridad jurídica y a la previsibilidad de resultado.

21. Sin duda es obligada una reflexión sosegada sobre cada uno de los intereses en presencia con la única y exclusiva finalidad de no desatender otros no menos legítimos encarnados por los terceros poseedores del conocimiento de embarque o documento similar (como la carta de porte marítima) y que a priori quedan ajenos a la originaria relación contractual, pero que sin embargo deben ser atendidos con el objetivo de reducir exponencialmente potenciales vulneraciones de sus derechos, quedando sujetos a tener que litigar en terceros países extraños y/o lejanos cuando con total seguridad no han podido tener constancia ni aceptar de forma previa tal acuerdo de sumisión expresa.

22. De esta manera, la apreciación de la referida aceptación se erige clave para evaluar y/o estimar la validez de tal cláusula o acuerdo. La nuclear importancia que ostenta esta praxis en relación tanto a las cláusulas arbitrales como a las cláusulas jurisdiccionales ordinarias, evidencia la necesidad de atender concretamente esta cuestión más si cabe ante la regulación restrictiva de nuestra LNM que desatiende lo articulado por las normas internacionales en vigor³².

23. En efecto, la lectura literal del artículo 468 de la referida Ley de Navegación Marítima española sugiere la inversión de la presunción de validez de las cláusulas de sumisión expresa recogidas en documentos generalizados de la práctica del denominado Derecho de los formularios, al indicar expresamente que *sin perjuicio de lo previsto en los convenios internacionales vigentes en España y en*

³¹ En relación a la interpretación del TJUE sobre las cláusulas de foro insertas en un conocimiento de embarque y los usos del comercio internacional, entre otros: E. TORRALBA MENDIOLA, “Las «especialidades procesales» de la Ley de Navegación Marítima: cláusulas de jurisdicción y arbitraje”, *RDT*, nº 16, 2015, pp. 121-131.

³² Sobre la prioritaria aplicación del Derecho Uniforme frente al Derecho interno, puede verse el clarificador estudio de J.M. RUIZ SOROA, “El Derecho Uniforme en la Ley de Navegación Marítima”, en EMPARANZA SOBEJANO A, y MARTÍN OSANTE, J.M. (dirs), *Comentarios sobre la ley de navegación marítima*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 49-60.

las normas de la Unión Europea, serán nulas y se tendrán por no puestas las cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera o arbitraje en el extranjero, contenidas en los contratos de utilización del buque o en los contratos auxiliares de la navegación, cuando no hayan sido negociadas individual y separadamente. En particular, la inserción de una cláusula de jurisdicción o arbitraje en el condicionado impreso de cualquiera de los contratos a los que se refiere el párrafo anterior no evidenciará, por sí sola, el cumplimiento de los requisitos exigidos en el mismo.

24. Pretende la persona legisladora con la normativización de esta cuestión proteger los intereses de los terceros (empresas destinatarias u otras usuarias) extraños a la originaria relación contractual o con estrecho margen en la negociación para los contratos de utilización de buque.

25. La puesta en práctica y aplicación de este artículo normativo está siendo controvertido y está requiriendo de los juzgados y tribunales internos una especial sensibilidad y capacidad para concretar y determinar, caso por caso, el principio de usos del comercio internacional, cuestión que en ocasiones, según se puede apreciar de la jurisprudencia interna existente, se está tornando, interesada o desinteresadamente, en algo ciertamente complejo, pues a pesar de puntuales intentos jurisprudenciales una interpretación flexible en cuanto a la validez de las cláusulas sumisorias es necesaria en el sector marítimo internacional. Lo contrario, es decir la aplicación por nuestros juzgados y tribunales del criterio restrictivo proyectado por la LNM de exigir una negociación individual y separada de las cláusulas jurisdiccionales, genera distorsiones que acaban aflorando incertidumbres en cuanto a la seguridad jurídica y la previsibilidad de resultado, en un sector que requiere de un alto dinamismo en sus operaciones con la finalidad de ser efectivos en términos comerciales³³.

26. Los artículos 468 y 469 de la LNM normativizan ciertas especialidades de jurisdicción y competencia que se centran en regular la eficacia y los requisitos de los acuerdos atributivos de jurisdicción y en articular una suerte de foros objetivos alternativos a elección del demandante³⁴. De la lectura del artículo 468 se advierte, pero debe subrayarse, que la disposición no se dedica a la atribución de competencia judicial a los juzgados y tribunales españoles, sino que concreta sus esfuerzos en el análisis de la validez de las cláusulas de sumisión expresa a órganos jurisdiccionales o arbitrales extranjeros. En efecto, esto significa que la LNM únicamente proyectará su operatividad y aplicación respecto a la *derogatio fori* de la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles ante la inaplicación según la regla de la especificidad de un convenio internacional o el RBI bis³⁵.

27. Lo anterior nos lleva a tener que concretar que acaece una evidente disociación entre lo que dispone el comentado artículo 468 de la norma de navegación marítima española, mucho más restrictiva sobre la eficacia derogatoria de los acuerdos atributivos de jurisdicción o competencia que designen como competentes a juzgados o tribunales extranjeros, y lo regulado por el artículo 25 del RBI bis³⁶. Expuesto ello, debe subrayarse con claridad meridiana que ante un conflicto sobre la aplicación prioritaria de lo dispuesto en la norma europea de aplicación directa y lo dispuesto en la LNM prevalecerá, sin

³³ Véase entre otros: A. VON ZIEGLER, "Alternatives and Methods of Unification or Harmonization of Maritime Law", *Dir Mar*, vol.101, n° 1, 1999, pp. 232-239.

³⁴ El artículo 468 LNM dispone que: "Sin perjuicio de lo previsto en los convenios internacionales vigentes en España y en las normas de la Unión Europea, serán nulas y se tendrán por no puestas las cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera contenidas en los contratos de utilización del buque o en los contratos auxiliares de la navegación, cuando no hayan sido negociadas individual y separadamente. En particular, la inserción de una cláusula de jurisdicción o arbitraje en el condicionado impreso de cualquiera de los contratos a los que se refiere el párrafo anterior no evidenciará, por sí sola, el cumplimiento de los requisitos exigidos en el mismo".

³⁵ Para el estudio de las normas del RBI bis sobre competencia judicial internacional aplicables a este sector, entre otros: A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "El contrato de transporte aéreo de pasajeros: algunas cuestiones sobre competencia judicial internacional y derecho aplicable", *CDT*, vol.3, n°.1, marzo 2011, pp. 179-194.

³⁶ Sobre dicha cuestión, entre otros: J. DEL CORTE, "Especialidades procesales en la Ley de Navegación Marítima", en EM-PARANZA SOBEJANO A, y MARTÍN OSANTE, J.M. (dirs), *Comentarios sobre la ley de navegación marítima*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 753-768.

atisbo de duda, lo dispuesto por el/la legislador/a europeo/a en el RBI bis siempre y cuando la jurisdicción extranjera designada como competente para conocer esté en un Estado parte de la Unión Europea.

28. Una lectura en sentido contrario a lo dispuesto que priorizase lo normativizado por la LNM mediante flagrante vulneración de la regla de especialidad conllevaría que la eventual o hipotética resolución española de un órgano jurisdiccional, que asume su competencia al existir un acuerdo atributivo de jurisdicción que no ha sido negociado de forma individual o separada pero que si forma parte y está nítidamente indicada en el contrato marítimo (valórese el modelo estándar dispuesto por el artículo 67.1 de las Reglas de Rotterdam³⁷), careciese de eficacia en el extranjero en sede de reconocimiento y ejecución.

29. En esencia, tal y como se advierte, debido a la singularidad inherente a la disciplina del Derecho marítimo y muy especialmente al sector del transporte marítimo de mercancías en sus distintas modalidades (internacional, nacional y cabotaje), el nuclear posicionamiento de los usos, costumbres y prácticas comerciales marítimas han facilitado una interpretación flexible por parte del TJUE de la cláusulas de foro, extensible en similar medida a las cláusulas arbitrales, facilitando con ello el desarrollo dinámico de las operaciones comerciales en el sector.

30. El consciente descuido del/la legislador/a interno/a de este principio o elemento clave en la redacción de la LNM, y la inatención de las soluciones previstas y los condicionantes de validez de las cláusulas de sumisión expresa recogidas en el RBI bis no hace sino complicar todo el elenco de intereses en presencia junto a la minoración de los estándares europeos³⁸ en materia de seguridad jurídica, previsibilidad de resultado, confianza recíproca en el seno de la justicia en la UE y la evitación de procedimientos paralelos.

31. La norma española como advertimos normativiza singulares especialidades en materia de competencia judicial internacional al tratar combinada, pero separadamente, las normas de aplicación a las cláusulas de jurisdicción y arbitraje (artículo 468³⁹) y los criterios de atribución de competencia y foros objetivos alternativos a elección de la parte demandante (artículo 469⁴⁰).

³⁷ Artículo 67 Acuerdos de elección de foro: 1. La competencia de un tribunal designado con arreglo al apartado b) del artículo 66 sólo será exclusiva respecto de las controversias entre las partes en el contrato si éstas así lo han pactado y el acuerdo que reconozca dicha competencia: a) Forma parte de un contrato de volumen en el que están claramente indicados los nombres y las direcciones de las partes y que o bien: i) ha sido individualmente negociado, o bien ii) advierte de manera visible de la existencia de un acuerdo exclusivo de elección de foro, con especificación de las cláusulas o secciones del contrato de volumen que lo incluyen; y b) Designa con claridad a los tribunales de un Estado Contratante, o a uno o más tribunales específicos de un Estado Contratante. 2. Una persona que no sea parte en el contrato de volumen sólo quedará vinculada por un acuerdo exclusivo de elección de foro concertado con arreglo al párrafo 1 del presente artículo cuando: a) El tribunal elegido esté situado en alguno de los lugares indicados en el apartado a) del artículo 66; b) El acuerdo figure en el documento de transporte o en el documento electrónico de transporte; c) Dicha persona haya sido adecuada y oportunamente informada sobre cuál es el tribunal ante el que debe entablarse la acción y sobre el carácter exclusivo de su competencia al respecto; y d) La ley del tribunal que conozca del caso prevea que dicha persona puede quedar obligada por un acuerdo exclusivo de elección de foro.

³⁸ Respecto a los estándares europeos referidos, aunque para el ámbito del desplazamiento transfronterizo de trabajos veasé el excelente estudio de la maestra y profesora M. CASADO ABAQUERO, "Legislación aplicable a los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios en la Unión Europea", en GOÑI SEIN, J.L. e IRIARTE ÁNGEL, J.L. (Dir.), *Prevención de riesgos laborales y protección social de trabajadores expatriados*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 339-369

³⁹ Artículo 468 Cláusulas de jurisdicción y arbitraje: Sin perjuicio de lo previsto en los convenios internacionales vigentes en España y en las normas de la Unión Europea, serán nulas y se tendrán por no puestas las cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera o arbitraje en el extranjero, contenidas en los contratos de utilización del buque o en los contratos auxiliares de la navegación, cuando no hayan sido negociadas individual y separadamente. En particular, la inserción de una cláusula de jurisdicción o arbitraje en el condicionado impreso de cualquiera de los contratos a los que se refiere el párrafo anterior no evidenciará, por sí sola, el cumplimiento de los requisitos exigidos en el mismo.

⁴⁰ Artículo 469 Criterios de atribución de competencia: 1. Salvo que las partes hayan introducido válidamente una cláusula de jurisdicción exclusiva o una cláusula de arbitraje, según lo establecido en este capítulo, se aplicarán los criterios previstos en este artículo. 2. En los contratos de utilización del buque, serán competentes, a elección del demandante, los tribunales del: a) Domicilio del demandado. b) Lugar de celebración del contrato. c) Puerto de carga o descarga. 3. En los contratos auxiliares de la navegación, serán competentes, a elección del demandante, los Tribunales del: a) Domicilio del demandado. b) Lugar de celebración del contrato. c) Lugar de prestación de los servicios. 4. Para conocer de la impugnación de la liquidación de

32. Se ha apuntado anteriormente que el 468 de la LNM articula una norma sobre los acuerdos atributivos de jurisdicción o cláusulas de sumisión expresa que claudica ante la existencia de Convenios internacionales especiales que fuesen de aplicación, y en ausencia de éstos, será igualmente relegada por lo dispuesto en el RBI bis sobre la *prorrogatio fori* (artículo 25)⁴¹.

33. Este precepto europeo posibilita a las partes sin importar la localización de su domicilio, pactar someter sus contiendas a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro de la Unión Europea⁴². Proyectable esto sobre el sector marítimo internacional significa que una cláusula atributiva de jurisdicción en un contrato auxiliar de la navegación o un contrato de utilización de buque⁴³ que designe como competente a un juzgado o tribunal de un Estado de la UE, quedará regulada respecto a su validez por el citado artículo 25⁴⁴. Este precepto también recoge otros aspectos de nuclear importancia, como la concreción como ley rectora para comprobar la validez material de los acuerdos atributivos de jurisdicción de la ley del Estado escogido como competente para conocer de la disputa. También se recoge por el mencionado artículo la autonomía de los acuerdos de sumisión expresa respecto al resto de cláusulas contractuales⁴⁵.

34. No obstante como indicamos, la LNM en su artículo 468 alberga una redacción e interpretación restrictiva y a *sensu contrario* de la norma europea respecto a la eficacia de la derogación de la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles ante la presencia de acuerdo de sumisión expresa en favor de órgano jurisdiccional extranjero o tribunal arbitral extranjero, promulgando la nulidad de toda cláusula o acuerdo que no se haya negociado de una manera individual y separada al contrato de transporte marítimo⁴⁶. Esto conlleva, para los supuestos en los que los órganos jurisdiccionales extranjeros designados como competentes no estén radicados en un Estado de la Unión Europea o no sean parte de un Convenio internacional vigente que regule la cuestión en el ordenamiento jurídico español, que será de aplicación lo dispuesto por el articulado analizado de la LNM que promulga la nulidad de toda cláusula sumisoria de jurisdicción (contratos auxiliares de la navegación y/o contratos de utilización de buque) que no cumpla con los condicionantes impuestos en dicha ley.

35. Ante esta serie de supuestos, y para los contratos auxiliares de la navegación y contratos de utilización de buque, la asunción de competencia por parte de los órganos jurisdiccionales españoles vendría concretada por los foros objetivos alternativos elegibles por la parte actora regulados en el citado artículo 469 LNM. Es decir: domicilio de la parte demandada; lugar de celebración del contrato; y/o puerto de origen o destino del transporte marítimo de mercancías. Desde luego, tal incomprensible criterio contrario a los tiempos actuales únicamente tiene cabida en una lectura o interpretación con-

avería gruesa, tanto la efectuada privadamente como la realizada por un notario con arreglo al correspondiente expediente de certificación pública, será competente el tribunal del lugar de finalización del transporte o el del lugar de arribada del buque, si este último fuese distinto.

⁴¹ En relación a la *prorrogatio fori* y *derogatio fori* entre otros, F.F. GARAU SOBRINO, “Los acuerdos atributivos de jurisdicción en Derecho procesal civil internacional español”, *CDT*, vol. 2, nº 2, Octubre 2010, pp. 53 y ss.

⁴² Sobre tal cuestión, *vid.* P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones”, *La Ley*, XXXIV, nº 8013, 2013, pp. 1-4; A.P. ABARCA JUNCO (Dir.), “La competencia judicial de los tribunales españoles: Foro de la autonomía de la voluntad”, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, UNED, 2013, pp. 134 y ss.

⁴³ Sobre los contratos de utilización de buque, entre otros: A. RECALDE CASTELLS, “Los contratos de utilización del buque”, en EMPARANZA SOBEJANO, A. y MARTÍN OSANTE, J.M., *Estudio Sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*, Gobierno Vasco, Dpto. de Transporte y Obras Públicas, 2006, pp. 253-287.

⁴⁴ En relación a los acuerdos atributivos de jurisdicción y las potencialidades del artículo 25 del RBI bis, entre otros, aunque en referencia al sector del transporte aéreo internacional de mercancías: U. BELINTXON MARTÍN, “Derecho internacional privado y transporte aéreo: cuestiones de actualidad sobre jurisdicción y ley aplicable”, en PETIT LAVALL, M.V., y PUETZ, A. (Dirs.): *El transporte como motor del desarrollo socioeconómico*, Madrid, Marcial Pons, 2018, pp. 363-382.

⁴⁵ Artículo 25.5 RBI bis: “Un acuerdo atributivo de competencia que forme parte de un contrato será considerado como un acuerdo independiente de las demás cláusulas del contrato. La validez del acuerdo atributivo de competencia no podrá ser impugnada por la sola razón de la invalidez del contrato”.

⁴⁶ Véase P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Los acuerdos de jurisdicción en la nueva Ley de Navegación Marítima”, de 17 de septiembre de 2014, (Recuperado de: <http://pedromiguelasensio.blogspot.com.es/2014/10/los-acuerdos-de-jurisdiccion-en-la-lnm>).

traría a la realidad sectorial que responde a tiempos ya superados en los que imperaba una perspectiva de nacionalismo jurídico-legislativo sin cabida en el actual siglo XXI y que sería correspondida en la esfera europea, e internacional, con la ausencia de efectos en el ámbito de la validez extraterritorial de la correspondiente resolución⁴⁷.

36. Todo ello sin obviar que pudieran aflorar procedimientos paralelos sobre el mismo objeto de controversia al aceptar su competencia, según acuerdo atributivo de jurisdicción, el órgano jurisdiccional extranjero y asumir también los juzgados o tribunales españoles el asunto en aplicación de los foros objetivos alternativos. Desde luego, en la esfera europea e internacional la asunción de competencia por parte de los juzgados y tribunales españoles sería considerada como exorbitante en fase de reconocimiento y ejecución y por lo tanto como claudicante cualquier resolución emitida por los órganos jurisdiccionales patrios. Lógicamente, por otro lado, debemos entrever que ante la citada tesitura los órganos jurisdiccionales españoles corresponderían de la misma manera en fase de reconocimiento y ejecución ante cualquier resolución del órgano jurisdiccional extranjero designado como competente según el acuerdo de sumisión expresa⁴⁸. Es decir, que afloran claras incertidumbres en materia de litispendencia y conexidad generadas por la interpretación restrictiva de la norma nacional⁴⁹.

37. En esencia debe remarcarse que lo normativizado sobre la cuestión por la LNM restringe el juego de la autonomía de la voluntad de las partes para la designación de la jurisdicción competente contraviniendo la imperante realidad actual en un sector que reclama, por su dinamismo, el objetivo de seguridad jurídica mediante normas claras de compatibilidad entre las diversas normas coexistentes y siempre con el máximo de los respetos a la regla de especialidad contenida en las normas europeas y refrendada por el TJUE en su jurisprudencia⁵⁰.

38. El ejercicio legislativo de carácter restrictivo realizado en la LNM para el capítulo dedicado a las especialidades de jurisdicción y competencia ha pretendido, según el propio preámbulo de la norma y siempre con el máximo respeto a la aplicación preferente de las normas contenidas en los Convenios internacionales⁵¹ y en el Derecho de la UE, evitar los abusos detectados declarando la nulidad de la cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera o a arbitraje en el extranjero, contenidas en los contratos de utilización del buque o en los contratos auxiliares de navegación, cuando no hayan sido negociadas individual y separadamente. Eso sí, como advertimos, de forma poco sensible, de dudosa proyección fuera de nuestras fronteras y alejada de una realidad comercial marítima internacional que pivota en materia de acuerdos atributivos de jurisdicción sobre los hábitos de las partes y los usos del sector⁵².

39. El sentido opuesto al avance del estado de las cosas de esta restrictiva actuación legislativa ha sido evidenciado por parte de la doctrina al valorar el alejamiento de la LNM respecto a la orientación esgrimida y proyectada por el Convenio de la Haya de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro⁵³.

⁴⁷ M. GÓMEZ GENE, "Las cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la nueva ley de navegación marítima", *Cuad.Der.Trans.*, vol. 6, n° 2, Octubre 2014, pp. 118 y ss.

⁴⁸ Sobre este particular, J.M. GONZÁLEZ PELLICER, "Sobre el artículo 468 del Proyecto de Navegación Marítima y la nulidad de las cláusulas de elección de foro en los conocimientos de embarque", *La Ley*, n° 8354, Sección Doctrina, 15 de julio de 2014, Año XXXV, pp. 8 y ss.

⁴⁹ Respecto a la litispendencia y conexidad internacionales puede verse M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación internacional*, Pamplona, Thomson-Civitas, 2007, pp. 362-381.

⁵⁰ Entre otras: STJUE de 4 de mayo de 2010, Asunto C-533/08 y STJUE de 19 de diciembre de 2013, Asunto C-452/12. Aranzadi.

⁵¹ P. IVALDI, *Diritto Uniforme dei trasporti e Diritto internazionale privato*, Milan, Guiffre, 1990, pp. 1-45.

⁵² J.J. ÁLVAREZ RUBIO, "Transporte Marítimo Internacional de Mercancías: alcance material y conflictual de la Autonomía contractual", *AEDIPR*, t. VIII, 2008, pp. 558-559.

⁵³ A. ZURIMENDI ISLA, "Las cláusulas de jurisdicción y arbitraje incluidas en el conocimiento de embarque tras la Ley de Navegación Marítima", *RDT*, n° 18, 2016, pp. 89-110.

Dicha norma internacional de un interés científico-práctico indudable⁵⁴ sobre los acuerdos exclusivos de elección de foro y posible aplicación a los contratos de gestión naval, consignación de buques, practica⁵⁵ y manipulación portuaria, todos ellos contratos auxiliares a la navegación⁵⁶, no se tiene en cuenta ni se respeta por la norma nacional contraviniendo una vez más la regla de la especificidad en materia de aplicación preferente de los Convenios internacionales y las normas europeas⁵⁷.

40. Por el momento, es necesario subrayar el reducido *iter* práctico-procesal que las previsiones contenidas en los artículos 468 y 469 de la ley española están teniendo sobre los contratos auxiliares de la navegación de carácter internacional, aunque existen ciertas salvedades e intentos a *sensu contrario*. En efecto, nos referimos a los casos en los que los órganos jurisdiccionales extranjeros designados por las partes mediante cláusulas de sumisión expresa no estén ubicados en Estados en los que es de aplicación el RBI bis o un Convenio internacional que regule esta opción procesal y del que forma parte España.

41. La consolidación de usos concretos y especializados en el ámbito marítimo internacional se ha dado de forma gradual y continua y tienen hoy un influjo determinante en la dilución de las contiendas marítimas tanto en la concreción del órgano jurisdiccional competente como en la determinación de la ley de aplicación a éstas⁵⁸. Dichos usos son los que precisamente están consolidando una flexible interpretación de los condicionantes formales y materiales de las cláusulas de elección de foro y favorecen con ello una relajación sobre el cumplimiento de los citados condicionantes para favorecer un dinámico desarrollo comercial⁵⁹. No obstante, la norma interna española plantea una interpretación limitativa o restrictiva compatible única y exclusivamente en la relación entre remitente y transportista marítimo, descartando la posibilidad de extrapolar o ampliar la operatividad de dichas cláusulas más allá de la relación original y proyectarla sobre terceros interesados, por ejemplo la empresa o persona destinataria de las mercancías que debe conocer los usos de un sector comercial en el que es habitual la concreción o inserción de cláusulas atributivas de jurisdicción en los conocimientos de embarque.

42. Claro está, estamos hablando de que se presume en el citado sector comercial internacional el conocimiento y aceptación de dichos usos por terceros interesados quedando totalmente justificada la validez formal y material de la cláusula jurisdiccional o arbitral incorporada, desterrando o desplazando el argumento de indefensión de la figura del tercero interesado en la mercancía transportada.

⁵⁴ Respecto a esta norma de carácter doble, pues regula tanto la competencia judicial internacional como el reconocimiento y ejecución de decisiones, entre otros puede verse: R. ARENAS GARCÍA, “La aprobación por la UE del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro: un cruce de caminos”, *La Ley*, nº22, enero de 2015, pp. 35-45.

⁵⁵ Sobre el contrato de practica como contrato auxiliar de la navegación marítima, véase el excelente trabajo del amigo y profesor, I. ZURUTUZA ARIGITA, *El practica*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 176-181.

⁵⁶ Puede verse sobre los contratos auxiliares de la navegación entre otros, F.C. LÓPEZ RUEDA, “De los contratos auxiliares de la navegación”, en EMPARANZA SOBEJANO A. (Dir.): *Estudio sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*, Vitoria-Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2006, pp. 415- 479;

⁵⁷ T. HARLEY, y M. DOGAUCHI, *Informe explicativo del Convenio de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro*, Texto adoptado durante la Vigésima Sesión, Editado por la oficina permanente de la Conferencia. (Recuperado de: www.hcch.net/upload/exp137s.pdf).

⁵⁸ En relación al Reglamento Roma I y su aplicación, entre otros puede verse, aunque enmarcado en la determinación de la ley aplicable en materia de prevención de riesgos laborales, J.L. IRIARTE ÁNGEL, “La ley aplicable al contrato de trabajo internacional desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales en el caso del trabajador desplazado en el extranjero”, en GOÑI SEÍN, J.L. y IRIARTE ÁNGEL, J.L., *Prevención de riesgos laborales y protección social de trabajadores expatriados*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2019, pp. 267-301.

⁵⁹ Sobre este particular entre otros: P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Contratación internacional: La evolución del modelo de la Unión Europea”, *Revista mexicana de Derecho internacional privado y comparado*, nº 29, septiembre de 2011, pp. 67-89.

III. Competencia judicial internacional y acuerdos atributivos de jurisdicción en LNM. Soluciones de nuestros tribunales

1. Acuerdo atributivo de jurisdicción inserto en conocimiento de embarque y prevalencia del artículo 25 RBI bis sobre el artículo 468 LNM

43. El posicionamiento de nuestros tribunales en esta materia está siendo por el momento mayoritariamente acertada y respetuosa con el Derecho de la UE, no obstante, debe advertirse la existencia de determinados pronunciamientos en sentido contrario. Muy acertadamente, entre otras, la Audiencia Provincial de Valencia en su auto de 8 de noviembre de 2016⁶⁰ ante un supuesto en el que existe un sometimiento expreso de las partes incorporado mediante cláusula de sumisión en el conocimiento de embarque al Tribunal Superior de Justicia de Londres y un acuerdo de ley aplicable a la legislación británica, y teniendo en consideración el marco normativo y jurisprudencial aplicable para la determinación de la competencia judicial internacional compuesto por la LNM (artículo 468) y el RBI bis (artículo 25), viene a concretar que la actora, en su calidad de cargadora es parte en el contrato y queda por tanto vinculada por su contenido, aun cuando la relación con la naviera se materializase mediante un comisionista, a quien le fue encomendada la intermediación en el contrato de transporte marítimo y quien contrató por cuenta y nombre del comitente quedando reflejado todo ello en el citado conocimiento de embarque al constar este último como cargador y por lo tanto vinculado por la cláusula de jurisdicción.

44. A pesar de los intentos de la recurrente por revertir el fallo de instancia en el que se estima la declinatoria interpuesta por la parte demandada (incluso trayendo a colación los artículos 66 y 67 de la Reglas de Rotterdam sobre jurisdicción y acuerdos de elección de foro no aplicables por no encontrarse en vigor el citado texto internacional), la Audiencia proyecta en su resolución un razonamiento jurídico tercero (párrafos 13, 14 y 15) ciertamente clarificador al concretar muy acertadamente que [...] el debate jurídico no se sitúa en ese tramo de la cadena de rangos normativos (uso vs. norma legal), sino en un tramo superior (normativa nacional vs. normativa comunitaria), pues como dispone el propio artículo 468 de la LNM, su aplicación opera sin perjuicio de lo previsto en los convenios internacionales vigentes en España y en las normas de la Unión Europea [...].

45. En efecto, es el Derecho europeo de la Unión Europea el rango normativo que resulta de aplicación a esta resolución (y en la correspondiente de instancia), pues la existencia de un acuerdo de sumisión a los tribunales de un Estado miembro de la UE (ya que sigue por el momento, como advertimos, siendo de aplicación el RBI bis al Reino Unido con independencia de las consecuencias que de ello puedan aflorar en el futuro y respecto al régimen de fuentes aplicables frente a las cláusulas atributivas de jurisdicción a los tribunales ingleses) se normativiza mediante el artículo 25 del RBI bis en detrimento de las normas de origen interno.

46. En similares términos, y también muy acertadamente, se pronuncia sobre esta cuestión la Audiencia Provincial de Pontevedra en su auto de 16 de octubre de 2017⁶¹ y con claridad meridiana recoge una clara distinción entre Foro e Ius para clarificar a la recurrente que estamos ante una cuestión incardinada en el marco de una declinatoria internacional en relación a una cláusula de jurisdicción incorporada en un conocimiento de embarque para un envío de langostinos por vía marítima. Y en consecuencia desestima el recurso interpuesto en aplicación de la regla de la especialidad o especificidad contenida en el propio artículo 71 del RBI bis⁶².

⁶⁰ AAP de Valencia (Sección 9ª, Civil), de 8 de noviembre de 2016, Aranzadi. JUR /2017/14921.

⁶¹ AAP de Pontevedra (Sección 1ª, Civil), de 16 de octubre de 2017, Aranzadi. AC/2018/201.

⁶² Artículo 71.1: 1. El presente Reglamento no afectará a los convenios en que los Estados miembros sean parte y que, en materias particulares, regulen la competencia judicial, el reconocimiento o la ejecución de las resoluciones.

47. Así en el párrafo 15 de su fundamento de derecho segundo recoge la resolución que [...] en relación con la oponibilidad de la cláusula de jurisdicción inserta en el conocimiento de embarque a terceros que no fueron parte en el contrato original entre el cargador y el porteador marítimo, hemos entendido como indiscutible que la cláusula por la que se defiende la jurisdicción a los tribunales de otro Estado puede ser opuesta por el transportista marítimo más allá del ámbito subjetivo en el que se establece el contrato de transporte, en particular al destinatario final de las mercancías, aunque éste no estampara su firma en el documento contractual [...]. La cuestión debe resolverse en aplicación del art.25 del Reglamento Bruselas I bis, que desplaza a la norma interna. Por este motivo no nos parecen convincentes los argumentos del recurso que razonan sobre la base del art.468 de la LNM.

48. También acertadamente, la Audiencia Provincial de Barcelona en su Auto de 13 de febrero de 2019⁶³ se posiciona en este sentido al estimar válida la cláusula de jurisdicción a los tribunales ingleses consciente de que los tribunales de Nueva York pudieran haber asumido la competencia si el lugar de origen o el lugar de destino hubiera estado ubicado allí⁶⁴. El auto declara la ausencia de competencia judicial internacional de los tribunales españoles para conocer de la causa debido a la existencia del pacto de sumisión referenciado. La actora Aliments del Mar Ultracongelats, S.A reclama a la demandada, Mediterranean Shipping Company España S.L.U, el abono de los daños y perjuicios ocasionados por la pérdida de una partida de langostinos desde Mar de Plata a Barcelona y Vigo. Un transporte marítimo internacional que se ejecutó en régimen de conocimiento de embarque.

49. La Sala procede a realizar un análisis doble sobre las normas de jurisdicción normativizadas en la LNM y la regla de especialidad⁶⁵ para determinar la prevalencia en la interacción de normas de los distintos bloques normativos en presencia (internacional, UE⁶⁶, y nacional)⁶⁷. De esta manera el tribunal manifiesta inequívocamente la aplicación prioritaria del artículo 25 del RBI bis sobre la norma española de aplicación. Un precepto que tal y como indicó en su resolución la Audiencia de Barcelona “establece cómo debe celebrarse el acuerdo atributivo de competencia y fija la Ley conforme a la cuál debe examinarse la validez del acuerdo (la del Estado Miembro a cuyos tribunales se hayan sometido las partes) (...). Por todo ello, dado que el contrato de transporte se suscribió entre las partes litigantes, únicas a las que se refieren los conocimientos de embarque, la aplicación del mencionado artículo 25 del Reglamento CE 1215 resulta procedente y ajustada a derecho la resolución recurrida”.

50. Como bien es sabido, los citados bloques normativos⁶⁸ vienen compuestos para esta especial materia por la LNM, el marco jurídico internacional convencional compuesto por el Convenio de Bruselas de 1924 en materia de conocimiento⁶⁹, enmendado por el Protocolo de Bruselas de 23 de febrero de 1968 y el Protocolo de Bruselas de 1979 (sistema de “Las Reglas de La Haya” y “La Haya Visby”)⁷⁰, el Convenio de Hamburgo de 1978 sobre transporte marítimo de mercancías, las previsiones normati-

⁶³ AAP de Barcelona (Sección 15. Civil), de 13 de febrero de 2019, CENDOJ. ECLI: ES: APB: 2019:395.

⁶⁴ Sobre ello, J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “Una acertada orientación jurisprudencial en relación a la validez y alcance de la cláusula sumisoria a favor de tribunal extranjero contenida en un conocimiento de embarque. Comentario al auto de 13 de febrero de 2019 de la AAP de Barcelona (Sección 15)”, *CDT*, vol.11, n° 2, 2019, pp. 388-401.

⁶⁵ F.F. GARAU SOBRINO, “La literalidad interpretada desde la coherencia del sistema. Las relaciones entre Reglamento Bruselas I y los convenios sobre materias particulares según el TJUE”, *CDT*, vol. 3, n°1, 2011, pp. 270-281.

⁶⁶ Véase sobre la importancia del Derecho europeo y su incidencia sobre el sistema español de Derecho internacional privado entre otros: M. DESANTES REAL, “La incidencia de las fuentes de origen institucional (Derecho comunitario europeo) en la configuración del sistema español de Derecho internacional privado”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gastéiz* 1993, 1994, pp. 84-21

⁶⁷ Entre otros, pueden verse las consideraciones realizadas sobre Derecho uniforme y Derecho internacional privado, con especial incidencia en el régimen convencional: A. MALINTOPPI, *Diritto uniforme e diritto internazionale privato in tema di trasporto*, Milán, Guiffre Editore, 1955, pp. 38-84.

⁶⁸ Respecto a la cuestión: U. BELINTXON MARTÍN, “La confluencia de los distintos bloques normativos aplicables en materia de transporte internacional: divergencias y efecto distorsionador”, en PETIT LAVALL, M.V., MARTÍNEZ SANZ, F., y RECALDE CASTELLS, A. (Dirs.), *La nueva ordenación del mercado de transporte*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 15-20.

⁶⁹ *Gaceta*, 31 de julio de 1930.

⁷⁰ *BOE*, 11 de febrero de 1984.

vas del Convenio UNCITRAL de 2008 (Reglas de Rotterdam)⁷¹ y por último el conjunto normativo de fuente institucional derivado de los Reglamentos de la UE.

51. Cabe subrayar que la LNM española supone, pese a ciertas soluciones legislativas criticables desde nuestra disciplina análisis internacional-privatista, un avance jurídico importante dentro de nuestro sistema autónomo al dotar al ordenamiento jurídico interno español de un marco legal moderno y sistematizado y que pretende fomentar además una mayor seguridad jurídica y previsibilidad⁷².

52. La Audiencia de Barcelona en esta resolución, concreta y delimita acertadamente el margen de maniobra contractual conflictual y material⁷³ que cabe conferir a las partes⁷⁴ en una relación de transporte marítimo internacional⁷⁵ a la hora de determinar el tribunal estatal competente⁷⁶. Además, es respetuosa con la tendencia⁷⁷ del Derecho marítimo⁷⁸ hacia su uniformidad normativa internacional⁷⁹ y el reconocimiento pleno de la autonomía de la voluntad de las partes⁸⁰, la autorregulación⁸¹ y la nuclear importancia de los usos y prácticas mercantiles elaboradas por las empresas operadoras del sector⁸² que conocen bien las complejas realidades negociales y contractuales⁸³. Y todo ello sin obviar el papel nuclear del objetivo de seguridad jurídica y previsibilidad a consolidar⁸⁴ y conscientes de la citada complejidad y

⁷¹ Sobre los Convenios Internacionales aplicables en el Derecho marítimo español puede verse: I. ARROYO MARTÍNEZ, “Derecho marítimo español y convenios internacionales. Luces y sombras”, *ADM*, vol.16, 1999, pp. 21-79; J.J. ALVAREZ RUBIO, “Sector de la responsabilidad por contaminación del medio marino”, *Los foros de competencia judicial internacional en materia marítima*, Vitoria-Gasteiz, Servicio central de publicaciones del Gobierno Vasco, 1993, pp. 89 y ss.

⁷² Entre otros sobre los objetivos de la Ley de Navegación Marítima española puede verse: J.C. FUENTE GÓMEZ, “Principios y fines generales...”, *op. cit.*, pp. 361-366; J.L. GOÑI ETCHEVERS, *Temas de Derecho Marítimo*, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, p. 383 y ss.

⁷³ Sobre el particular, G. KAUFMANN-KOHLER, *La clause d'élection de for dans les contrats internationaux*, Frankfurt, 1980, p. 1.

⁷⁴ Puede verse entre otros: J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La autonomía de la voluntad conflictual y la mano invisible en la contratación internacional”, *La Ley*, n° 7847, de 27 de abril de 2012.

⁷⁵ En relación a la evolución de la disciplina del Derecho marítimo, entre otros: J. LOPUSKI, “Les principales lignes d'évolution du Droit maritime privé: l'influence exercée par la pression des pays en développement”, *D.M.F.*, 1987, pp. 217 y ss.

⁷⁶ En relación al carácter predominantemente dispositivo de algunos preceptos referentes a la LNM, ver la regulación del contrato de fletamento, en este sentido es muy clarificador el trabajo realizado sobre el Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima del año 2006 por A. EMPARANZA SOBEJANO, “El contenido del contrato de fletamento”, en EMPARANZA SOBEJANO, A., (Dir.): *Estudio sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*, Vitoria-Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2006, pp. 327 y ss.

⁷⁷ Tal y como destaca A. BRIGGS, “The validity of floating choice of law and jurisdiction clauses”, *Lloyd's mar. and Com. Law Quart.*, 1986, pp. 508 y ss. En la misma orientación, J. RAMBERG, “Freedom of contract in maritime law”, *Lloyd's mar. and Com. law quart.*, 1993, pp. 178 y ss.

⁷⁸ En cuanto a la internacionalidad objetiva o intrínseca del Derecho del transporte marítimo puede verse entre otros: S.M. CARBONE, *Contratto di trasporto marittimo di cose*, Milán, Tela Editoriale, 1988, pp. 55 y ss.

⁷⁹ Sobre el análisis particular de las concretas necesidades de armonización de un específico sector de actuación normativa: R. LUZZATTO, “Metodi di Unificazione del Diritto Marittimo e interpretazione Uniforme”, *Dir Mar*, 1999-I, pp.148-151.

⁸⁰ Sobre el particular, G. KAUFMAN-KOHLER, *La clause d'élection...*, *op. cit.*, p. 1.

⁸¹ Respecto a la regulación y la autorregulación, entre otros: U. BELINTXON MARTIN, “El dilema en el conflicto del Taxi y el VTC: ¿La desregulación?”, *Bitácora Millennium DIPr: Derecho internacional privado*, núm. 9, 2019, pp. 1-13.

⁸² En relación a las insuficiencias de los Tratados multilaterales como cauce idóneo para la codificación internacional, la evolución europea del DIPr y otras alternativas, véase: J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “La ordenación de las relaciones privadas internacionales a través de tratados en las postrimerías de su ciclo histórico”, *El Derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI*, Madrid, Iprolex, 2013, pp. 54-62.

⁸³ Entre otro sobre esta cuestión: U. BELINTXON MARTÍN, “Derecho Internacional Privado y transporte de viajeros por carretera: algunas cuestiones sobre jurisdicción y ley aplicable”, *CDT*, vol. 8, n°1, Marzo 2016, pp. 17-35.

⁸⁴ Pueden verse el Considerando 15 del RBI bis (Reglamento (UE) n°1215/2012 del Parlamento europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil), conforme a cuyo tenor, “Las normas de competencia judicial deben presentar un alto grado de previsibilidad y deben fundamentarse en el principio de que la competencia judicial se basa generalmente en el domicilio del demandado. La competencia judicial debe regirse siempre por este principio, excepto en algunos casos muy concretos en los que el objeto del litigio o la autonomía de las partes justifique otro criterio de conexión. Respecto de las personas jurídicas, debe definirse el domicilio de manera autónoma para incrementar la transparencia de las normas comunes y evitar los conflictos de jurisdicción”; e igualmente el Considerando 16 del R. Roma I (Reglamento (CE) n°593/2008, de 17 de junio, sobre ley aplica-

la diferente tipología de las relaciones contractuales dimanantes en este sector comercial (fletamento por tiempo, el fletamento por viaje, contratos de transporte de mercancías en buques de línea etc.)⁸⁵.

53. También acierta la Audiencia Provincial de Barcelona en su Auto de 18 de marzo de 2019⁸⁶ al indicar expresamente en su Fundamento Jurídico Quinto sobre la aplicación de la doctrina del TJUE y el TS al supuesto enjuiciado que [...] Aplicado cuanto antecede al presente caso el artículo 25 del Reglamento CE 1215/2012 no queda relegado por la Ley española. Tampoco lo complementa o introduce requisitos de forma adicionales. Dicho precepto establece cómo debe celebrarse el acuerdo atributivo de competencia y fija la Ley conforme a la cuál debe examinarse la validez del acuerdo (la del Estado Miembro a cuyos tribunales se hayan sometido a las partes). Sólo si la cláusula de sumisión lo es en favor de los tribunales españoles puede enjuiciarse su validez con arreglo al artículo 468 de la LNM. Por todo ello, dado que el contrato de transporte se suscribió entre las partes litigantes, única a las que se refieren los conocimientos de embarque, la aplicación del mencionado art.25 Reglamento CE (RCL 1978, 2836) 1215 resulta procedente y ajustado a derecho la resolución recurrida [...].

54. La Audiencia Provincial de Madrid en su Auto de 5 de julio de 2019⁸⁷ expone su interpretación en similares términos a las anteriores resoluciones y acierta de plano en la argumentación jurídica esgrimida en la presente resolución al establecer como criterio hermenéutico la aplicación prioritaria y prevalente de las normas procesales internacionales y europeas en materia de acuerdos atributivos de jurisdicción (artículo 25 RBI bis), sobre las normas de origen interno (artículo 468 LNM)⁸⁸.

55. En el supuesto concreto, que se activa en reclamación de los daños padecidos en la carga transportada, la demandada dedicada a la actividad de transporte marítimo planteó declinatoria por falta de competencia judicial internacional con base en una cláusula de sumisión a la High Court of Justice de Londres contenida en el conocimiento de embarque.

56. En este caso, la Audiencia en su razonamiento jurídico segundo, y en referencia a su jurisprudencia anterior, en concreto su Auto de 21 de julio de 2009 en relación al artículo 23 del antiguo RBI, hoy artículo 25 del RBI bis, viene a indicarnos que el citado precepto [...] convierte a los tribunales designados en el pacto de prorrogación de la competencia jurisdiccional, cumpliéndose determinados requisitos, en exclusivamente competentes, quedando obligados los tribunales de los restantes Estados a abstenerse de conocer. En su virtud, la existencia de un pacto de sumisión jurisdiccional expresa a favor de los tribunales de otro Estado comunitario obligará al tribunal españoles ante el que se hubiera presentado la demanda a aplicar las disposiciones contenidas en dicho precepto, art.23, que resultará por consiguiente aplicable, cuando no se infringen con su aplicación al caso ninguna de las competencias inderogables exclusivas previstas en el art. 22 ni se contravienen las reglas especiales previstas en materia de seguros, consumidores o contratos de trabajo [...].

57. Y además de ello añade que el artículo 23 del Reglamento 44/2001 prevé [...] que el acuerdo atributivo de competencia deberá celebrarse [...]; b) en una forma que se ajustare a los hábitos que las partes tuvieran establecido entre ellas; o c) en el comercio internacional, en una forma conforme a los

ble a las obligaciones contractuales), conforme al cual, y “Con el fin de contribuir al objetivo general del presente Reglamento que es la seguridad jurídica en el espacio judicial europeo, las normas de conflicto de leyes deben presentar un alto grado de previsibilidad. No obstante, el juez debe disponer de un margen de apreciación con el fin de determinar la ley que presenta los vínculos más estrechos con la situación”.

⁸⁵ J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “Derecho privado y la UE: ¿armonización material o conflictual?”, en GOIZUETA VÉRTIZ, J., y CINFUEGOS MATEO, M., *La eficacia de los derechos fundamentales de la UE: cuestiones avanzadas*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 291-310.

⁸⁶ AAP de Barcelona (Sección 15ª), de 18 de marzo de 2019. Aranzadi. JUR/2019/97146.

⁸⁷ AAP de Madrid (Sección 28ª), de 5 de julio de 2019. Aranzadi. AC 2019/1354.

⁸⁸ Respecto a la cascada de la especificidad, entre otros: entre otros: U. BELINTXON MARTÍN, *Derecho europeo y transporte internacional por carretera*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 41-49.

usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado.

58. Dice además el tribunal que [...] En el presente caso estamos ante una atribución competencial a favor de los tribunales ingleses (en concreto, de la High Court of Justice de London) realizada por escrito en una cláusula contenida en un conocimiento de embarque. Esto satisface las aludidas exigencias de la normativa internacional.

59. Una desestimación de la pretensión recurrida que termina por justificar la Audiencia en su resolución al indicar en su razonamiento jurídico tercero que [...] no se ve el menor atisbo de fraude de ley o mala fe en el establecimiento de una cláusula de sumisión, siendo razonable el interés que en el comercio internacional puede existir por residenciar los litigios en tribunales que históricamente se encuentran más vinculados que otros en relación a las cuestiones concernientes al comercio marítimo⁸⁹.

2. Modificación del acuerdo atributivo de jurisdicción del artículo 25 RBI bis por sumisión tácita del artículo 26 del RBI bis. Primacía del Derecho europeo sobre el artículo 468 LNM

60. En su Auto de 23 de mayo de 2017 la Audiencia Provincial de Castellón⁹⁰ muy acertadamente en su fundamento de derecho tercero esgrime una muy correcta explicación de la modificación que recibe el actual artículo 25 del RBI bis respecto al antiguo artículo 23 del RBI y que pivota, en primer lugar sobre la supresión de la exigencia de que al menos uno de los contratantes esté domiciliado en un Estado miembro de la UE, siendo suficiente para la activación de la norma que las partes hayan acordado someter sus controversias a los tribunales de un Estado miembro de la UE. Y por otro, sobre la desvinculación total o completa del acuerdo atributivo de jurisdicción del resto del contrato no pudiendo ser impugnada la competencia del órgano jurisdiccional acordado por la sola razón de la invalidez del contrato (artículo 25.5).

61. Tras ello, el tribunal hace alusión de forma meridiana al principio de jerarquía normativa no dejando lugar a dudas respecto a la primacía jerárquica del Derecho de la Unión Europea, y por lo tanto lo dispuesto por el RBI bis (artículo 25), sobre las normas de origen interno o nacional, y en particular sobre lo transcrito en el artículo 468 de la LNM. De esta forma, y según acuerdo atributivo de jurisdicción que consta en anverso de conocimiento de embarque los tribunales de Rotterdam han sido designados como competentes para conocer.

62. No obstante dicho esto, no es menos cierto que en aplicación de lo dispuesto por el artículo 26 del propio RBI bis sobre la sumisión tácita en el asunto de autos el demandado al no impugnar la competencia mediante declinatoria con carácter previo a la contestación de la demanda, queda sometido a los juzgados y tribunales ante los que se interpuso la demanda reconvirtiendo o modificando la sumisión expresa a los tribunales de Rotterdam contenida en el anverso al conocimiento de embarque en una nueva sumisión a los juzgados y tribunales españoles que asumirán la competencia para el conocimiento del asunto.

⁸⁹ Sobre la acertada orientación de la presente resolución puede verse el excelente análisis de la amiga y profesora N. MAGALLÓN ELOSEGUI, “Los acuerdos atributivos de jurisdicción a favor de un tribunal extranjero incluidos en un conocimiento de embarque: los usos y la libertad contractual en el sector marítimo. comentario al auto de 5 de julio de 2019 de la AAP de Madrid (Sección 28)”, *CDT*, vol. 12, nº1, 2020, pp. 619-626.

⁹⁰ AAP de Castellón (Sección 3ª, Civil), de 23 de mayo de 2017, Aranzadi. JUR /2018/26095.

3. Acuerdo atributivo de jurisdicción inserto en conocimiento de embarque. No apreciación de prevalencia del artículo 25 RBI bis sobre el artículo 468 LNM y la eficacia traslativa del conocimiento de embarque del artículo 251 LNM

63. Entre otras, la Audiencia Provincial de Barcelona en su auto/resolución emitida el 21 de diciembre de 2016⁹¹ desacierta completamente ante un supuesto litigioso que deviene de un contrato de transporte marítimo internacional con conocimiento de embarque, pues no acierta a la hora de valorar la transmisión y los efectos de la transmisión de un conocimiento de embarque y la calificación que merece la ausencia de consentimiento a la cláusula de sumisión expresa en favor del tribunal de comercio de Marsella en relación al artículo 251 de la LNM.

64. La resolución de instancia, muy acertadamente, estima la declinatoria de jurisdicción planteada por la demandada y declara la falta de jurisdicción del Juzgado para conocer de la demanda por considerar que la controversia tiene que someterse a tribunal extranjero (en este caso el tribunal de comercio de Marsella) y que es de aplicación la ley francesa según acuerdo de elección de ley recogido en el anverso del conocimiento de embarque. La acción se articula en petición y reclamación de los daños y perjuicios ocasionados por la naviera francesa con ocasión del transporte marítimo de una partida de langostinos desde el puerto de Cortés, en Honduras, con destino al puerto de Algeciras. Un transporte realizado en régimen de conocimiento de embarque y cuyo conocimiento de embarque no fue firmado ni por cargador ni por destinatario.

65. Ante esta tesitura por la demandada se presenta declinatoria de jurisdicción en aplicación del artículo 25 del RBI bis argumentando que esta norma de Derecho procesal civil internacional y europeo prevalece sobre los artículos 468 y 251 de la LNM por lo que la competencia exclusiva para conocer del litigio corresponde al tribunal de Marsella, y que el acuerdo es válido y oponible a terceros de acuerdo con la legislación aplicable, el derecho francés.

66. A partir de aquí la resolución de la citada Audiencia se torna en el encadenamiento de una cadena de errores y apreciaciones que contradicen no solo los usos y costumbres sectoriales, sino que además pretende reinterpretar por completo el artículo 25 del RBI bis y en especial la designación por tal precepto como ley rectora para verificar la validez material de los acuerdos de prórroga de la competencia de la ley del Estado miembro designado como competente para conocer de la controversia (en este caso concreto la ley francesa).

67. Este pronunciamiento y su línea argumental, que huelga decir ha sido revertida en ocasiones muy acertadamente por la propia Audiencia Provincial de Barcelona, como por ejemplo en su Auto de 13 de febrero de 2019 ya comentado en este trabajo, desnortó al operador jurídico ya que tras revisar muy detalladamente la jurisprudencia de nuestro máximo órgano jurisdiccional, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en relación a la modificación operada por el antiguo artículo 17 del Convenio de Bruselas de 1968 sobre los acuerdos atributivos de jurisdicción que permitió presumir la existencia de consentimiento para la sumisión cuando existen al respecto, en el sector del comercio internacional considerado, usos comerciales que las partes conocen o debieran conocer), concreta que el marco legal aplicable tras la entrada en vigor de la LNM tiene una incidencia directa sobre las cláusulas de sumisión insertas en conocimientos de embarque, o en otros contratos de utilización de buque, sin distinguir aquellos acuerdos de sumisión que atribuyen competencia judicial internacional a los tribunales de un Estado miembro de la UE, de aquellos que atribuyen competencia jurisdiccional a juzgados y tribunales de terceros Estados y que no encuentran acomodo o respaldo en un Convenio internacional.

68. Una resolución ciertamente muy criticable que incluso se permite el lujo de indicar expresamente que la LNM [...] introduce modificaciones que afectan de manera expresa a las cláusulas de

⁹¹ AAP de Barcelona (Sección 15ª, Civil), de 21 de diciembre de 2016, Aranzadi. AC /2017/1872.

sumisión insertas en conocimientos de embarque o en otros contratos de utilización del buque, modificaciones que obligan a revisar también la doctrina jurisprudencial [...]

69. Volvemos a reiterar, el TJUE, ha sido clarificador mediante su jurisprudencia al respecto, entre otras en sus resoluciones de 19 de junio de 1984, asunto Tilly Russ (C-71/83)⁹²; de 16 de marzo de 1999, asunto Castelleti (C-159/97)⁹³; y de 9 de noviembre de 2000, asunto Coreck Maritime GmbH y Handelsveen BV y otros (C-87/98)⁹⁴, en las que concluye que [...] se presume que las partes contratantes han dado su consentimiento a las cláusulas atributivas de competencia cuando el comportamiento de las mismas corresponda a un uso que rige en el ámbito del comercio internacional en el que operan y que conocen o debieran conocer, y que las exigencias concretas que engloban el concepto de forma conforme a los usos deben valorarse exclusivamente a la luz de los usos comerciales del sector del comercio internacional de que se trate, sin tener en cuenta las exigencias particulares que pudieran establecer las disposiciones nacionales.

70. En efecto, la jurisprudencia del TJUE ha considerado que existe un uso en el sector comercial concreto cuando, en particular, los operadores de dicho sector siguen un comportamiento determinado de modo general y regular al celebrar cierta clase de contratos. Y además de ello entiende que la cláusula atributiva de jurisdicción puede ser invocada frente al tercero tenedor del conocimiento, desde el momento en que, con arreglo al Derecho nacional aplicable, es decir la ley del Estado miembro designado como competente para conocer de la controversia según el artículo 25 RBI bis, el tenedor del conocimiento se subroga en los derechos y obligaciones del cargador.

71. De este modo, el tercero tenedor se convierte en [...] titular, a la vez, de todos los derechos y de todas las obligaciones que figuran en el conocimiento, incluidas las relativas a la prórroga de competencia. En definitiva, una cláusula atributiva de competencia acordada entre un porteador y un cargador e incluida en un conocimiento de embarque produce efectos frente al tercero tenedor del conocimiento de embarque siempre y cuando al adquirirlo, éste haya sucedido al cargador en sus derechos y obligaciones en virtud del Derecho aplicable. Por el contrario, si el tercero tenedor no ha sucedido al cargador, no podrá oponérsele la cláusula atributiva de competencia, a no ser que haya dado su consentimiento a ella. Y su oponibilidad al destinatario o a terceros adquirentes del conocimiento de embarque son ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en el sector de transporte marítimo, por ser una cláusula conforme a los usos del comercio internacional.

72. No se comprende pues que una vez hecha esta referencia a la jurisprudencia del TJUE, la Audiencia Provincial de Barcelona en la citada resolución y suplantando al legislador europeo y al TJUE venga a concluir en los párrafos 21, 22 y 23 de su fundamento jurídico cuarto que la referencia del artículo 25 del RBI bis al “*con arreglo al Derecho aplicable*” [...] no es el del Estado miembro al que se hayan sometido las partes (en este caso, Francia), como dispone el artículo 25 del Reglamento, sino el que decida el Juez nacional. Lo cual es del todo lógico, pues si el Derecho aplicable es el del lugar al que se someten las partes, estaríamos anticipando los efectos de las cláusulas de jurisdicción [...].

[...] En definitiva, entendemos que la eficacia traslativa del conocimiento de embarque ha de analizarse con arreglo al Derecho español, y en concreto, conforme al artículo 251 de la LNM [...]. Esto es, el adquirente del conocimiento de embarque sólo quedará vinculado por la cláusula de sumisión si ha sido negociada individual y separadamente al adquirir el título [...].

[...] Por lo expuesto no es aplicable la Ley del lugar al que se someten las partes, ni la del lugar de emisión del conocimiento de embarque. Si así se entendiera, se estaría permitiendo que la cláusula adelantara sus efectos, imponiendo su contenido a las partes en el negocio de cesión (en este caso, dos empresas españolas) [...].

⁹² Recuperado de: www.curia.europa.eu.

⁹³ Recuperado de: www.curia.europa.eu.

⁹⁴ Recuperado de: www.curia.europa.eu.

73. Claro está que la interpretación de la Audiencia Provincial de Barcelona es contraria al Derecho europeo así como la estimación del recurso de apelación⁹⁵. Una interpretación equivocada que proyecta de nuevo la propia Audiencia de Barcelona muy recientemente en su sentencia de 23 de julio de 2019⁹⁶, apartado 24 de su Fundamento Jurídico Segundo al indicar como en anteriores pronunciamientos que [...] Además de la validez de la cláusula de sumisión, el TJUE exige que el tercero haya sucedido en los derechos y obligaciones del cargador “*con arreglo al Derecho nacional aplicable*”. Y ese Derecho no es el del Estado Miembro al que se hayan sometido las partes (en este caso, Inglaterra), como dispone el artículo 25 del Reglamento, sino el que decida el Juez nacional. Lo cual es del todo lógico, pues si el Derecho aplicable es el del lugar al que se someten las partes, estaríamos anticipando los efectos de la cláusula de sumisión [...]. Téngase en cuenta que el TJUE precisamente determina en sus sentencias TNT vs AXA de 4 de mayo de 2010 (asunto C-533-08)⁹⁷ y Nipponkoa Insurance de 13 de diciembre de 2013 (asunto C-452-12)⁹⁸ que lo que se pretende o busca con tal concreción o determinación (la de la ley rectora para verificar la validez material de los acuerdos de prórroga o atributivos de jurisdicción) es garantizar la seguridad jurídica, la evitación de procedimientos paralelos en el seno de la Justicia en la UE, la libre circulación y el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales en el seno de la UE y la previsibilidad de resultado⁹⁹.

4. La inaplicación del acuerdo atributivo de jurisdicción inserto en carta de porte marítima suscrita entre transportista contractual y transportista efectivo al cargador que suscribió conocimiento de embarque sin incorporación de sumisión expresa con el porteador contractual

74. La Audiencia Provincial de Barcelona en su auto/resolución emitida en fecha 7 de octubre de 2019 reflexiona sobre ciertas cuestiones de transcendental importancia en relación a los acuerdos atributivos de jurisdicción, los artículos 25 RBI bis y 468 LNM, y la vinculación del cargador mediante un acuerdo atributivo de jurisdicción a los tribunales de Londres inserto en la carta de porte marítima (Sea Waybill) firmada por porteador contractual y porteador efectivo, ante la inexistencia de pacto de sumisión expresa contenido en el conocimiento de embarque (Bill of Lading) concretado entre el propio cargador y el transportista contractual.

75. El supuesto litigioso que enfrenta a la aseguradora de la cargadora, Catalana Occidente SA con domicilio en Barcelona, con los codemandados Rhenus Logistics SAU -transportista contractual con domicilio en Barcelona-, y Maersk Spain SLU -transportista efectivo-, tiene por objeto una demanda de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados tras la pérdida total de la mercancía transportada ante el incendio del buque, su abandono y la declaración de avería gruesa cerca de Omán.

76. Como indicamos el conocimiento de embarque firmado entre empresa cargadora y empresa transportista contractual no incorpora cláusula de sumisión jurisdiccional, en cambio en la carta de porte marítima suscrita entre Rhenus y Maersk si se incorpora una cláusula de sumisión expresa a la High Court of Justice de Londres.

⁹⁵ Un Derecho europeo que aporta frente a la diversidad de fuentes una tendencia armonizadora en materia de Derecho del transporte, en este sentido puede verse entre otros: I. BON GARCÍN, M. BERNADET e Y. REINHARD, *Droit des transports*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 2 y ss.

⁹⁶ SAP Barcelona (Sección 15ª) de 23 de julio de 2019. AC/2019/1270. Recuperado de *Westlaw Aranzadi*.

⁹⁷ www.curia.europa.eu.

⁹⁸ www.curia.europa.eu.

⁹⁹ Entre otros sobre los objetivos de la Ley de Navegación Marítima española puede verse: J.C. FUENTE GÓMEZ, “Principios y fines generales de la Ley de Navegación Marítima”, en PETIT LAVALL, M.V., y PUETZ, A. (Dirs), *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 361-366. Sobre los diversos anteproyectos y trabajos preparatorios vid. J.L. GOÑI ETCHEVERS, *Temas de Derecho...*, op. cit., p. 383 y ss.

77. De esta manera la sala, muy acertadamente, interpreta que la cláusula de jurisdicción a los tribunales de Londres inserta en la carta de porte marítima no vincula a la empresa cargadora (demandante en este procedimiento), y ante la ausencia de un acuerdo de sumisión de estas características en el conocimiento de embarque original los tribunales españoles tienen competencia para conocer del trayecto marítimo ejecutado desde el puerto de Hong Kong hasta el puerto de Barcelona.

78. En efecto, la carta de porte marítima firmada por transportista contractual y transportista efectivo, además de no ser un título valor representativo de las mercancías, como sí lo es el conocimiento de embarque, no vincula a la remitente o cargadora de la mercancía que contrató con Rhenus (transportista contractual) la materialización del transporte. Recuérdese, además, que la carta de porte ostenta única y exclusivamente un valor probatorio en el sentido de que da fe, salvo prueba en contrario, de las condiciones del contrato y de la recepción de la mercancía por el transportista. Es decir, en este caso la recepción de las mercancías a transportar por parte del porteador efectivo viene de manos del transportista contractual y no del remitente o cargador original con el que suscribió el transportista contractual un conocimiento de embarque sin inserción o previsión de cláusula de jurisdicción. Por lo tanto, el cargador es totalmente ajeno a la relación contractual de transportar entre transportista contractual y transportista efectivo por lo que ninguna proyección, ni validez, puede tener sobre dicho cargador la cláusula de sumisión expresa a los tribunales de Londres inserta en la citada carta de porte marítima¹⁰⁰. Cabría únicamente plantearse, aunque no es el supuesto de Autos y tampoco es objeto de las presentes consideraciones, si el tercero destinatario, ajeno a la controversia suscitada en este caso, pudiera verse sometido o vinculado por tal cláusula atributiva de jurisdicción inserta en la carta de porte.

79. En este mismo sentido se pronunció también la Audiencia de Barcelona en su sentencia de 23 de julio de 2019 en la que entendió que la cláusula de jurisdicción incorporada en la carta de porte marítima vinculaba única y exclusivamente a las porteadoras contractuales y al porteador efectivo, y no al cargador, Nestlé S.A, quien había contratado con la empresa de logística e intermediaria JSV Logistic la gestión del envío y su ejecución, quien contrató a Atlas Forwarding que a su vez contrató a la porteadora efectiva WEC.

80. Recuérdese además que según lo dispuesto por el TJUE, Sala Tercera, en su sentencia de 23 de octubre de 2014, Asunto C-305/13¹⁰¹, el contrato de comisión de transporte puede ser considerado un contrato de transporte siempre y cuando el contrato tenga como objeto principal de comisión el transporte de mercancías. Es decir, que la ejecución del transporte sea considerada la actividad principal, y no meramente accesoria, de la relación contractual viéndose el comisionista obligado a garantizar la propia ejecución del transporte de mercancías y a asumir mediante la subrogación la posición del transportista, sus derechos y obligaciones. Cuestión que le corresponderá verificar al órgano jurisdiccional que conozca de la causa según criterios tales como la prestación real realizada, la finalidad de la relación contractual y el conjunto de obligaciones de la parte que deba realizar la prestación característica del contrato. El Tribunal de Justicia ya se había manifestado sobre esta cuestión al interpretar el Convenio de Roma de 1980, en el asunto Intercontainer Interfrigo (STJUE, de 6 de octubre de 2009, Asunto C-133/08)¹⁰², respecto a una cuestión similar en relación al artículo 4.4 del citado Convenio. En dicha ocasión el Tribunal dictaminó que una de las finalidades del citado precepto era precisamente incrementar el ámbito de aplicación de la norma de Derecho internacional privado regulada en el último inciso del artículo 4.4 del Convenio y así permitir considerar como contratos de transporte, además de los contratos de fletamento para un solo viaje, otros contratos que tuviesen como objeto principal la realización del transporte de mercancías¹⁰³. De esta forma se dispuso, al igual que en esta ocasión, y en relación a

¹⁰⁰ Sobre esta cuestión entre otras: J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “Contracts for the international carriage of goods: jurisdiction and arbitration under the new UNCITRAL Convention 2008”, *Yearbook Private International Law*, vol.11, 2009, pp. 171-191.

¹⁰¹ www.curia.europa.eu

¹⁰² www.curia.europa.eu

¹⁰³ Sobre esta cuestión entre otros: U. BELINTXON MARTÍN, “Ley aplicable a los contratos internacionales en defecto de

la determinación del objeto principal del contrato, que procedía tomar en consideración la finalidad de la relación contractual y el conjunto de las obligaciones asumidas por la parte que realiza la prestación característica del contrato¹⁰⁴.

81. Expuesto lo anterior, si cabría resaltar que la Audiencia Provincial de Barcelona en el referido Auto de fecha 7 de octubre de 2019 no se detiene a valorar los foros de competencia objetivos del RBI bis que se abren a elección de la parte demandante para la interposición de la correspondiente acción tanto frente al transportista contractual como frente al transportista efectivo (activando frente a este último la denominada acción directa). Es decir, que la Audiencia estima la competencia judicial internacional de los juzgados y tribunales de Barcelona sin concretar en base a qué norma y/o a qué foros se le atribuye ésta. Un ejercicio que hubiese permitido vislumbrar de forma meridianamente clara y a la luz de la jurisprudencia del TJUE las opciones procesales abiertas para la parte actora. Como bien es sabido, y los hemos reiterado de una u otra forma en el presente trabajo, en ausencia de Convenio internacional multilateral especial que regule la competencia judicial internacional, el RBI bis contiene entre sus previsiones preceptos dedicados expresamente a ello en la sección 2 sobre competencias especiales. En particular, el artículo 7.1 en materia contractual¹⁰⁵ se divide en una norma general y dos vertientes contractuales concretas (compraventa de mercaderías -7. 1.a- y prestación de servicios¹⁰⁶ -7.1. b-).

82. En este caso al tratarse de una relación contractual de transportar será de aplicación la variante de prestación de servicios normativizada en el citado artículo 7.1.b RBI bis. Un concepto, el de prestación de servicios, que debe ser interpretado de manera autónoma y proyectándose sobre los contratos que generan para el transportista, o porteador, tanto una obligación de medios como una obligación de resultado¹⁰⁷. Término en el que debe quedar incardinado el contrato de transporte marítimo internacional de mercancías.

83. El TJUE en diversas ocasiones ha precisado muy correctamente para una prestación de servicios cuáles deben identificarse como los lugares de un Estado miembro de la UE en el que hayan sido o deban ser prestados los servicios. Así lo ha hecho perfectamente en sus sentencias de 9 de julio de 2009¹⁰⁸, 11 de julio de 2018¹⁰⁹ y 7 de noviembre de 2019¹¹⁰.

84. El TJUE en su sentencia *Peter Rehder vs. Air Baltic* del año 2009 vino a establecer claramente que, ante una controversia en materia de transporte internacional de personas aéreo, siempre y cuando se cumplan los requisitos de aplicación del RBI bis, la parte demandante podrá interponer acción ante el tribunal del lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan o deban ser prestados

elección: la interpretación del artículo 4 del Convenio de Roma y su proyección sobre el Reglamento Roma I", *La Ley Unión Europea*, nº 22, enero de 2015, pp. 55-60.

¹⁰⁴ Sobre las presunciones especiales del art. 4 del Convenio de Roma y la inaplicación del art. 4.2 a los contratos de transporte de mercancías: P.A. DE MIGUEL ASENSIO, "La Ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales: El artículo 4 del Convenio de Roma de 1980", *La Ley*, XVI, 4 de abril de 1995, pp. 1-7.

¹⁰⁵ Respecto al artículo 5 del RBI (actual artículo 7 del RBI bis) puede verse entre otras las consideraciones expuestas por, M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal ...*, op. cit., pp. 141-158.

¹⁰⁶ Sobre los contratos de prestación de servicios y su delimitación (artículo 7.1.b del RBI bis) pueden verse las reflexiones realizadas por el profesor P. A. DE MIGUEL ASENSIO, "El lugar de ejecución de los contratos de prestación de servicios como criterio atributivo de competencia", en J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, R. VIÑAS FARRÉ (Coords.), *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado*, Liber Amicorum Alegría Borrás, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 291-307.

¹⁰⁷ En relación a la noción económica del contrato de prestación de servicios empleada por el artículo 5.1.b R.44/2001 (Hoy 7.1.b R.1215/2012) y el objeto principal de este tipo de contratos que comprenden y generan tanto una obligación de medios, como una obligación de resultado, pueden verse la consideraciones realizadas por los profesores A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOA GONZÁLEZ, "Contratos internacionales (I): Competencia judicial y Ley aplicable", *Derecho del Comercio Internacional*, Madrid, Colex, 2012, pp. 493-497.

¹⁰⁸ STJUE de 9 de julio de 2009. TJCE/2009/219. Recuperado de *Westlaw Aranzadi*.

¹⁰⁹ STJUE de 11 de julio de 2018. TJCE/2018/185. Recuperado de *Westlaw Aranzadi*.

¹¹⁰ STJUE de 7 de noviembre de 2019. TJCE/2019/243. Recuperado de *Westlaw Aranzadi*.

los servicios de transporte. En efecto, la parte actora podrá interponer la demanda ante el lugar de origen o el lugar de destino del transporte internacional de personas aéreo, sin descuidar, la confluencia característica de esta clase de foros especiales por razón de la materia y el foro general del domicilio de la parte demandada que también podrá ser elegido por la actora¹¹¹. Lo recoge así expresamente nuestro máximo órgano jurisdiccional en el apartado 43 de la resolución indicando [...] que tanto el lugar de salida como el lugar de llegada del avión son los lugares de prestación principal de los servicios que son objeto de un contrato de transporte aéreo [...]. Acierta el TJUE al advertir que tales lugares son los que presentan un vínculo directo con los referidos servicios y que además estos lugares son los que presentan un vínculo suficiente de proximidad con los elementos materiales del litigio.

85. El máximo órgano jurisdiccional de la UE vuelve a interpretar el referido artículo del RBI bis en su sentencia *Zurich Insurance vs. Abnormal Load Services* de 11 de julio de 2018, aunque en esta ocasión en relación a un contrato de transporte de mercancías. En su apartado 14 interpreta y concreta cuáles son los tribunales ante los que puede interponerse una acción derivada de un incumplimiento contractual en la materia al indicar que tanto el lugar de carga de la mercancía como el lugar de descarga o entrega de la mercancía son activables. Dicho apartado expresamente recoge que el artículo 7.1.b RBI bis (antiguo 5.1.b RBI) [...] debe interpretarse en el sentido de que, en el marco de un contrato de transporte de una mercancía entre Estados miembros en varias etapas y por medios de transporte diferentes, como sucede en el litigio principal, tanto el lugar de expedición como el lugar de entrega de la mercancía constituyen lugares de prestación del servicio de transporte en el sentido de dicha disposición [...]. Obviamente ambas opciones coexisten y concurren con el referido foro general del domicilio del demandado.

86. Finalmente, en su reciente sentencia *EasyJetAirline* de 7 de noviembre de 2019, el TJUE vuelve a reiterar el citado criterio hermenéutico para el ámbito de los transportes aéreos. Dispone el Tribunal en el apartado 42 de la citada resolución que [...] de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que la norma de competencia especial en materia de prestación de servicios, prevista en el artículo 7, punto 1, letra b), segundo guion, del Reglamento nº 1215/2012, designa como competente para conocer de una demanda de compensación basada en un contrato de transporte aéreo de personas, a elección del demandante, el tribunal en cuya demarcación se halle el lugar de salida o el lugar de llegada del avión, tal y como dichos lugares estén previstos en el contrato [...]. Nuevamente ambas opciones en concurrencia con lo dispuesto por el artículo 4 del RBI bis.

87. La justificación del foro general del artículo 4 del RBI bis citado radica en la garantía que ofrece para los derechos de defensa de la parte demandada y la efectividad de la futura resolución. Un foro general que junto a los referidos foros alternativos o de ataque, a elección de la parte actora, configura una suerte de posibilidades suplementarias por razón de una concreta materia y en atención a criterios intrínsecos a cada relación contractual controvertida y conforme a factores de proximidad del objeto litigioso (lugar de carga y lugar de destino o descarga de las mercancías)¹¹². En esencia, una combinación de criterios de características personales y territoriales con criterios de atribución neutros y técnicas de protección de la parte más débil de la relación contractual¹¹³.

88. Queda así descartada la aplicación para este caso de los foros de competencia judicial internacional en materia de seguros de la sección 3, artículos 10 a 16 del RBI bis para aquellos supuestos en los que la aseguradora de la parte damnificada se posiciona en lugar de esta como parte actora frente a la parte incumplidora del contrato de transporte internacional de mercancías por mar.

¹¹¹ J.L. IRIARTE ÁNGEL, *El contrato de embarque ..., op. cit.*, pp. 100 y ss. Obsérvense los artículos 4.1 y 5.1 del RBI bis (artículos 2.1 y 3.1 del antiguo RBI).

¹¹² J.J. ÁLVAREZ RUBIO, *Derecho Marítimo y Derecho Internacional Privado: algunos problemas básicos*, Servicio de publicaciones del Gobierno Vasco, 2000, pp. 53-55.

¹¹³ En este sentido entre otros puede verse las referencias a la competencia judicial internacional y ley aplicable realizadas sobre el contrato de transporte por A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos Internacionales II: Algunos contratos", *Derecho internacional privado*, 15ª Edición, Granada, Editorial Comares, 2014, pp. 921-926.

89. Por último, y a pesar de no ser necesaria tal referencia en el Auto, la Audiencia Provincial de Barcelona aprovecha el Fundamento de Derecho Tercero de la resolución para referirse una vez más de forma dubitativa, o cuanto menos poco esclarecedora, al trinomio compuesto por el artículo 25 del RBI bis y los artículos 468 y 251 LNM. Nuevamente, como ya lo hizo en resoluciones anteriores, realiza una interpretación oscura, o cuanto menos no contundente, sobre la validez material de la sumisión expresa al indicar en el párrafo cuarto del citado Fundamento de Derecho que [...] la cuestión con arreglo a qué Derecho nacional debe apreciarse si el tercero tenedor del conocimiento de embarque ha sucedido al cargador debe ser resuelta por el Juez nacional [...]. Es decir, esta interpretación o referencia realizada en la resolución no se concreta en los términos del artículo 25 del RBI bis que indica indubitadamente que la cuestión de la validez material del acuerdo atributivo de jurisdicción inserto en un conocimiento de embarque debe ser resuelta por el juzgado o tribunal designado como competente en la propia cláusula de sumisión expresa.

IV. Consideraciones Finales

90. En definitiva, y en relación a la interpretación ofrecida por nuestros juzgados y tribunales sobre la determinación del régimen normativo aplicable a las cláusulas atributivas de jurisdicción contenidas en los conocimientos de embarque, cabe indicar que, pese a ciertas excepciones reseñables y el debate jurídico que suscitan, se están resolviendo mayormente de forma acertada al subrayar la primacía en la aplicación del artículo 25 del RBI bis sobre las previsiones contenidas en la LNM. La coexistencia de los diversos bloques normativos que confluyen en este especial sector del transporte marítimo internacional de mercancías requiere de un descenso particularizado en cada supuesto concreto para así poder seleccionar adecuadamente la norma concreta al amparo de la cual ha de ser analizada la cláusula atributiva de jurisdicción correspondiente.

91. El ordenamiento jurídico español evidencia una compleja maraña jurídico-normativa que distorsiona la interacción entre bloques normativos, y permite interpretaciones jurisprudenciales en materia de cláusulas de jurisdicción y arbitraje contrarias a los usos y costumbres del sector. Esto sin duda evidencia, en cierta medida, el fracaso de una norma que proyecta una clara declaración de intenciones en su preámbulo al indicar que el objeto final de la norma es armonizar el ordenamiento jurídico de aplicación al Derecho marítimo internacional y aportar una mayor dosis de seguridad jurídica y previsibilidad mediante el respeto a la regla de especialidad y la coordinación de los distintos bloques normativos en presencia, y que luego no respeta.

92. Por ello es necesario subrayar que en un sector tan complejo y singular como el del Derecho del transporte marítimo internacional es muy positivo, y acertado, sin perjuicio de las particularidades presentes en cada una de las modalidades de contratación, que un texto de estas características (LNM) sea respetuoso con la libertad contractual reconocida tradicionalmente a todas las partes interesadas en este ámbito. La internacionalización de las relaciones contractuales proyectada sobre el ámbito del comercio requiere favorecer un proceso de autorregulación que permita generar una desnacionalización o deslocalización del régimen normativo regulador del comercio internacional.

93. Y desde luego, ante la falta de coordinación de los distintos bloques normativos, es deseable desde nuestra perspectiva de estudio que las instituciones europeas e internacionales impulsen la creación de nuevas pautas de ordenación de normas como las contenidas en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 que reparen en los criterios establecidos por el TJUE sobre la regla de especialidad.

94. La inadecuada orientación legislativa del artículo 468 LNM no es una excepción en los últimos tiempos para la disciplina del Derecho del transporte internacional, pues se viene acrecentando

de forma exponencial una derivada alarmante de nacionalismo jurídico, y de protectorados nacionales internos inaceptables, a golpe de legislar sin medida bordeando, cuando no claramente contraviniendo, la legalidad o el Derecho europeo. Y esto tiene una incidencia significativa en el tráfico marítimo internacional pues no deja de plantear distorsiones en su aplicación práctica al contravenir los usos y costumbres inveterados y aceptados por las empresas operadoras en el sector.

95. No obstante, como decimos y como hemos podido analizar a lo largo del trabajo, mayoritariamente, aunque no unánimemente, nuestros juzgados y tribunales están aplicando correctamente la primacía del Derecho europeo y la regla de especialidad desplazando una corriente minoritaria que ha optado por aplicar un concepto de nacionalismo jurídico anquilosado en el tiempo que en nada beneficia al operador jurídico-empresarial, ni nada aporta al binomio seguridad jurídica y previsibilidad de resultado impuesto y exigido jurisprudencialmente por el TJUE.

96. Por último, simplemente volver a reseñar que la proyección normativa de la persona legisladora respecto a los condicionantes para la validez de las cláusulas atributivas de jurisdicción es un desacierto. Una redacción respetuosa con la realidad sectorial y con el Derecho europeo e internacional hubiera sido aquella que enfatizase en la dimensión procesal del reconocimiento de las mismas en el ordenamiento jurídico español. El citado posicionamiento legislativo a *sensu contrario* implica la escasa repercusión práctica de nuestra norma y la huida definitiva de las empresas operadoras hacia jurisdicciones o prácticas arbitrales más acordes con el estado actual de las cosas en este importante sector comercial.

BIG DATA: GESTIÓN DE RECURSOS HUMANOS Y EL DERECHO DE INFORMACIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

BIG DATA: HUMAN RESOURCES MANAGEMENT AND THE RIGHT TO INFORMATION OF WORKERS' REPRESENTATIVES

FRANCISCA BERNAL SANTAMARÍA
Profesora Contratada Doctorada (acreditada)
Universidad de Cádiz
ORCID ID: 0000-0002-6744-3290

Recibido: 16.06.2020 / Aceptado: 03.07.2020
DOI: <https://doi.org/https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5605>

Resumen: Se expone los retos que plantea la Era Digital, y de forma concreta, la “Era de los Datos” junto a la afectación a derechos fundamentales, como es el de derecho a la protección de datos de candidatos y de trabajadores. En este reto se analiza el Reglamento 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y su proyección en las relaciones laborales. A su vez, se plantea la necesidad de que el algoritmo que genera el volumen de datos a disposición de las empresas sea conocido por los representantes de los trabajadores como parte integrante de sus derechos de información.

Palabras clave: big data, algoritmos, derechos de información, protección de datos, reglamento.

Abstract: In this article the challenges by the Digital Age are exposed, and specifically, the “Data Age” together with the affectation of fundamental rights, such as the right to data protection of candidates and workers. This challenge analyses Regulation 2016/679 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and the free movement of this data and its projection in labour relations. Therefore, the algorithm that generates the volume of data available to companies must be known by workers' representatives as an integral part of their information rights.

Keywords: big data, algorithms, information rights, data protection, worker's representatives, regulation.

Sumario: I. Introducción: algunas consideraciones en la delimitación del objeto de estudio. II. La tecnología como instrumento al servicio de las empresas: la gestión de los datos personales. 1. El papel del *Big Data* en la toma de decisiones empresariales: la creación de perfiles de candidatos-trabajadores. 2. La irrupción de la tecnología en los derechos de los ciudadanos-trabajadores. III. La afectación de la normativa internacional sobre la protección de datos a las relaciones laborales. IV. Estudio de la norma estatutaria y su necesaria reflexión a la luz del Reglamento y de la Ley Orgánica de Protección de Datos. 1. El rol de los representantes de los trabajadores en la Era Digital. 2. La autonomía colectiva en la Era Digital. 3. Los derechos de información y consulta en la Era Digital: el traslado de la funcionalidad del derecho de información como refuerzo del deber de secreto y de sigilo profesional. V. Conclusiones y propuestas de mejora.

I. Introducción: algunas consideraciones en la delimitación del objeto de estudio

1. En este análisis se abordan los problemas que proyecta la tecnología en la concreción del derecho de información de los representantes de los trabajadores. En concreto, el desarrollo de nanotecnología, el internet de las cosas, la red de redes, la inteligencia artificial, la tecnología portátil, la videovigilancia, la realidad aumentada, los wearables y de otros instrumentos. Dados los innumerables beneficios que aportan estos dispositivos, cada vez son más empresas las que optan por incorporarlos en la gestión de los recursos humanos. No obstante, esta Cuarta Revolución traza una serie de interrogantes de diferente ropaje. No cabe duda que el uso de la tecnología por parte de la empresa incrementa exponencialmente la disponibilidad de datos personales y profesionales (lo que se conoce como *Big Data*). Y, a su vez, amplía las posibilidades de control y vigilancia de la empresa desde la etapa precontractual a la finalización o extinción del contrato de trabajo.

2. En efecto, en la Era Digital, el uso de algoritmos conduce a la creación de perfiles como una información complementaria que tiene la empresa para la gestión del personal (desde el acceso al empleo, la clasificación profesional, la promoción e incluso el ejercicio del poder de dirección y del poder disciplinario sancionador).

En el seno de estos poderes, nos planteamos diferentes cuestiones relacionadas con la actividad de los representantes de los trabajadores en su relación con la protección de datos, y de forma concreta, el grado de responsabilidad en cuanto al deber de secreto y de sigilo profesional que se les podría imponer. Este aspecto es de importancia en lo que afecta a los derechos estipulados en el artículo 4.1 g) (derecho de información, consulta y participación), así como en el artículo 4.2. e) (derecho al respecto a su intimidad) del Estatuto de los Trabajadores¹.

3. En esta sede de análisis, se trata de abordar cómo la tecnología altera instituciones clásicas como el deber de sigilo y de secreto profesional, con la aparición de figuras que representan concretos derechos de los trabajadores, como son los datos personales de estos de los que dispone la empresa.

4. En esta aportación se concebirá una lectura positiva del progreso de la tecnología para proteger los derechos de los trabajadores en la que se repensarán las funciones y se reservarán concretas funciones para los representantes de los trabajadores².

5. La regulación de los derechos de información y consulta, así como la protección de los datos personales justifica una metodología clásica. Por tanto, para el planteamiento de este problema se investigarán los preceptos de la norma estatutaria que tratan de forma tradicional el mismo, y se acudirá a la normativa internacional aplicable en España.

6. De forma específica, se recurrirá a instancias supranacionales para analizar principalmente al Reglamento relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos³. Junto a ello, al marco normativo español que incorpora

¹ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 255 de 24 de octubre de 2015).

² De referencia en esta materia es E. GARRIDO PÉREZ, “Los cambios sistemáticos, materiales y funcionales en los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores del personal”, *Temas laborales*, núm. 95, 2008, pp. 11- 44; “La impronta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el tratamiento español de los derechos de información y consulta” *Temas Laborales*, núm. 130, 2015, pp. 351-393.

³ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos- RGPD). DOUEL núm. 119 de 04 de mayo de 2016. Cabe poner de manifiesto que este Reglamento deroga la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de datos de personas físicas en lo respectivo al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos. Esta derogación obedece, entre otros motivos, a la vertiginosa irrupción de los cambios tecnológicos en esta Cuarta Revolución. Otro objetivo importante del Reglamento es la uniformidad pretendida de cara a conformar una aplicación homogénea y uniforme, a la par que sea directamente aplicable a los Estados.

esta normativa, a la doctrina que ha venido estudiando estas consideraciones y, también, a la actuación de los interlocutores sociales en esta materia.

7. Con estos cimientos, se extraerán una serie de conclusiones propias y relevantes para tratar de avanzar en el enriquecimiento jurídico aplicable al problema planteado. Tras este análisis del estado de la cuestión se tratará de aportar conclusiones con propuestas de *lege ferenda* para concretar unas reglas vinculantes al caso que se ha planteado.

II. La tecnología como instrumento al servicio de las empresas: la gestión de los datos personales

8. La sociedad digital actual se erige sobre cimientos creados por el ser humano, como nuevas técnicas, dispositivos, aparatos y descubrimientos que han dibujado un mundo que nos ofrece retos y oportunidades, pero también inquietantes riesgos para los derechos y libertades fundamentales, para la democracia y para la economía de mercado⁴.

9. En la Era Digital es un objetivo prioritario de las empresas la recopilación y tratamiento de aquella información que le permita una toma de decisiones lo más óptima y eficiente posible. Con ello, la gestión de toda esta información es un cambio radical para los modelos de negocio y para el departamento de los recursos humanos de las empresas. Lo que no ha cambiado es que en el mundo laboral sigue reinando una realidad y es que el objetivo prioritario de las empresas es la maximización del beneficio. Un objetivo compartido por la tecnología, pues “la maximización del beneficio empresarial es la razón de ser última de toda innovación tecnológica”⁵.

10. Dicho esto, es lícito que las empresas deseen tener información sobre sus trabajadores, en la medida en que ello repercuta en su productividad y aumento de beneficios. Así, queda dentro de la potestad de vigilancia y control, que el empresario obtenga información en relación a cuestiones como el nivel de productividad, la capacidad de adaptación a la política de la empresa, o las habilidades, aptitudes y actitudes en el desempeño de su puesto de trabajo.

11. Ahora bien, una cosa es que las empresas gestionen datos relacionados con estos aspectos, y otra bien distinta es que gestionen datos personales conectados con su privacidad y con su derecho a la intimidad. Es en este aspecto en el que se arbitra la protección de datos personales, que trata de instituir un “conjunto de técnicas llamadas a dar soporte y garantizar el ejercicio del derecho a la autodeterminación informativa, concebido como la capacidad y derecho de los individuos de ejercer el control sobre las informaciones que le atañen”. Este principio “se convierte en la defensa eficaz para la esfera privada del individuo frente al peligro de la informatización de los datos personales”. Así, este principio se erige como un instrumento para garantizar otros derechos como el de la intimidad, o el derecho al honor, a la dignidad y a la libertad de la persona, de manera que el sujeto afectado puede limitar y racionalizar la utilización y el tratamiento de sus datos personales⁶.

12. No cabe duda que la Era digital es una propulsión que genera cambios imprevisibles en la sociedad, en la economía y en el mercado laboral. Su imparable desarrollo ofrece grandes oportunidades y beneficios para las personas en general, pero también provoca ciertos recelos. Una preocupación im-

⁴ En esta línea léase a T. DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “Retos, Riesgos y Oportunidades de la Sociedad digital”, En *Sociedad Digital y Derecho*, Boletín Oficial del Estado, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo y RED.es, Madrid, 2018.

⁵ Cfr. M. R. ALARCÓN CARACUEL, “La informatización y las nuevas formas de trabajo”, En *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete 2004, p. 10.

⁶ M. B. CARDONA RUBERT, “Protección de Datos Personales”, En *Diccionario Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 1809-1811.; Sobre la autodeterminación informativa C. MOLINA NAVARRETE, “Acción sindical y protección de datos: nuevos relatos de una relación espinosa”, *RTSS CE*, núm. 423, 2018, p. 142.

portante es su capacidad para tratar a gran velocidad los datos de las personas, adquiriendo “una dimensión esencial las manifestaciones de identidad subjetiva, esas huellas digitales que las personas dejan al contratar una tarjeta de crédito, dar de alta una wifi navegar por Internet, realizar una compra, etc. Esa cesión constante de datos comporta un riesgo para la privacidad, y plantea la necesidad de una efectiva tutela de la persona frente al tratamiento de sus datos”⁷.

1. El papel del *Big Data* en la toma de decisiones empresariales: la creación de perfiles de candidatos-trabajadores

13. Cualquiera de los dispositivos digitales y tecnológicos llevan instalados sensores, aplicaciones, lectores de identificación, cámaras o micrófonos, y comparten entre sí un fin “inquietante”: su capacidad para generar datos. Unos datos que pueden ser gestionados para obtener información relevante sobre los ciudadanos-trabajadores. Esta interacción y acumulación de datos hace posible recoger numerosos aspectos de la vida de la persona que usa ese tipo de dispositivos y de redes. Ello traza el aspecto fundamental de esta Revolución: el acelerado proceso de digitalización de datos con la utilización de algoritmos⁸.

14. En ese fin tiene un protagonismo absoluto el *Big Data*, definido como un instrumento con capacidad no solo para captar una gran cantidad y volumen de información (altamente heterogénea), sino también para gestionarla con algoritmos, la computación y la analítica. La gestión de esta información permite que sea accesible y utilizable para diferentes propósitos. Téngase en cuenta que los datos por sí solos no tienen sentido intrínseco, y solo lo tendrán cuando sean portadores de información y se retransmita a personas o máquinas, esto es, cuando sean objeto de comunicación. La digitalización tiene como fin el tratamiento de datos analógicos y su conversión en datos digitales. Así, los datos digitales generan un valor añadido, son un factor de producción más en la sociedad moderna y quedan dotados de gran relevancia económica⁹.

15. Con ello, la procedencia de los datos nace desde las transacciones y el uso de distintas webs y de redes sociales, datos que generan las personas o las máquinas. Se trata de interacciones como las búsquedas en Google, subida de fotos y clics en Facebook, subida de fotos en Instagram, viralización de Tweets o visualización de videos en YouTube o en otros sitios webs. Son millones de usuarios generando datos que se multiplican exponencialmente cada segundo desde dispositivos digitales (teléfonos, ordenadores, redes sociales, tarjetas de compras y tarjetas de puntos, el GPS y un sinfín de dispositivos de nueva creación, etc.).

16. Con este contexto, y con la fiebre por el uso de dispositivos, el auge de las redes sociales tanto profesionales como personales, y la transformación digital de las ciudades se multiplican exponencialmente los volúmenes de datos, pues cada segundo, todo tipo de sensores en tabletas, teléfonos, junto las redes sociales y las transacciones en plataformas como Amazon, AliExpress o Walapop, generan grandes cantidades de datos de los ciudadanos que revelan nuestros estados de ánimo y emociones, nuestros gustos, nuestras costumbres y nuestra forma y estilo de vida; incluso, delatan otros aspectos

⁷ Cfr. J. L. GOÑI SEÍN, “Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores: análisis desde la perspectiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016”, *Revista de derecho social*, núm. 78, 2017, pp. 15-42.

⁸ Uno de los principales (y más perversos) usos de la dictadura de los datos es la creación de perfiles de ciudadanos. La gestión automatizada de los datos de las personas permite trazar predicciones de comportamiento. El mayor riesgo es que este perfil (de los resultados obtenidos de los algoritmos formulados) se emplee a modo de sesgo que excluya a determinados sectores (minoritarios) y ello entrañe una decisión discriminatoria. Por sectores minoritarios entiéndase a grupos vulnerables, entre otros, las mujeres, la clase social, los inmigrantes y las personas con discapacidad.

⁹ Es reiterado recurrir a la metáfora al comparar *Big Data* con el petróleo crudo por su alto potencial y capacidad para generar riquezas. Aun más, se ha expuesto el mayor rendimiento del *Big Data* frente a la industria petrolífera, no solo por las reservas ilimitadas de datos y porque estas se vean acrecentadas sin o contra la voluntad de los afectados, sino por el aumento constante de los depósitos de datos en manos de operadores globales y poderosos como Google, Amazon o Facebook. W. HOFFMANN-RIEM, *Big Data. Desafíos también para el Derecho*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 51-57.

relacionados con nuestra esfera más íntima, como nuestra salud, nuestros hábitos y preferencias, nuestra ideología, creencias o nuestra vida afectiva, sexual o amorosa. Todo ello, dibuja un perfil íntimo de la persona y puede terminar trazando un grupo de personas con un perfil similar¹⁰.

17. No cabe duda que la “hiperdatificación” y el manejo del *Big Data* puede afectar con especial virulencia en todos y cada uno de los aspectos de la relación de trabajo. Así es plausible que las empresas puedan hacer coincidir a los candidatos cualificados con oportunidades de empleo y alienando la educación y el desarrollo de habilidades con las necesidades de la economía.

18. Del modo dibujado, lo cierto es que la educación, la experiencia laboral y los intereses se conectan para compilar un perfil de calificaciones precisas que puede alinearse con las habilidades y experiencia que los empleadores necesitan. A medida que ello evolucione, esta capacidad mejorará la eficacia con la que se hace coincidir a los solicitantes de empleo con los puestos de trabajo.

19. Ahora bien, el peligro que comporta este tipo de fórmulas es que permite la transmisión de datos (combinación de los mismos) a través del uso de ficheros de datos, junto al peligro de la descontextualización de la información, lo que creará un clima psicosociológico de control y transparencia, esto es, la conciencia en los trabajadores de poder ser conocidos en todos sus aspectos. No se puede obviar que la tecnología ofrece la posibilidad de vigilar y controlar a los trabajadores en diferentes planos, tanto el profesional, como el personal, llevando al trabajador a un estado de visibilidad permanente¹¹.

20. En la misma línea, la tecnología, la posibilidad de analizar ingentes cantidades de datos, el aprendizaje automático y la inteligencia artificial, unida a la amplia disponibilidad de encontrar datos de las personas en internet, facilita la creación de perfiles y la automatización de decisiones empresariales que producen efectos jurídicos. Desde luego, de la creación de perfiles y de las decisiones automatizadas resulta un considerable ahorro de costes y una mayor eficiencia para las empresas. No obstante, también tienen un alto potencial de afectar de forma significativa a los derechos y a las libertades de las personas. En ello, se ha considerado la necesidad de unas garantías adecuadas para evitar este y otros riesgos paralelos como es principalmente la intimidad, pero también, la segregación social, los estereotipos discriminatorios, y la opacidad en la que ni los propios sujetos afectados sean conscientes de que se están creando perfiles de su personalidad¹².

21. En este orden de cosas, la protección de Datos personales (y la autodeterminación informativa) son los cimientos para que las personas se defiendan de un uso ilegítimo en el tratamiento de sus datos relacionados con la información personal. Se trata de aquellos aspectos personales o de la vida que de forma aislada no tienen relevancia, pero que convenientemente combinados y analizados de forma cruzada entre sí “arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene

¹⁰ Sobre las redes sociales y los derechos de los trabajadores vid. M. B. CARDONA RUBERT y C. CORDERO GORDILLO, “Redes Sociales y Derechos Colectivos”, *Revista Direito e Desenvolvimento, Joao Pessoa*, v.6, núm. 11, 2015, pp. 133-149.

¹¹ Sobre lo apuntado, un autor experto en la materia es J. R. MERCADER UGUINA, “El mercado de trabajo y el empleo en un mundo digital”, *Revista de Información Laboral*, núm. 11, 2018. Es muy interesante acudir una obra dedicada a los efectos de la Revolución tecnológica sobre el mercado de trabajo, especialmente, el impacto del control empresarial sobre los derechos de los trabajadores a la dignidad e intimidad, incluso con apuntes a los aspectos procesales como los de la prueba digital F. LOUSADA Y R.P. LATAS, “Control de la actividad laboral a través de tecnologías de la información y la comunicación: la situación de España”; L. M. MUNÍN SÁNCHEZ, “La prueba laboral ante la digitalización del proceso”, L. MELLA SÁNCHEZ, “Sobre la prueba digital en el derecho español: puntos críticos”, en *La Revolución tecnológica y sus efectos en el mercado de trabajo: un reto del siglo XXI*, *Temas La Ley*, 2018; M.J. CERVILLA GARZÓN, “Efectos del uso de la aplicación “WhatsApp” en el marco de las relaciones laborales”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 136, 2017, pp. 73-97.

¹² Vid. Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679. Adoptadas el 3 de octubre de 2017. Toda la información de la labor y de las funciones en https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/index_en.htm (Último acceso: 5 de marzo de 2020). Desde una perspectiva de la discriminación en base al género, léase E. M. SIERRA BENÍTEZ, “¿Las nuevas tecnologías influyen en la discriminación o la van a eliminar?”, *Noticias Cielo*, núm.10, 2019.

derecho a mantener reservado” y “permite al empresario reconstruir a partir de datos aparentemente inocuos, el perfil del trabajador, perfil de ser susceptible de ser utilizado con los fines más variados”. Ello se traslada al ámbito laboral con la intimidad informática-informativa del trabajador que alcanza a los aspectos de la vida privada que confiere al trabajador la potestad de conocer y controlar las transacciones y las operaciones (la gestión de sus datos personales) que realicen las empresas¹³.

22. En este mismo orden, y en relación al problema planteado, podemos enfrentar a ver como lo afronta la norma. Pues bien, el derecho a la protección de datos se refuerza en las disposiciones del RGPD cuando su artículo 15 dispone que el interesado tendrá derecho a obtener del responsable del tratamiento confirmación de si se están tratando o no datos personales que le conciernen y, en tal caso, derecho de acceso a los datos personales y a la información relacionada.

23. En este punto, conviene aclarar qué se entiende por tratamiento de datos, por elaboración de perfiles y por decisiones automatizadas que afecten a los trabajadores en el seno de las relaciones de trabajo.

24. El artículo 4.2 del RGPD define el tratamiento como “cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción”. La definición aportada nace con una vocación de amplitud con el fin que cualquier operación que se haga con datos personales se considere tratamiento. Del modo relatado, el RGPD será aplicable a cualquier situación en la que se esté ante datos personales y éstos sean objeto de tratamiento automatizado (ya sea parcial o total).

25. Por su parte, es esencial analizar el artículo 22 del RGPD que se encarga de tutelar los intereses de las personas afectadas por la elaboración de perfiles y por las decisiones automatizadas. En este sentido, prevé que todo sujeto tiene el derecho a no ser objeto de una decisión únicamente basada en el tratamiento automatizado (incluida la elaboración de perfiles) cuando produzca efectos jurídicos sobre él o le afecte significativamente¹⁴. Ello incluye cualquier forma de tratamiento de los datos personales que evalúe aspectos personales relativos a una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relacionados con el rendimiento en el trabajo, la situación económica, la salud, las preferencias o intereses personales, la fiabilidad o el comportamiento futuro (dentro y fuera de la empresa), la situación o los movimientos del interesado, en la medida en que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar¹⁵.

26. En este punto, el Grupo de Trabajo 29 interpreta que el “derecho a la protección de datos” no se aplica solo cuando el interesado lo invoque de forma activa, sino que esta prohibición se aplica tanto si el interesado adopta una acción sobre el tratamiento de sus datos, como si no lo hace¹⁶. En este

¹³ Cfr. M. B. CARDONA RUBERT, “Protección de Datos Personales...”, op. cit. p. 1810.

¹⁴ El RGPD dispone una serie de excepciones a la regla general de prohibición de decisiones automatizadas, si: a) es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento; b) está autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento; o c) se basa en el consentimiento explícito del interesado. A su vez, prevé que si se aplica la excepción b) se deben establecer medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del afectado. Mientras que si se aplican algunas de las otras dos excepciones el responsable del tratamiento debe adoptar las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión.

¹⁵ Así se expone en el Considerando 71 de la Exposición de Motivos del RGPD.

¹⁶ El Grupo de Trabajo del artículo 29 es un grupo de trabajo europeo independiente que se creó con la Directiva 95/46/CE con funciones consultivas, de asesoramiento y contribución a la aplicación uniforme de las normas nacionales en relación a la protección de la privacidad y de los datos personales. Este Grupo se ha ocupado de cuestiones relacionadas con la protección de la privacidad y los datos personales hasta el 25 de mayo de 2018 (fecha de entrada en aplicación del RGPD), emitiendo

sentido, la interpretación dada por el Grupo de Trabajo refuerza que el sujeto tenga el control sobre sus datos cumpliéndose así uno de los principios fundamentales del Reglamento, y es que precisamente el derecho de la protección de datos incluye el control de los mismos frente a determinados tratamientos. Igualmente, el sujeto queda automáticamente protegido frente a las posibles consecuencias que pueda tener este tipo de tratamiento.

27. De la manera relatada y base en los argumentos aportados, se ha señalado que no es posible tomar decisiones automatizadas, ni basadas en perfiles creados automáticamente, en “materia de ascensos o concesión de bonus salariales y, menos, para despidos sin que exista intervención humana de carácter significativo”¹⁷. Conjuntamente, ello lleva a anotar que “se debe procurar que haya un ser humano con autonomía y control sobre las inteligencias artificial, un humano al mando”¹⁸. En este aspecto, se ha debatido sobre el alcance de la protección del Reglamento en este aspecto particular. En nuestra opinión, el Reglamento será aplicable siempre que se trate de decisiones automatizadas (sin intervención humana), y ante situaciones semi-automatizadas (la intervención humana se limita a ejecutar el resultado dado por el algoritmo). Pero también alcanza a aquellas situaciones en las que la decisión se toma con intervención humana (más o menos significativa), pero que ha sido basada en datos automatizados, es decir, una decisión fundamentada en los datos que ha aportado el algoritmo¹⁹.

28. De hecho, el RGPD define la “elaboración de perfiles” como “toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física” (artículo 4.4). En efecto, se aclara que “la elaboración de perfiles debe implicar cierta forma de tratamiento automatizado, aunque la participación humana no excluye necesariamente la actividad de la definición”.

De este modo, el recurso de algoritmo se podría concebir como una herramienta que facilita la toma de decisiones, pero una decisión que sigue estando en manos del responsable de recursos humanos. En modo alguno nos postulamos en que el *Big Data* sea una herramienta para eliminar la posibilidad de control y de decisión humana, de tal manera que termine por sustituir al director o responsable de los recursos humanos. Claro que, para evitar esta futura sustitución, se deben arbitrar medidas destinadas a tal fin (que sean fruto de la heteronomía y de la autonomía colectiva).

29. El propio RGPD así lo prevé cuando señala que “A fin de garantizar un tratamiento leal y transparente respecto del interesado, teniendo en cuenta las circunstancias y contexto específicos en los que se tratan los datos personales, el responsable del tratamiento debe utilizar procedimientos matemáticos o estadísticos adecuados para la elaboración de perfiles, aplicar medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar, en particular, que se corrigen los factores que introducen inexactitudes en los datos personales y se reduce al máximo el riesgo de error, asegurar los datos personales de forma que se tengan en cuenta los posibles riesgos para los intereses y derechos del interesado e impedir, entre otras cosas, efectos discriminatorios en las personas físicas por motivos de raza u origen étnico, opiniones políticas, religión o creencias, afiliación sindical, condición genética o estado de salud u orientación sexual, o tratamiento que dé lugar a medidas que produzcan tal efecto”²⁰. Desde luego, es esencial contar con instrumentos y formación adecuada para dotar a los modelos algorítmicos de la suficiente eficacia y precisión para que determinen un resultado legal, legítimo y respetuoso con la normativa vigente.

decisiones en forma de Dictámenes o Informes.

¹⁷ Cfr. A. TODOLÍ SIGNES, “La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: “big data”, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos”, *Revista de derecho social*, núm. 84, 2018, p. 76.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ En este sentido, téngase en cuenta que las decisiones automatizadas y la elaboración de perfiles sobre la base de categorías particulares de datos personales únicamente deben permitirse en condiciones específicas. Vid. Considerando 71 del RGPD.

2. La irrupción de la tecnología en los derechos de los ciudadanos-trabajadores

30. Los cambios tecnológicos sucedidos han incidido de forma intensa en el recurso de herramientas empresariales para controlar de forma continua la actividad o la prestación laboral debida de sus trabajadores. Esta dimensión de las relaciones laborales ha sido catalogada como empresa panóptica en la que los instrumentos de control y seguimiento a disposición del empresario ofrecen detallada información sobre la prestación laboral de los trabajadores²¹.

31. Junto a ello, se ha dibujado un marco pivotado sobre dos ejes, uno en el que el ciudadano-trabajador interacciona continuamente con su entorno, siendo o no consciente de ello, como si fuera un diálogo interactivo continuo; y otro eje en el que las personas se han despojado de todo ropaje y se han convertido en ciudadanos de cristal, totalmente transparentes, conviviendo en una sociedad panóptica en la que todos los aspectos de las personas son conocidos²².

32. En esta era de la ubicuidad tecnológica, también llamada tecnología disruptiva fruto de la confluencia de la globalización y de la tecnología, se han trazado nuevos retos en el mercado de trabajo²³. Hoy día es posible que las empresas utilicen dispositivos para controlar y, en su caso, sancionar a las personas trabajadoras. Estamos hablando desde tarjetas de identificación (con reconocimiento facial y de las figuras de trabajadores), sistemas informatizados de las puntuaciones realizadas por los clientes a trabajadores, micrófonos que valoran los estados de ánimo de éstos y cómo ello repercute en su productividad, o monitores que miden de forma inmediata su aptitud y su prestación laboral.

33. Nuevamente, este tipo de dispositivos generan una información incalculable (por su alto valor añadido) y muy barata en atención a los beneficios que conlleva. Así, se puede presentar una situación en la que un trabajador sea advertido, sancionado y luego sea despedido a razón de la categorización de la información realizada por el algoritmo. De la misma forma, la interacción de los ciudadanos y el uso de la tecnología antes referida produce una ingeniería de datos que son proporcionados en muchos casos sin percepción ni intervención humana. De esta manera, cuando un trabajador equipado con dispositivos inteligentes está en la oficina o en la fábrica, o se desplaza en el vehículo de la empresa para la ejecución de la prestación debida, está enviando constantemente datos a la empresa sobre su actividad, su disposición geográfica y su interacción con los clientes. En este marco, cabe mencionar los ejemplos del uso de dispositivos o redes de internet en el seno de las empresas como son el *roaming*, la conexión a la red *wifi*, o la pulsera o una cámara que esté registrando la actividad de los trabajadores en el ejercicio de su prestación laboral²⁴.

²¹ Sobre la empresa panóptica es oportuno acudir a la extensa obra de J.R. MERCADER UGUINA, *Protección de datos y garantías de los derechos digitales en las relaciones laborales*, Francis Lefebvre Madrid, 2018, p. 29; “Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2001, pp. 665-686; “Les libertés individuelles dans l’entreprise à l’épreuve des nouvelles technologies. Observations à partir de la situation espagnole”, *Les libertés individuelles et relations de travail : le possible, le permis et l’interdit?* Presses Universitaires de Bordeaux, 2011.

²² Es muy ilustrativo el trabajo de C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, “Poderes directivos y nuevas tecnologías”, *Temas Laborales*, núm 138, 2017, pp. 163-184; J.R. MERCADER UGUINA, *Protección de datos y garantías de los derechos digitales en las relaciones laborales*, op. cit., p.78; Con un plano optimista M. C. AGUILAR GONZÁLEZ, “Digitalización o la oportunidad de creación de más y mejores empleos”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos PRÁCTICOS: recursos humanos*, núm. 445, 2020, pp.93-120; C. JÓVER RAMÍREZ, “Nuevas tecnologías, nuevas formas de empleo y nuevos ámbitos de redireccionamiento”, en J. M. GÓMEZ MUÑOZ (dir.), *El trabajo autónomo en España tras la crisis. Perspectivas y propuestas*, 2019, pp. 239-272.

²³ La doctrina ha señalado que el cambio tecnológico ha dibujado un nuevo escenario anunciando una nueva forma de entender el mercado del trabajo y el empleo en el mundo digital, redundando en una verdadera disrupción o destrucción creativa con un proceso permanente de innovación característica de la maquinaria del capitalismo J.R. MERCADER UGUINA, “El mercado de trabajo y el empleo en el mundo digital”, *Revista de Información Laboral*, núm. 11, 2018; S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “El derecho a la protección de datos personales en el contrato de trabajo: reflexiones a la luz del Reglamento europeo 2016/679”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 423, 2018, pp. 19-62.

²⁴ Sobre ello existen diferentes trabajos publicados, entre otros, S. DEL REY GUANTER, *Proyecto Technos. Internet of things y su impacto en los recursos humanos y en el marco regulatorio de las relaciones laborales*, Wolters Kluwer. Madrid, 2017, p. 37.

34. Las empresas son muy conscientes de esta realidad y son cada vez más las que recurren a un buen manejo del *Big Data* para la toma de decisiones sobre la política de selección de la empresa y sobre la gestión de sus recursos humanos en el seno de la misma. Una toma de decisiones que permite a los gestores de los recursos humanos “predecir escenarios futuros y anticiparse, que podrán saber “qué hará un empleado (comportamiento), qué conseguirá (rendimiento) y cómo estará (satisfacción)”²⁵”.

Conjuntamente, la digitalización masiva de los datos comporta una serie de riesgos para los ciudadanos general, y para los trabajadores en particular. Así, podría quedar afectada la propia libertad individual, las condiciones de vida y de trabajo en la que se desarrolla la actividad humana, los derechos fundamentales del ciudadano-trabajador, la protección frente a la discriminación y a la propia observancia de los principios más básicos recogidos en el Estado de Derecho.

35. En este orden de ideas, la empresa debe tener especial cuidado a la hora de diseñar el algoritmo para que no albergue ningún sesgo discriminatorio. Téngase en cuenta que la tecnología tiene la capacidad de recabar información personal, aunque se prohíba considerarla (religión, discapacidad, ideología, etc.)²⁶. Es decir, habida cuenta que el algoritmo se nutre de datos estadísticos, se puede dar la posibilidad que prediga datos íntimos de las personas, como son su ideología, su religión o su clase social.

36. En síntesis, si tenemos en cuenta que “la propia construcción del algoritmo requiere de datos que están sesgados por parámetros discriminativos “y que “cuando un algoritmo está al mando, en general, las minorías siempre están en desventaja” nos lleva a que “el procesamiento automatizado de datos incrementa exponencialmente las posibilidades de vulneración de los derechos de los trabajadores”²⁷.

III. La afectación de la normativa internacional sobre la protección de datos a las relaciones laborales

37. Como declara la propia Exposición de Motivos del RGPD, “una gran parte de nuestra actividad profesional, económica y privada se desarrolla en la Red y adquiere una importancia fundamental tanto para la comunicación humana como para el desarrollo de nuestra vida en sociedad”. De modo que los poderes públicos deben generar políticas legislativas que promuevan la igualdad y el pleno ejercicio de los derechos fundamentales en esta Era Digital. A pesar de reconocer el carácter innovador de nuestra Constitución al adelantarse a la protección del derecho a la intimidad (y de los derechos fundamentales) ante el impacto de la tecnología, lo cierto es que se demanda que la Constitución recoja los derechos fundamentales en la sociedad digital, de modo que eleve a rango constitucional una nueva generación de derechos digitales²⁸.

38. Llegados a este punto, es el momento de conocer el impulso del legislador europeo (y nacional) en la materia para tutelar a las relaciones laborales en la Era Digital.

La UE ha propulsado un conjunto normativo delimitador de la materia que ha tratado de garantizar la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, de forma

²⁵ Cfr. L. TABURET, La capacidad de predecir y comprender comportamientos humanos con Big Data <https://www.linkedin.com/pulse/la-capacidad-de-predecir-y-comprender-comportamientos-laura-taburet> (Último acceso: 10 de marzo de 2020). Sobre la selección de trabajadores es IMPRESCINDIBLE J. CRUZ VILLALÓN, *Protección de datos personales del trabajador en el proceso de contratación: facultades y límites de la actuación del empleador*, Bomarzo, Albacete 2019; O. GARCÍA COCA, *La protección de datos de carácter personal en los procesos de búsqueda de empleo*, Laborum, 2016.

²⁶ El artículo 9 del RGPD prohíbe el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o la orientación sexual de una persona física.

²⁷ Cfr. A. TODOLÍ SIGNES, “La gobernanza colectiva de la protección de datos ...”, op.cit., p. 74.

²⁸ Vid. Preámbulo IV de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE núm. 294 de 6 de diciembre).

particular, del derecho a la vida privada, en lo que respecta al tratamiento automatizado de los datos personales²⁹.

39. En este impulso destaca el RGPD que responde a “los retos planteados por la rápida evolución tecnológica y la globalización, que ha hecho que los datos personales sean el recurso fundamental de la sociedad de la información”. Su propia Exposición de Motivos aprecia el carácter central de los datos personales y considera los aspectos positivos de ésta, pero también los riesgos, principalmente, el riesgo de que la información sea más accesible por mas actores, que sea más fácil de procesar, mientras que sea hace más complicado el control de su destino y de su uso.

Para ello, el Reglamento dispone revisar las bases legales del modelo europeo de protección de datos en aras de reforzar la seguridad jurídica y la transparencia. En este sentido, el legislador español adoptó una nueva norma para adaptar el ordenamiento español a esta disposición europea persiguiendo el principio de seguridad jurídica, la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD)³⁰.

40. La LOPD establece el derecho fundamental de las personas físicas a la protección de datos personales. A su vez, trata de garantizar los derechos digitales de los ciudadanos conforme al artículo 18.4 de la Constitución Española (secreto de las comunicaciones), junto con el derecho a la intimidad personal y familiar enunciada en el artículo 18.1 de Carta Magna.

41. Pues bien, considerando que la tecnología afecta intensamente a estos intereses jurídicos protegidos como derechos fundamentales de la persona, se ha generado un contexto que tambalea los cimientos del Derecho a la intimidad. Se han destacado tres elementos importantes en este derrumbe. El primero es que el derecho a la intimidad queda limitado por la potestad de control empresarial. Es sabido que el derecho a la intimidad es un bien sacrificable y modulable para que el empresario pueda verificar el cumplimiento de la actividad. A su vez, la tecnología ha modulado este bien jurídico, pues la permanente interconexión virtual va reduciendo cada vez más el espacio y la esfera más íntima de la persona. El último elemento es el nuevo paradigma de internet que obliga a revelar datos personales como requisito de acceso a las redes sociales, o a aceptar las cookies para seguir navegando por la red. Todo ello genera una nueva forma de relacionarse, una necesidad de conectividad que derriba los muros individuales y crea una inteligencia colectiva que resulta accesible para muchas personas.

42. En este panorama, “la sociedad de la información ha provocado un cambio en la concepción de la intimidad y obliga a pensar y defender lo privado de manera diferente”³¹. En esta línea, la sociedad está enfocada en el control de la identidad de la persona, que no pierda el control de los datos personales, de la información que se recoge, cómo se trata, con qué fines se utiliza y decidir en consecuencia con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo de su derecho a la dignidad. La doctrina continúa señalando que la evolución de la tecnología y su capacidad para recolectar información es imparable. Por tanto, la defensa del interés legítimo del trabajador es controlar su identidad propia conforme al principio proclamado por el RGPD y por la LOPD. De esta forma, podrá ejercer un control sobre posibles usos indebidos para evitar las discriminaciones o exclusiones en el acceso al empleo o durante la relación laboral³².

43. En este punto, es importante subrayar que la protección de datos personales ha sido considerada como un derecho autónomo e independiente que se configura como un derecho fundamental

²⁹ Artículo 1 del Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981 (BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 1985). En el mismo sentido, se pronunciaba la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

³⁰ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE núm. 294 de 6 de diciembre).

³¹ Cfr. J. L. GOÑI SEIN, “Nuevas tecnologías digitales ...”, op. cit. pp. 7 y 8.

³² *Ibidem*.

con base en los conceptos de intimidad y privacidad protegidos en el artículo 18 de la CE³³. Para garantizarlo se aboga porque la persona afectada tenga el control sobre sus datos personales, sobre su uso y su destino, que tenga un poder de disposición y control. Es decir, que la persona pueda decidir qué datos da a un tercero, o que datos puede recabar ese tercero, incluso que la persona pueda saber qué datos tiene ese tercero, y para qué puede estar utilizando, incluso pudiéndose oponer a esa posesión o uso. Con ello, se pueda evitar el tráfico ilícito de sus datos, que le sean lesivos para su dignidad y para afectación de sus derechos.

44. En síntesis, se le reconoce la potestad al ciudadano para oponerse a que sus datos personales sean usados para fines distintos a aquel que justificó su obtención³⁴. El principal problema es que la información recogida del trabajador sea utilizada para una finalidad distinta de la que justifica su recopilación, su gestión y tratamiento, hasta el punto que pueda ser tachada de discriminatoria si los datos transformados en conocimiento llegan a tener un resultado en sí mismo inaceptable. Un ejemplo ilustrativo es “si determinan la preferencia de un determinado sexo frente al otro, o el rechazo de determinadas personas con algunos componentes hereditarios o genéticos o con propensión a enfermar”³⁵.

45. En otro orden de cosas, sucede que la LOPD conjuga varios principios que ordenan la tutela del derecho a la identidad. El principio de transparencia se concreta en que los afectados deben ser informados acerca del tratamiento y recoge la denominada información por capas ya generalmente aceptada en ámbitos como el de la videovigilancia o la instalación de dispositivos de almacenamiento masivo de datos (Título III de la LOPD). Otro principio es el de responsabilidad activa que exige una previa valoración por el responsable o por el encargado del tratamiento del riesgo que pudiera generar el tratamiento de los datos personales para, a partir de dicha valoración, adoptar las medidas que procedan (Título V de la LOPD).

46. Por su parte, el principio de confidencialidad enunciado en el artículo 5, en términos de secreto profesional, es un deber de los responsables y los encargados del tratamiento, así como de cualquier persona que intervenga en cualquier fase sujeta al deber de confidencialidad. Por último, es importante destacar el principio de consentimiento recogido en el artículo 6 como toda manifestación (del afectado) de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que este acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen. Este principio (el de confidencialidad) es matizado al entender que no puede supeditarse la ejecución del contrato a que el afectado consienta el tratamiento de los datos personales para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual. Ello no quiere decir que en el contrato de trabajo no haya consentimiento que valga, pues eso no es así. Con ello se desea dar al consentimiento la importancia que merece y valorarlo ante el tratamiento y uso de los datos por parte del empresario en el seno de la relación laboral. Es aquí, en la LOPD donde se encuentra la respuesta a los límites del uso del empresario de esos datos personales, y no en el Estatuto de los Trabajadores.

IV. Estudio de la norma estatutaria y su necesaria reflexión a la luz del Reglamento y de la Ley Orgánica de Protección de Datos

47. La potestad de dirección y control de la actividad laboral regulada en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores permite al empresario adoptar las medidas que estime oportunas para que el trabajador cumpla con sus obligaciones y deberes laborales, una potestad que ha intensificado expo-

³³ Sobre esta concepción C. CONDE ORTIZ, *La protección de datos personales: un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad*, Dykinson, Madrid, 2005.

³⁴ En este sentido, se pronuncian las SSTC 94/1998, de 4 de mayo; 292/2000, de 30 de noviembre. Así lo señala la propia Exposición de Motivos de la LOPD.

³⁵ Cfr. J. L. GOÑI SEIN “Nuevas tecnologías digitales...”, op. cit. p. 4.

nencialmente el uso de la tecnología. A pesar de ello, recoge como único límite la adopción y aplicación de medidas de control que guarden la debida dignidad a los trabajadores, sin otra concreción mas allá de que se tenga en cuenta la capacidad real de los trabajadores con discapacidad. La previsión es equivalente a la redacción dada en los años noventa, en los que no se contaba con un entorno digital y tecnológico tan invasivo (y económico) de la intimidad del trabajador.

48. No es ajeno al lector que la norma estatutaria ya es tachada de adolecer de claros síntomas de insuficiencia al no ofrecer concreción al conflicto jurídico que suscita la tecnología, pues no marca el equilibrio entre el derecho empresarial a controlar la actividad laboral de sus empleados con la posible afectación a los intereses jurídicos de los trabajadores, como el derecho a la intimidad (artículo 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores), el derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 18.1 de la Constitución Española), y el derecho a la privacidad y al secreto de las comunicaciones. Así, a pesar de la adopción de la LOPD, lo cierto es que, “el conflicto jurídico suscitado por las nuevas tecnologías digitales se mantiene huérfano de solución en nuestro ordenamiento jurídico laboral. No existe una normativa específica que contemple de alguna manera los problemas derivados de la utilización de los medios técnicos como mecanismos de control en el lugar de trabajo. El legislador ha omitido sistemáticamente en todas las reformas laborales, el tratamiento de los nuevos derechos vinculados al desarrollo de las TIC, pese a los delicados problemas aplicativos suscitados”³⁶.

49. A pesar de esta inercia, el único paso dado por el legislador español en la regulación de los derechos digitales ha sido la inclusión en el Estatuto de los Trabajadores de un nuevo artículo 20 (bis) para concretar que los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales³⁷. Desde luego, la incorporación de este precepto en la norma estatutaria es un pequeño y tímido paso en la necesaria tarea de limitar de algún modo la invasión a la intimidad de los trabajadores producto de la era digital y de las tecnologías. Ahora bien, la escasa concreción del artículo 20 bis cabría completarla con las disposiciones de la LOPD.

50. Por un lado, es plausible el paso dado por el legislador al formular una regulación legal que trata de dotar de una mayor seguridad jurídica. Así, los artículos 87 a 90 de la LOPD disponen el alcance y la extensión de los derechos reconocidos en el artículo 20 bis del Estatuto de los Trabajadores: a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral; a la desconexión digital en el ámbito laboral; a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo; y a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral³⁸.

51. Por otro lado, la LOPD otorga un rol complementario a la autonomía colectiva al exponer que “Los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral”³⁹.

³⁶ Vid J. L. GOÑI SEIN, “Nuevas tecnologías digitales...”, op. cit. p. 8.

³⁷ Este precepto fue introducido por la Disposición Final decimotercera de la LOPD.

³⁸ Vid. S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “Videovigilancia empresarial: límites a la luz de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, *Diario La Ley*, núm. 9328, 2019.; R. TASCÓN LÓPEZ, “Big Data y Relaciones laborales: reflexiones sobre la protección de datos generados en el lugar de trabajo a la luz de los cambios de paradigma sociales y legales” (Coord.: S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO), En *Proyección transversal de la sostenibilidad en Castilla y León: varias propuestas*, pp. 339-390, 2019; P. BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, “El desnudo integral genético en el mundo laboral: Revolución industrial 4.0” *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del empleo*, núm. 1, 2018, pp. 64-93.

³⁹ Artículo 91 de la LOPD. Será clave este precepto para enlazarlo con el epígrafe correspondiente al rol desempeñado por los representantes de los trabajadores.

52. Como bien se ha expresado por la doctrina, esta Era Digital y tecnológica han ido forjando una realidad “absolutamente impensable para una legislación laboral como la española que, en sus aspectos esenciales, y aún reformada en múltiples aspectos, procede en esencial del siglo pasado”⁴⁰. Es por tanto que las comunicaciones en las relaciones laborales, la potestad de control empresarial y el mismo derecho a la intimidad de los trabajadores ha quedado muy alejado de la visión del legislador español del siglo pasado. Así, éste no ha sido capaz de adaptar la normativa laboral a la realidad que reina en una sociedad laboral española globalizada y tecnológica.

1. El rol de los representantes de los trabajadores en la Era Digital

53. El RGPD, aunque aplicable a las relaciones de trabajo, ni encaja ni está diseñado para atender la problemática que acaece en las relaciones laborales. Así, es tachado de un carácter individualista en el que los derechos son otorgados a la persona del trabajador sin atender ni relacionarlo con los derechos colectivos y sin considerar las funciones de vigilancia y control de los representantes de los trabajadores. En cualquier caso, el RGPD no es una norma específica y concreta de la protección de datos en el orden laboral dificultando el encaje de esta norma a las relaciones laborales con total plenitud⁴¹.

54. La misma crítica se puede elevar para la LOPD que presenta “un casi completo vacío en la regulación del Derecho colectivo digital en las relaciones laborales (...). La transmisión de la información sindical, los derechos de consulta y participación, el papel de la negociación colectiva en cada uno de los derechos digitales, la definición de los sindicatos como cesionarios de los datos personales; la necesaria ponderación entre protección de datos y libertad sindical, Las acciones colectivas en defensa de los derechos a la protección de datos en la empresa (...) permanece aún en el tintero del olvido - nada involuntario -de nuestro legislador (...)”⁴².

55. En efecto, el RGPD es ajeno a la realidad social y económica que impera en la sociedad capitalista que asigna unos roles diferenciados a las partes del contrato de trabajo, con poderes de negociación distanciados entre trabajador y empresario. En base a esta realidad y en aras del carácter tuitivo del Derecho laboral es necesario que existan representantes de los trabajadores que defiendan los intereses de los trabajadores en la Era Digital. En este momento, téngase presente que la defensa de estos intereses es necesaria ante la gestión automatizada de sus datos personales y ante las decisiones automatizadas que afecten a aspectos tan importantes como una sanción o un despido. Y ello porque se hace difícil y complejo que un trabajador de forma individual se pueda oponer a que sus datos personales sean automatizados o a que se tomen decisiones automatizadas que les perjudiquen.

56. Aun a pesar de la ausencia de auténticas previsiones sobre los derechos colectivos de los trabajadores, lo cierto es que el artículo 80 del RGPD dispone que el interesado tiene derecho a ser representado por una entidad, organización o asociación que actúe en el ámbito de la protección de sus derechos y libertades en la materia de protección de sus datos personales. La actuación de esta institución, que podría ser perfectamente la representación de los trabajadores, se enmarca en presentar en el nombre del interesado una reclamación ante la autoridad de control si considera que el tratamiento de los datos personales infringe la norma europea. Es evidente que el interesado (o su representante) puede hacer valer los derechos vulnerados (derechos de acceso, rectificación, oposición, etc.) ante la Agencia

⁴⁰ Cfr. F. J. CALVO GALLEGO, “TIC y poder empresarial: reglas internas de utilización y otras cuestiones relativas al uso de Facebook y Redes Sociales”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol. 4, núm. 9 (ene), 2012, p. 127.

⁴¹ Es interesante lo señalado por M. B. CARDONA RUBERT, “Tratamiento automatizado de datos personales del trabajador”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 16 1994, pp. 83-118; L.A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, “Tratamiento automatizado de datos personales en los procesos de selección de trabajadores”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1994, pp. 510-538; A. TODOLÍ SIGNES, “La gobernanza colectiva de la protección de datos...”, op. cit. p. 81.

⁴² Cfr. C.H. PRECIADO DOMÉNECH, “La Era digital y la vieja economía nueva”, *Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Jueces para la Democracia*, núm. 197, 2019, p. 71.

Estatutal de Protección de Datos, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a la vía judicial. En esta línea, la Agencia permite atender reclamaciones por la presunta vulneración del tratamiento de los datos personales. Para ello, el afectado o su representante tendrá que imponer una queja especificando los motivos en el modelo de solicitud habilitado al efecto en el que se aporten los indicios necesarios que les permitan investigar. Ahora bien, de forma previa, debe dirigirse a la entidad responsable del tratamiento de los datos personales⁴³.

57. No obstante, la cuestión sería discernir si los representantes de los trabajadores necesitan la autorización expresa del trabajador para poder conocer del asunto (y no solo conocer, sino para poder gestionar el derecho a la protección de los datos de los trabajadores en una supuesta situación de tratamiento indebido o ilícito). En este aspecto, se puede plantear si podría ejercer este derecho por parte del sindicato en relación a sus afiliados, sin necesidad de una declaración expresa o acción afirmativa de éstos⁴⁴.

En línea de los procesos judiciales de solución de este tipo de conflictos, y en cuanto a la representación y defensa procesales, los sindicatos pueden actuar en un proceso, en nombre e interés de los trabajadores para la defensa de los derechos individuales de éstos. En este término se aclara que “la autorización se presumirá concedida salvo declaración en contrario del afiliado”⁴⁵. En cualquier caso, se exige que el sindicato comunique al afiliado su voluntad de iniciar el proceso. De hecho, si el afiliado expresa en la oficina judicial que no ha recibido esa comunicación del sindicato, o aún recibéndola se ha negado a iniciar el proceso, “el juez o tribunal, previa audiencia del sindicato, acordará el archivo de las actuaciones sin más trámite”⁴⁶.

58. Con respecto a este aspecto, se ha interpretado que en el seno de la función de vigilancia y control que tiene reconocida la representación unitaria se incluye la reclamación de los derechos individuales en el seno de la empresa y ante las autoridades y tribunales⁴⁷. En esta línea argumental, se ha formulado que “impedir la capacidad para formular acciones legales sería vaciar de contenido sus funciones legalmente reconocidas”⁴⁸. De la manera relatada, la representación unitaria necesitaría de la habilitación expresa en forma de consentimiento por parte del trabajador afectado. No obstante, es muy interesante subrayar que no solo les cabe actuar en juicio, pues tienen reconocidas otras competencias más incisivas y más directas en la gestión de la información por el empresario, como es el derecho de información.

59. En este punto, nos podríamos plantear si es necesario que el trabajador preste su consentimiento a los representantes de los trabajadores para que éstos conozcan del algoritmo, y consecuentemente, los datos personales del trabajador. Ello se tendrá que poner en coalición con el derecho de información de los representantes de los trabajadores del artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores. Este precepto recoge el deber empresarial de suministrar información de carácter laboral y/ o profesional a aquellos. En este aspecto, la doctrina ya se ha encargado de precisar que tal entrega no requiere consentimiento expreso y específico del trabajador contratante. Esta matización descansa, como bien se ha encargado de subrayar esa doctrina, en razones de legalidad basadas en la “constatación jurídico-práctica de que el trabajador asume de ordinario la condición de sujeto más débil”. Ante esta realidad, “la exigencia de consentimiento previo del trabajador supondría, en realidad, un elemento decisivo

⁴³ Información disponible en <https://www.aepd.es/es> (Último acceso: 1 de marzo de 2020). Vid. E. GIL, *Big Data, privacidad y protección de datos*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016

⁴⁴ El propio artículo 80 del Reglamento no hace mención alguna a la exigencia de una habilitación expresa por parte del trabajador a los representantes en este extremo.

⁴⁵ Cfr. A. TODOLÍ SIGNES, “La gobernanza colectiva de la protección de datos ...”, op.cit., p. 78.

⁴⁶ Artículo 20 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE núm. 245 de 11 de octubre de 2011). Vid. A. TODOLÍ SIGNES, “La gobernanza colectiva de la protección de datos ...”, op.cit. p. 78.

⁴⁷ Vid. R. I. PALOMO VÉLEZ, “Algunas consideraciones sobre las competencias de los representantes legales de los trabajadores”, En *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores: libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, Valencia 2016, pp. 1211-1224.

⁴⁸ El artículo 20 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social nombra el derecho de representación procesal de los sindicatos, que no de la representación unitaria. Vid. A. TODOLÍ SIGNES, “La gobernanza colectiva de la protección de datos ...”, op.cit. p. 82.

para la ineffectividad del deber, habida cuenta la incontestable posición de supremacía contractual del empresario”⁴⁹. Así pues, es preciso que los riesgos que comporta esta Era, la afectación a los derechos fundamentales de la persona y del trabajador, cuenten con un marco jurídico eficiente como para adaptarse a la rapidez y a la intensidad inherente a la Era Digital.

60. Ante la tesitura planteada, nos podríamos cuestionar si las reformas en relación a la intervención de los representantes para la protección de los derechos de los trabajadores deben venir de la norma estatutaria, o si, por el contrario, esta debe ceder su espacio a la autonomía colectiva por contar esta última con una capacidad de reacción más rápida a la hora de adaptarse a las necesidades de esta nueva Era en el Derecho del Trabajo. Es decir, si la sociedad digital y su afectación a los derechos laborales (en este caso, el derecho a la protección de datos y su influencia en los derechos de información y consulta) presenta tanto dinamismo como los riesgos a proteger, de modo que deba ser la negociación colectiva la encargada de dotar a éstos de una protección adecuada.

2. La autonomía colectiva en la Era Digital

61. Un riesgo importante de la Era digital y en la dictadura de los datos es el debilitamiento del poder de negociación y de la función de vigilancia y control de los representantes de los trabajadores habida cuenta que el propio RGPD no considera los derechos colectivos. A pesar de esta limitación, si se puede celebrar que el RGPD da pequeños pasos en relación a la autonomía colectiva. A continuación, se exponen los preceptos a tal fin dirigidos.

62. Un aspecto positivo es que el RGPD invoca a los Estados a regular disposiciones legislativas y a invitar a los convenios colectivos a establecer normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y las libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral.

63. En efecto, el Considerando núm. 155 del Reglamento da un pequeño paso respecto a la Directiva 95/46/CE y expone que *El Derecho de los Estados miembros o los convenios colectivos, incluidos los «convenios de empresa», pueden establecer normas específicas relativas al tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral, en particular en relación con las condiciones en las que los datos personales en el contexto laboral pueden ser objeto de tratamiento sobre la base del consentimiento del trabajador; los fines de la contratación, la ejecución del contrato laboral, incluido el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley o por convenio colectivo, la gestión, planificación y organización del trabajo, la igualdad y seguridad en el lugar de trabajo, la salud y seguridad en el trabajo, así como a los fines del ejercicio y disfrute, sea individual o colectivo, de derechos y prestaciones relacionados con el empleo y a efectos de la rescisión de la relación laboral.*

64. Otro aspecto a destacar es que el RGPD excluye como “categoría especial de datos personales” cuando el tratamiento sea necesario para el cumplimiento de las obligaciones y del ejercicio de los derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado⁵⁰.

⁴⁹ Cfr. S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “Los riesgos del denominado “data outsourcing” en el proceso de colocación: límites a la cesión de información entre los posibles sujetos intervinientes”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del empleo*, Vol. 7, núm. 2, abril-junio, 2019. La autora se refiere a la copia básica del contrato de trabajo. En relación a la supremacía del empresario J. L. MONEREO PÉREZ, *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Civitas, Madrid, 1992.

⁵⁰ Vid. artículo 9.2 b) del RGPD.

Ello viene a significar que cuando concurra esta circunstancia no se aplicará, en principio, la prohibición de tratamiento de los datos personales enunciada en el artículo 9.1 del RGPD.

65. Luego, como última referencia que el RGPD alude al Convenio, es cuando de forma particular recoge que los Estados miembros podrán, a través de disposiciones legislativas o de convenios colectivos, establecer normas mas específicas para garantizar la protección de los derechos y de las libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral. Esta previsión legislativa y convencional la dispone con amplitud, y de forma particular, el RGPD nombra aspectos esenciales de la relación de trabajo como son los efectos en la contratación de personal, la ejecución del contrato laboral, incluido el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley o por el convenio colectivo, la gestión, la planificación y la organización del trabajo, la igualdad y la diversidad en el lugar de trabajo, la salud y la seguridad en el trabajo, la protección de los bienes de empleados o clientes, así como a efectos del ejercicio y disfrute, individual o colectivo, de los derechos y de las prestaciones relacionados con el empleo y a efectos de la extinción de la relación laboral.

Es más, las normas de los Estados tendrían que incluir medidas adecuadas y específicas para preservar la dignidad de los trabajadores y sus intereses legítimos, así como sus derechos fundamentales. En cualquier caso, el único aspecto que detalla el RGPD es que los Estados deben prestar especial atención a la transparencia tanto del tratamiento, como de los datos personales, así como a los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo⁵¹.

Este anuncio se podría relacionar con el carácter complementario de los convenios colectivos. De esta manera, cabe recordar que la LOPD otorgaba un rol complementario a la autonomía colectiva al indicar que podrían establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral⁵².

66. Este llamamiento es adecuado considerando el carácter genérico de la norma sobre protección de datos personales que hace cuestionar seriamente la suficiencia de la misma en el orden de las relaciones laborales. Para superar esta insuficiencia normativa, es clave la actuación de los interlocutores sociales a fin de que adopten acuerdos y convenios para tutelar los derechos de los trabajadores en la Era Digital. A pesar de este llamamiento, del gran margen de maniobra que le concede el RGPD y de esta necesidad, lo cierto es que es escasa la reacción al respecto. Se podría empezar a presumir la inacción de los interlocutores sociales en este aspecto, aún a pesar de la premura en esta conclusión teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor del RGPD y de la LOPD, 2016 y 2018.

67. En cualquier caso, a fecha de hoy, y haciendo un rastreo de los convenios más actuales, son pocos los que recogen cláusulas relativas a la protección de los datos personales, y en consecuencia son escasos los ejemplos de iniciativas convencionales en la materia que aquí podrían citarse.

68. En algún caso⁵³, la voluntad de los interlocutores sociales se limita a disponer de un marco protector para la empresa, al señalar que todos los trabajadores están obligados a respetar la Ley de Protección de Datos. En el mismo sentido, incorpora el deber de confidencialidad y de secreto de la información para todos los trabajadores durante la prestación de servicios (incluso tras la extinción de su relación laboral). Estos deberes alcanzan a aquella información que sea recibida por su prestación de servicios, así como cualquier otra información generada por su propia actividad. También se prevé la limitación a lo estrictamente laboral en la utilización de los recursos informáticos (correo electrónico, navegación por

⁵¹ Vid. artículo 88 del RGPD.

⁵² Artículo 91 de la LOPD. Comentábamos que este precepto sería clave este precepto para enlazarlo con el epígrafe correspondiente al rol desempeñado por los representantes de los trabajadores. Sobre la regulación de los derechos “tecnológicos” en la negociación colectiva A. BAYLOS GRAU, “El papel de la negociación colectiva en la ley de protección de datos personales y garantía de derechos digitales en España”, *Labour & Law Issues*, Vol. 5, núm. 1, 2019.; J. M. SERRANO GARCÍA, *La protección de datos y la regulación de las tecnologías en la negociación colectiva y en la jurisprudencia*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2019.

⁵³ Artículo 32 del Convenio Colectivo 2020-2023 de la empresa Drylock Technologies SL (Boletín Oficial De La Provincia De Segovia, núm. 25 de 26 de febrero de 2020).

internet). Para asegurar la correcta utilización de las herramientas y de los dispositivos informáticos, se advierte que la empresa podrá vigilar, controlar y monitorizarlos. Como se aprecia, el Convenio recurre a la Ley de Protección de Datos para atender los intereses de la empresa, pero no se pronuncia con respecto a posibles vulneraciones que se puedan dar por parte de la misma a sus empleados en relación a la protección de datos, más allá de señalar el carácter confidencial de las credenciales para el acceso a los sistemas y la prohibición de acceso al sistema de quién no esté debidamente autorizado.

69. En otro caso⁵⁴, el convenio advierte que los trabajadores deben quedar informados de la incorporación de sus datos a los ficheros existentes en la empresa para el mantenimiento de su relación contractual y para las finalidades del propio cumplimiento del convenio. Desde luego, nos parece del todo acertado que este Convenio señale concretamente que los trabajadores deben autorizar que sus datos personales sean facilitados a los representantes de los trabajadores para los fines previstos en la legislación vigente (entiéndase, para la función de vigilancia y control). En la misma línea, este convenio establece que los ficheros creados estarán bajo la supervisión y control de la empresa, ante los cuales los trabajadores podrán ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en la forma prevista en la legislación vigente. Como se puede apreciar, y hasta aquí este convenio trata de tutelar los intereses de los trabajadores afectados. Además, este convenio hace referencia a los datos sensibles a los que tienen acceso los trabajadores y dispone que están especialmente obligados al secreto profesional respecto a los datos de carácter personal, tal y como se definen en la LOPD y en el RGPD. Del mismo modo, los trabajadores han de cumplir y respetar las medidas generales de seguridad que la empresa establezca respecto de los ficheros que contengan datos personales. Por último, este convenio establece ciertas normas con respecto al uso de las nuevas tecnologías en el trabajo para advertir que la utilización del correo electrónico y de la navegación por internet sólo está permitida por motivos estrictamente laborales y el uso y control de los ordenadores y de los programas informáticos instalados y facilitados por las empresas quedará limitado exclusivamente por razones de trabajo, siendo el trabajador el único responsable de la custodia de las claves de acceso utilizadas para su trabajo, las cuales son personales e intransferibles.

70. Una previsión convencional⁵⁵, relaciona la tecnología con la organización del trabajo como factor del poder de dirección empresarial y viene a señalar que “La organización del trabajo en cada una de las empresas es facultad de la dirección de la misma, de acuerdo con lo previsto legal y convencionalmente. El sistema de racionalización, mecanización y dirección del trabajo que se adopte, nunca podrá perjudicar la formación profesional que el personal tiene derecho a completar y a perfeccionar por la práctica debiendo ser consultados los representantes de los trabajadores en todas aquellas decisiones relativas a tecnología y organización del trabajo”.

71. Otra previsión convencional en relación a los datos personales del empleado precisos para la prestación del servicio (domicilio, teléfono, estado civil, número de personas a su cargo, etc.) es asegurar en términos absolutos su confidencialidad y el adecuado uso de los mismos con el debido respeto a la norma legal e interna de la empresa. Así, los datos médicos facilitados por el empleado, por cualquier circunstancia, al servicio médico de la empresa solo podrán ser utilizados para los fines para los que se facilitaron⁵⁶.

72. Siguiendo con este análisis, se dan también previsiones convencionales que se limitan a recoger, sin más precisión, la protección de datos personales de las personas trabajadoras y el derecho a su desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar⁵⁷.

⁵⁴ Artículo 46 del VI Convenio autonómico de Pompas Fúnebres de Galicia. Diario Oficial de Galicia 15 abril 2019, núm. 73.

⁵⁵ Capítulo II del II Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías (BOE, núm. 192 de 12 de agosto de 2017).

⁵⁶ Artículo 23 VII Convenio colectivo de Diario ABC, SL. (BOE núm. 50 de 27 de febrero de 2020).

⁵⁷ Artículo 43 del Convenio colectivo para la empresa Fundación Estadio Vital Fundazio (Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava, 2 de marzo de 2020).

73. También se puede apuntar otras previsiones recogidas en convenio⁵⁸, que se limitan a exponer que la implantación de tecnología de información para el control de la prestación laboral, tales como controles biométricos como la huella digital, la videovigilancia, los controles sobre el ordenador (monitorización remota, indexación de la navegación por internet, o la revisión o monitorización del correo electrónico y/o del uso de ordenadores) o los controles sobre la ubicación física del trabajador mediante geolocalización, se realizará respetando en todo momento las previsiones normativas, deberán ser proporcionales para verificar el cumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones laborales, respetando su dignidad y su derecho a la protección de datos y a su vida privada. Sin embargo, este convenio señala que, teniendo en cuenta, que la legitimación para el tratamiento deriva de la existencia de la relación laboral, no se requiere del consentimiento del trabajador. Al respecto al deber de información, expone que se debe informar al trabajador y, que cuando, este tipo de medidas tengan el carácter de colectivas o plurales deberá informarse previamente a su implantación a los representantes de los trabajadores, indicando la finalidad que se persigue. Un ejemplo de esta información es en relación a los sistemas de videovigilancia para el control periódico y regular de la prestación laboral (artículo 8). Si que recoge deberes de información (y de consulta) en relación a la introducción de nuevas tecnologías que supongan una modificación sustancial de las condiciones de trabajo o la necesidad de un periodo de formación (artículo 10). Si puede resultar interesante apuntar que recoge un deber de consulta a los representantes de los trabajadores sobre aquellas decisiones relativas a la tecnología organización del trabajo y utilización de materias primas que tengan repercusión sobre la salud física y/o mental del trabajador (artículo 36). A pesar del carácter innovador que suele presentar este convenio, y del alto valor que les da a las nuevas tecnologías, nada señala en relación al deber de informar sobre la toma y el tratamiento de los datos de los trabajadores vinculados a las nuevas tecnologías.

Otras previsiones convencionales se centran en la actuación de los representantes de los trabajadores en esta materia⁵⁹. Así se ha previsto el uso por el Comité Intercentros de una página en la Intranet de la Empresa para la publicación de información de carácter sindical. Además, se le facilita a Secciones Sindicales y a sus Coordinadores y Secretarios Generales, todos los medios necesarios (medios informáticos, telefónicos, etc.) para poder desarrollar su representación sindical dentro de la Empresa. De esta manera, se potencia el derecho de información de la representación de los trabajadores en su vertiente activa con la utilización de las nuevas tecnologías de la información como medio de comunicación con sus representados.

74. Un último convenio al que acudimos⁶⁰, se pronuncia sobre aspectos algo más relevantes, al establecer, “Sin perjuicio de los derechos de información de los Órganos de representación unitaria de las personas trabajadoras de cada una de las Empresas, en las reuniones que se celebren entre la Comisión Directiva de las Empresas y los Sindicatos más representativos, y que tendrán una periodicidad trimestral como mínimo, la Dirección informará sobre las líneas básicas y estrategias de la evolución del conjunto de las tres Empresas: introducción de nuevas tecnologías, evolución de las redes y servicios, aspectos organizativos, comerciales, legales, y contratas, recursos humanos” (artículo 8). Por otro lado, y en relación al nivel de confidencialidad y secreto sobre la información de la empresa, se estipula que “Todas las personas trabajadoras se obligan, durante la prestación de servicios a la Empresa e incluso tras la extinción de su relación laboral, a mantener la más estricta confidencialidad y secreto sobre la información no pública como consecuencia de su relación de laboral en favor de la misma, así como sobre cualquier otra información que utilice por su propia actividad, a través de las distintas herramientas informáticas puestas a su disposición. Al cesar en la Empresa, los archivos que se reciban en las herramientas tecnológicas de la persona trabajadora que cesa, o que estén almacenados en la misma, son

⁵⁸ Convenio Colectivo general de la industria química (BOE núm. 191 de 8 de agosto de 2018).

⁵⁹ Artículo 49 del Convenio colectivo de Siemens Healthcare, SLU. (BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2020). Sobre la utilización de los medios tecnológicos por parte de los sindicatos F.A. Valle Muñoz, “La incidencia de las nuevas tecnologías en la transmisión sindical de información en la empresa”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 52, 2019, pp. 136-182.

⁶⁰ II Convenio colectivo de empresas vinculadas para Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU (BOE núm. 273 de 13 de noviembre de 2019).

de uso profesional, por lo que la Empresa tendrá libertad para su revisión o eliminación” (artículo 168). En relación al nivel de información de las tecnologías, el convenio vincula el deber de información a la prevención de riesgos laborales y a la salud laboral al señalar que “Los miembros de los Comités de Seguridad y Salud conocerán antes de su puesta en práctica, en lo referente a prevención de riesgos, los nuevos métodos de trabajo y especialmente aquellos que impliquen la utilización de nuevas tecnologías. Estos métodos de trabajo deberán ser informados en el seno del Comité de Seguridad y Salud.” (Disposición Adicional Cuarta).

75. Desde luego, la regulación contenida en los convenios se limita a expresiones relacionadas con limitaciones o concreciones en el uso de las nuevas tecnologías por parte de los trabajadores o de la intranet por parte de la representación de los trabajadores. Es más, suelen acoger un régimen disciplinario bastante intenso en relación a incumplimientos laborales y a las nuevas tecnologías en relación a posibilidades de instalación de videocámaras o de cualquier otro dispositivo de control de la prestación laboral, tanto en el cuerpo del empleado, como en los recursos informáticos que emplea, sean propiedad de la empresa o no, siempre que sean usados para fines distintos de lo estrictamente laboral. Conjuntamente, los convenios colectivos se pronuncian al respecto de las nuevas tecnologías, pero en relación a la necesidad de formación, a la necesidad de incorporar nuevas pautas preventivas en aras a garantizar la seguridad del trabajador, e incluso, a la posibilidad y el procedimiento para que puedan ser modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo o que supongan la extinción del contrato por ineptitud del trabajador. En este punto, no hemos encontrado instrumentos convencionales que recojan obligaciones informativas en relación al uso de los algoritmos, ni siquiera que se pronuncien sobre las consecuencias jurídicas de un uso desviado e ilícito de los algoritmos en relación a los candidatos-trabajadores que pudieran quedar afectados por decisiones automatizadas o semi-automatizadas.

76. Como se puede apreciar, consideramos que es esencial realizar un llamamiento para que los representantes de los trabajadores sean conscientes de la necesidad de articular medidas tuitivas que preserven los derechos fundamentales que pueden verse afectados en la relación de trabajo, como son el derecho a la intimidad, a la dignidad y el derecho de protección de datos personales.

77. Por lo demás, los interlocutores sociales deben promocionar el interés legítimo de los trabajadores en cuanto a controlar sus datos personales que circulan en los sistemas de comunicación e información. De hecho, “solo así puede ejercer un seguimiento sobre el uso secundario de esos datos y evitar la afectación negativa durante la relación laboral o su postergación para el empleo”⁶¹.

78. En este escenario, los convenios colectivos no predicen nada con respecto a la obligación empresarial de informar, consultar, ni negociar con los representantes de los trabajadores sobre su actuación ante la protección de datos personales y su posible vulneración por las daciones automatizadas. Como no existe un marco normativo laboral que proteja los derechos de los trabajadores ante posibles injerencias en sus datos personales no justificadas y que sean constitutivas de decisiones discriminatorias se propone como *lege ferenda* la siguiente propuesta.

3. Los derechos de información y consulta en la Era Digital: el traslado de la funcionalidad del derecho de información como refuerzo del deber de secreto y de sigilo profesional

79. Existe un conflicto permanente entre los recelos empresariales al derecho a la protección de datos con los derechos de información y consulta, que ha sido una fuente continua de resoluciones judiciales. Estas tienen su origen en el “excesivo celo de las empresas, que ven en la protección de datos

⁶¹ Cfr. S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “Participación de los representantes de los trabajadores en el tratamiento de los datos personales: Derechos de información y consulta”, *Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la democracia*, núm. 197, 2019, p. 7.

un fiel aliado para ocultar a los representantes unitarios o sindicales datos relevantes para el ejercicio de su función; otras veces porque dichos representantes se exceden en sus funciones y quieren conocer datos respecto de los que existen derechos fundamentales de los trabajadores que los ponen a salvo de cualquier transmisión sin su consentimiento”⁶².

80. En esta sede de análisis, se concluye que la norma estatutaria precisa de un completo proceso de adaptación a la Era Digital y tecnológica que afecta al mercado de trabajo. En concreto, y considerando la velocidad vertiginosa con la que acaecen los cambios tecnológicos y la incapacidad del legislador para atender todos los aspectos relacionados con posibles injerencias empresariales, lo que sí debe hacer la norma estatutaria es recoger normas vinculantes para que las empresas se vean obligadas a buscar la colaboración y acuerdo de los representantes de los trabajadores en las cuestiones que hemos señalado. Es por esto que los interlocutores deben sentarse a negociar para acordar cláusulas obligacionales convencionales en este extremo.

81. Ello se traduce en que los representantes de los trabajadores tengan derecho a conocer la lógica del algoritmo, la gestión y tratamiento de los datos considerados en la formulación concreta. Que sea conocida la lógica informática del algoritmo es necesaria no solo de cara a evitar situaciones y sesgos discriminatorios, incluso de cara a superar la dificultad de hacer entender al trabajador esta compleja fórmula⁶³. Este derecho se tendría que incorporar al artículo 64.5 del Estatuto de los Trabajadores. Del modo dibujado, la capacidad de actuación de la empresa (en orden a la protección de datos personales) se encontraría limitada por la intervención, vigilancia y control de los representantes⁶⁴.

82. En definitiva, se trata de un control *intra* proceso desde la propia formulación del algoritmo, desde la recapitulación y el tratamiento de los datos personales para que sean utilizados con un fin legítimo y adecuado. Este control permitiría conocer la legalidad y legitimidad de las decisiones que toman las empresas con base en los datos de los trabajadores tratados por un algoritmo. De esta forma, los representantes de los trabajadores, y por este medio de información, los trabajadores, podrían conocer que la empresa automatiza sus datos personales (el alcance y el grado de la automatización, podrían controlar el cumplimiento de la norma al gozar de la explicación lógica que preside la toma de cualquier decisión empresarial basada en algoritmos. Ello ha sido calificado por la doctrina como gobernanza colectiva de los derechos de la protección de datos por parte de los representantes de los trabajadores. Esta gobernanza alcanza a todos los aspectos de la relación laboral desde sus inicios (proceso de selección, proceso de contratación, evaluación del desempeño, ascensos y promoción o extinción del contrato). Se trata, por tanto, de ampliar los derechos de información, consulta y de negociación de los interlocutores sociales. En este sentido, el propio RGPD en su artículo 88 abre la vía para que se establezcan normas más específicas para garantizar la protección de datos en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral a través de convenios colectivos. Desde luego, es la mejor opción para garantizarse con transparencia y objetividad que no existen discriminaciones o sesgos en las

⁶² Cfr. C. H. PRECIADO DOMÈNECH, “La aplicación judicial de los derechos de información, consulta y control sindical”, *Ian Harremanak*, II, 2016, p. 98.

⁶³ Este apunte se puede relacionar con “el denuedo empresarial en cumplir de buena fe con los deberes informativos que el asigna el RGPD”. Cfr. A. VILLALBA SÁNCHEZ, “El principio de transparencia en la ejecución automatizada del contrato de trabajo: una aproximación jurídica a la tecnología “blockchain” y a la inteligencia artificial”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 224, 2019, pp. 183-226. A su vez, hay que subrayar la dificultad técnica de hacer entender la decisión que ha tomado el programa informático junto a la falta de entendimiento de estos sistemas. Ante estos supuestos, la doctrina recomienda que quienes sean las encargadas de tratar estos datos hayan sido lo suficientemente formadas para poder explicar o tratar de explicar estas decisiones. Vid. A. PALMA ORTIGOSA, “Decisiones automatizadas en el RGPD. El uso de algoritmos en el contexto de la protección de datos”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, 2019.

⁶⁴ Los derechos de información y consulta vienen a establecer unos límites a los poderes empresariales, y un instrumento para ampliar las funciones negociales. Al respecto, E. GARRIDO PÉREZ, *La información en la empresa. Análisis jurídico de los poderes de información de los representantes de los trabajadores*. CES, Madrid 1995, especialmente, pp. 261-286.; S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “La participación en la gestión empresarial a través de la contratación colectiva”, comunicación presentada en el *XVII Congreso nacional de AEDTT*.

decisiones tomadas en base al *Big Data*⁶⁵. Esta gobernanza colectiva evitaría que el empresario de forma individual y unilateral arbitre cualquier medida para proteger los derechos de los trabajadores. Así, tendría que acordar con los representantes de los trabajadores la fórmula, los métodos y las salvaguardas para proteger a los mismos frente a la gestión, al tratamiento y al procesamiento automatizado de los datos de los candidatos/trabajadores.

83. En este sentido, se entiende que, dado que el RGPD impone una obligación de resultado, garantizar el derecho de protección de los datos personales, y considerando que esta obligación queda en manos del responsable de los datos en la empresa que goza de libertad para establecer los métodos y las salvaguardas para cumplirlo. Esta formulación y potestad unilateral tiene sentido en el ámbito de los consumidores porque existe poca representatividad de las asociaciones de los consumidores, pero no está justificada en el escenario de las relaciones laborales donde se cuenta con unas instituciones plenamente aceptadas y con legitimidad suficiente para actuar en este terreno⁶⁶.

84. En orden a incorporar esta “nueva” obligación empresarial de informar y consultar a los representantes de los trabajadores sobre las medidas de salvaguardas y medidas en el orden laboral de la protección de datos, y como parte integrante de los derechos de información y consulta recogidos en el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores⁶⁷. Se trata de diseñar mecanismos que garanticen la información (y la participación) de los representantes de los trabajadores para evitar la inclusión de sesgos discriminatorios y modelos de gobernanza deficientes. Desde luego, podría manifestarse este derecho de información y consulta ante las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo en la empresa; e incluso dentro del derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por este, sobre cuestiones como la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo.

85. En este punto, téngase presente que los dispositivos tecnológicos y digitales son utilizados como un instrumento no solo de la gestión del personal, sino que se emplean en el círculo rector del poder de dirección y disciplinario de la empresa. De hecho, son instrumentos verificadores del cumplimiento laboral, y también “magníficos medios de prueba, que permiten acreditar el incumplimiento de sus obligaciones laborales por el trabajador en el proceso laboral. Los instrumentos tecnológicos pueden ser preordenados con un fin disciplinario; en la casuística de los tribunales se encuentran a menudo casos de utilización de las cámaras de video-vigilancia o de dispositivos de geolocalización para obtener la prueba de alguna conducta irregular del trabajador en el desempleo de su actividad laboral sea dentro o fuera de la empresa”⁶⁸. Si la tecnología se dispone como medio de prueba del empresario, nada impide que también pueda ser empleada por la representación de los trabajadores en el ejercicio diario de su función de control y vigilancia de cara a evitar la indefensión del trabajador y a hacer efectivo el derecho a la tutela judicial efectiva.

⁶⁵ Esta posición estaría en línea con los requisitos esenciales enunciados en las Directrices éticas para una inteligencia artificial fiable elaboradas por el grupo de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial, como son la transparencia, la privacidad de datos, la intervención y la supervisión humanas, la no discriminación. Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones, Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano, COM (2019) 168 final, Bruselas, 8.4.2019. De hecho, este documento anuncia que “deben garantizarse la privacidad y la protección de datos en todas las fases del ciclo vital del sistema de IA. Los registros digitales del comportamiento humano pueden permitir que los sistemas de IA infieran no solo las preferencias, la edad y el sexo de las personas, sino también su orientación sexual o sus opiniones religiosas o políticas. Para que las personas puedan confiar en el tratamiento de datos, debe garantizarse que tienen el pleno control sobre sus propios datos, y que los datos que les conciernen no se utilizarán para perjudicarlos o discriminarlos”.

⁶⁶ En este sentido se expresa A. TODOLÍ SIGNES, “La gobernanza colectiva de la protección de datos...”, op. cit. pp. 45-46, quien acoge el término empleado en este discurso, “la gobernanza colectiva”.

⁶⁷ Esta nueva obligación ya ha sido advertida por autores como R. I. PALOMO VÉLEZ, *El modelo español de representación de los trabajadores en la empresa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 33

⁶⁸ Cfr. J.L. GOÑI SEIN, “Nuevas tecnologías digitales...”, op. cit. p. 5.

86. En el mismo orden, la norma estatutaria sigue el esquema clásico para regular el deber de sigilo y del secreto profesional enfocándolo a la protección de los intereses empresariales. Bajo la perspectiva examinada es necesario reconsiderar las funciones de éstos en cuanto al sigilo y al secreto profesional habida cuenta que la norma estatutaria los diseña con un estrecho margen de maniobra, un margen que no ha sido corregido en las sucesivas reformas que ha padecido la norma estatutaria.

87. Pues bien, planteamos un nuevo enfoque, totalmente novedoso y orientado a la funcionalidad y al alcance de un material especialmente sensible para proteger los derechos de los trabajadores afectados. En esta línea, se apuntó la propuesta de que el algoritmo debería ser conocido, su modelo y las variables de ponderación utilizadas, el tipo y las clases de datos que, a partir del modelo, se han suministrado para llegar al algoritmo.

88. Ahora bien, la controversia se suscita cuando este conocimiento de la propuesta de algoritmo (recuérdese que está diseñado por una persona) podría colisionar con los derechos de propiedad industrial, intelectual, y de forma concreta con el secreto empresarial. A pesar de esta colisión, compartimos que el conocimiento del algoritmo está totalmente justificado en los casos en los que éste pueda afectar a derechos fundamentales en el trabajo, en el acceso al empleo, en la igualdad o en la extinción del contrato de trabajo, de manera que una decisión de tal calibre no tendría que quedar a expensas de aquel.

89. Con ello se desea expresar que ante una vulneración de un derecho laboral se plantee la posibilidad de conocer el contenido del algoritmo (en los extremos expresados). Y sobre ello, la base de este planteamiento podría ser su posible impugnación y al derecho del trabajador afectado a una tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución Española). No obstante, queremos advertir que no es que haya que esperar a que se de una vulneración del derecho de protección de datos personales de un trabajador para que los representantes tengan que conocer los datos y el algoritmo, sino que debe deducirse ese conocimiento desde el momento en el que actúan y ejercen la defensa e intereses de los trabajadores. En este contexto, se abren un interrogante en relación a si es necesario que se recoja expresamente esta nueva competencia informativa o si sobre todo ante la ausencia de previsión normativa es factible argumentar que esa misma función representativa les otorga implícitamente.

90. Al respecto, se recuerda que los algoritmos (y la inteligencia artificial) no quedan exenta de sesgos, de errores ni de discriminaciones de los programadores a los que el legislador no puede permanecer inmune. En síntesis, y aunque no es preciso que se de una vulneración del derecho a la protección de datos, hay que entender que, si los derechos y los intereses de los trabajadores se pueden ver afectados, queda justificado el conocimiento de los datos y del algoritmo por parte de los representantes de los trabajadores dado que son ellos quienes ejercen la defensa de los derechos y de los intereses de aquellos.

91. Téngase en cuenta que, “solo conociendo el algoritmo y los datos concretos que se le han suministrado sobre la persona que propone la decisión podrían saberse las razones de la propuesta”, pues la tecnología no aporta valores que justifican de forma razonable y justificada esa decisión⁶⁹.

92. En definitiva, se aboga por “evitar sesgos del algoritmo que no puedan ser controlados por el interesado, precisamente por desconocer las razones por las que se ha tomado dicha decisión”. Con ello, se trata de evitar la indefensión “del sujeto al que le deniegan el empleo o le despiden en base a una decisión automatizada”⁷⁰.

⁶⁹ La posibilidad de conocer el algoritmo ante la vulneración de derechos fundamentales laborales ha sido ya planteada por T. DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “Retos, Riesgos y Oportunidades de la Sociedad digital”, op. cit., pp. 47 y 48.

⁷⁰ Cfr. A. TODOLÍ SIGNES, “La gobernanza colectiva de la protección de datos...”, op. cit. pp. 80 y 81.

V. Conclusiones y propuestas de mejora

99. Una vez analizadas las consideraciones que han dado curso a la delimitación del objeto de estudio de esta materia proponemos como propuesta de mejoras:

100. Los dispositivos tecnológicos nacieron para atender las necesidades de los consumidores, pero no para ser empleados en el seno de las empresas con los propósitos detallados. A ello, se suma que a pesar del esfuerzo loable de la LOPD entendemos que resulta insuficiente en la regulación de la relación laboral española. Por ello, será clave, no solo una reforma laboral en clave digital que tenga en cuenta los derechos colectivos de los trabajadores, sino también, y más concretamente, la actuación de los interlocutores sociales a fin de que adopten fruto de la autonomía colectiva acuerdos que tutelen los derechos de los trabajadores afectados en la Era Digital.

101. La negociación colectiva debe enfocarse en acordar un tratamiento de datos justo con respecto al fin perseguido por la norma, que sea transparente al garantizar que los representantes de los trabajadores conozcan el algoritmo, y que no sea discriminatorio, que sea controlado por los representantes de los trabajadores.

102. Considerar que el tratamiento y la gestión de los datos que generan los dispositivos tecnológicos en el marco de las relaciones laborales forman parte del Derecho de información de los representantes legales de los trabajadores. De hecho, si el trabajador entiende vulnerado su derecho a la intimidad ha de presentar una prueba indiciaria que permita acreditar la estimación de los hechos que pretende probar. Ello podría justificar la entrega del algoritmo a los representantes de los trabajadores. Así, se plantea que dentro del derecho de información de los representantes legales de los trabajadores se disponga del algoritmo, pues podría ser un mecanismo probatorio en el proceso laboral. De hecho, la función de control y vigilancia del tratamiento de los datos personales de los representantes de los trabajadores se conjuga con el principio de responsabilidad activa exigido por la LOPD. Este principio exige una previa valoración por el responsable o por el encargado del tratamiento del riesgo que pueda generar el tratamiento de datos de forma que los representantes puedan adoptar las medidas que procedan.

103. En relación con la aseveración anterior, no pretendemos ubicar el derecho de información de los representantes en modo defensivo, es decir, por la acción o permisión de un trabajador afectado, pues consideramos que el derecho de información de los representantes de los trabajadores es proactivo para defender los derechos de los trabajadores en general, en cuanto a la captación, gestión y tratamiento del empresario de los datos obtenidos de aquellos. En definitiva, justificamos la entrega del algoritmo en relación al fundamento y a la efectividad de la propia función representativa a cuyo servicio están los derechos de información de los representantes. No se le puede olvidar al lector que los derechos de información de los representantes de los trabajadores son derechos instrumentales para el ejercicio de su función representativa, y necesitaría el uso, el mal uso o indebido uso, es decir, si hay una gestión de los recursos humanos fraudulenta, los representantes pueden hacer uso de este algoritmo. Y ello, aunque en la actualidad no lo indique la norma, porque está justificado por el ejercicio de la función representativa. En otras palabras, el derecho de los representantes a conocer el algoritmo queda justificado en la medida en que ello es necesario para el ejercicio de sus funciones representativas y de defensa de los derechos de los trabajadores afectados.

104. Dada la amplitud del deber de confidencialidad y de secreto enunciado en la normativa de protección de datos, se podría entender aplicable a los representantes de los trabajadores, en el caso que éstos puedan tener acceso a esos datos. De forma concreta, los representantes de los trabajadores deben tener acceso al algoritmo empleado en el tratamiento de los datos de los trabajadores afectados por la decisión empresarial. Siempre que este principio quede sujeto en términos de secreto profesional reordenado para proteger a los trabajadores. En definitiva, el empresario no estaría facultado para negar el algoritmo a los representantes de los trabajadores porque entienda que es un secreto protegido. En este sentido, recuérdese que, en la Era Digital, el uso de algoritmos conduce a la creación de perfiles

como una información complementaria que tiene la empresa para la gestión del personal en momentos tan delicados como son el acceso al empleo, la clasificación profesional, la promoción profesional y los diversos elementos del poder de dirección y del poder disciplinario-sancionador. Así las cosas, los distintos dispositivos tecnológicos y los programas informáticos se han convertido en instrumentos de gestión e instrumentos de control para el ejercicio de un poder empresarial mucho más intenso y omnímodo. Teniendo en cuenta que el ejercicio de estos poderes, y el uso de estos algoritmos tienen riesgos para los intereses de los trabajadores (derechos fundamentales), y en aras de evitar el abuso y posibles situaciones discriminatorias, se apuesta por una acción preventiva, no defensiva, para intentar que el empresario en el ejercicio de esos derechos y esos poderes no lesione los intereses de los trabajadores. Unido a ello, se hace constar que, si el algoritmo es calificado como secreto empresarial, y sobre él pesa el deber de sigilo, consideramos que los representantes de los trabajadores no pueden utilizar el algoritmo más allá de su función representativa, es decir, esta información solo puede ser usada en el ejercicio de su función representativa, siendo éste el alcance del deber de sigilo impuesto. En este sentido, puede fundamentarse que el derecho de información se debe configurar como un elemento de protección del derecho a la intimidad de los trabajadores, pues los representantes son los veladores de estos datos, reforzándose de este modo el deber de sigilo.

EL CONSUMIDOR FRENTE AL PROFESIONAL EN ENTORNOS DIGITALES. TRIBUNALES COMPETENTES Y LEY APLICABLE*

INTERNET CONSUMER *VERSUS* PROFESSIONAL JURISDICTION AND APPLICABLE LAW

CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ

*Profesora titular de Derecho internacional privado
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0003-1790-9467

Recibido: 11.06.2020 / Aceptado: 23.06.2020

DOI: <https://doi.org/https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5606>

Resumen: Este artículo analiza las cláusulas sobre competencia judicial internacional y Ley aplicable que constan en las Condiciones de Servicio de ciertos profesionales.

En virtud del art. 18 del Reglamento 1215/2012, estas cláusulas establecen que el consumidor puede interponer ante los tribunales del lugar del Estado miembro de su domicilio una demanda contra el profesional.

Conforme al art. 6 del Reglamento Roma I, en algunas Condiciones de Servicio se establece que la Ley aplicable al contrato es la Ley del país de residencia habitual del consumidor; mientras que en otras se determina que la Ley aplicable es la del país de residencia habitual del profesional, sin perjuicio de la protección de las normas imperativas de la Ley del país de residencia habitual del consumidor.

Palabras clave: consumidor, competencia judicial internacional, Ley aplicable, Condiciones de Servicio, cláusulas abusivas.

Abstract: This article deals with clauses related to jurisdiction and applicable law used by some professionals.

By virtue of Article 18 Regulation (EU) 1215/2012, the Terms of Service establish that the consumer may bring proceedings against the professional in the courts for the place where the consumer is domiciled.

According to Article 6 Regulation (CE) 593/2008, there are Terms of Service where the law applicable to the contract is the law of the country where the consumer has his habitual residence, whereas other clauses determine that the law applicable to the contract is the law where the professional has his habitual residence without depriving the consumer of the protection afforded by the law of the country where the consumer has his habitual residence.

Keywords: consumer, jurisdiction, applicable law, Terms of Service, unfair clauses.

* Este artículo ha sido realizado en el ámbito del Proyecto de Investigación “La prestación de servicios de carácter digital: Retos y lagunas”, DER2017-82638-P, del que es Investigadora Principal la Dra. M. J. SANTOS MORÓN.

Parte de las cuestiones que se analizan con respecto a la STJUE de 25 julio 2016, asunto C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation y Amazon EU Sàrl*, ECLI:EU:C:2016:612; fueron objeto de una comunicación presentada oralmente en el IV Encuentro sobre Jurisprudencia Europea del European Law Institute Spanish Hub, que tuvo lugar en la Universidad Miguel Hernández, Elche, el 9 de mayo 2019.

Sumario: I. Introducción. II. Competencia judicial internacional. 1. Los consumidores de la Sección 4 del Capítulo II. A) Uso ajeno a la actividad profesional. B) Los diferentes “productos”. C) El sitio y los sitios web. 2. Las cláusulas relativas a competencia judicial internacional. A) La jerarquía de foros. B) Condiciones de Servicio y tribunales competentes. III. Ley aplicable. 1. Los contratos del art. 6 del Reglamento Roma I. 2. La elección de Ley en los contratos de consumo. A) Cláusulas abusivas de elección de Ley. B) Condiciones de Servicio y Ley aplicable. IV. Conclusiones.

I. Introducción

1. El presente trabajo versa sobre la situación en la que se encuentra el consumidor frente al profesional que opera en el entorno digital, cuando el consumidor desea interponer una demanda, al considerar que el profesional ha incumplido el contrato.

Para ello, se analizará si las previsiones de las Condiciones de Servicio de diversos tipos de profesionales que operan en internet, relativas a los tribunales internacionalmente competentes y a la Ley aplicable al contrato, se ajustan al *Reglamento (CE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*¹; así como al *Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)*².

2. Para el presente estudio, se tomarán como referencia las Condiciones relativas a un servicio de correo electrónico (*Gmail*), un servicio de almacenamiento de archivos en una nube (*Dropbox*), una red social (*Facebook*) y una empresa que se dedica, entre otros sectores, al comercio electrónico (*Amazon*)³.

II. Competencia judicial internacional

3. Ante un incumplimiento del contrato por parte de un profesional que opera en el entorno digital, el consumidor se encontrará, dentro de las Condiciones de Servicio, con una cláusula en la que se hace referencia a los tribunales competentes para conocer del litigio. Dicha cláusula suele tener una de las siguientes denominaciones: “Resolución de disputas”, “Disputas”, “Solucionar disputas, legislación aplicable y tribunales”⁴.

4. Para determinar si el consumidor ha de demandar al profesional ante los tribunales que constan en dichas cláusulas, es preciso acudir al Reglamento 1215/2012, al tratarse de litigios en materia civil o mercantil (art. 1.1, al no encontrarse en la lista de exclusiones del art. 1.2); siempre que se trate de una demanda interpuesta a partir del 10 de enero de 2015 (art. 66.1) ante un tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea y, como se verá, siendo irrelevante, si el supuesto encaja en la Sección 4 del Capítulo II, que el profesional demandado se encuentre o no domiciliado en la Unión Europea.

1. Los consumidores de la Sección 4 del Capítulo II

5. El régimen del Reglamento 1215/2012 hace preciso comenzar determinando si el demandante encaja en el concepto de *consumidor* que contempla la Sección 4 del Capítulo II (“Competencia en ma-

¹ DOUE núm. L 351, de 20 diciembre 2012, pp. 1-32, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2012/1215/oj>.

² DOUE núm. L 177, de 4 julio 2008, pp. 6-16; ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2008/593/oj>.

³ Los sitios web de los citados profesionales que han sido tomados como referencia son <https://www.google.com/gmail/>, www.dropbox.com, <https://es-es.facebook.com/>, <https://www.amazon.es/> (fecha de consulta: 9 de junio 2020).

⁴ Vid., respectivamente, Dropbox, Facebook y Google. En el caso de Amazon, en una cláusula denominada “Ley aplicable”, se incluyen también los aspectos relativos a la competencia judicial internacional.

teria de contratos celebrados por los consumidores”). Conforme a las condiciones que establece el art. 17.1 del Reglamento 1215/2012:

- a) Ha de tratarse de un sujeto (*consumidor*) que celebra un contrato (ya sea para adquirir un producto, disfrutar de servicios en una nube, utilizar una cuenta de correo electrónico, etc.) para un uso “que pueda considerarse” ajeno a su actividad profesional.
- b) El otro contratante (*profesional*) ha de celebrar el contrato en el marco de las actividades comerciales o profesionales que ejerce.
- c) El otro contratante (*profesional*) ha de ejercer tales actividades en el Estado miembro del domicilio del consumidor o dirigir tales actividades a dicho Estado miembro. En el caso de los profesionales que operan en internet, es habitual que dirijan sus actividades a varios Estados miembros, si bien es preciso que, entre ellos, se encuentre el Estado miembro del domicilio del consumidor⁵. Como se verá, en los cuatro supuestos cuyas cláusulas son objeto de análisis en el presente trabajo, se contienen, tanto en el ámbito de la competencia judicial internacional como en el de la Ley aplicable, previsiones para el caso de los consumidores residentes en los Estados miembros de la Unión Europea. Por lo tanto, son las propias empresas las que admiten estar dirigiendo sus actividades a los Estados miembros de la Unión Europea ya que, si no fuera así, carecerían de sentido las cláusulas cuyo objeto es determinar los tribunales competentes y la Ley aplicable en caso de demandas de tales consumidores⁶. Ahora bien, cabe tener presente, atendiendo a la denominada “tesis de la focalización”, que es precisa la voluntad del profesional de dirigirse a los consumidores del concreto Estado miembro, tomando así la “iniciativa comercial” y que exista una “respuesta” del consumidor al respecto⁷. Ello nos llevará a plantearnos qué ocurre si el profesional cuenta con diferentes sitios web, ya que será preciso determinar si cada uno de ellos se encuentra dirigido únicamente a un concreto Estado miembro.

A) Uso ajeno a la actividad profesional

6. Para determinar en qué casos nos encontramos ante un uso “que pueda considerarse” ajeno a su actividad profesional, cabe referirse a la STJUE de 25 enero 2018, en el asunto C-498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*⁸.

⁵ Cabe tener presente que el art. 17.1 Reglamento 1215/2012 contempla otros dos supuestos: a) venta a plazos de mercaderías, y b) préstamo a plazos u otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de los citados bienes (Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales de consumo”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, pp. 1121-1122).

⁶ C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “La noción de “consumidor” en internet: El asunto C-498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 11, núm. 1, marzo 2019, p. 720.

⁷ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales de consumo”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, p. 1124; D. CARRIZO AGUADO, “La relación de causalidad como indicio justificativo de la “actividad dirigida” en el contrato internacional de consumo: análisis del foro de protección de la parte débil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 8, núm. 1, 2016, pp. 312-316; E. CASTELLANOS RUIZ, “El concepto de actividad profesional «dirigida» al Estado miembro del consumidor: *stream-of-commerce*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 4, núm. 2, 2012, pp. 70-92; M. J. CASTELLANOS RUIZ, “El foro de consumidores: comentarios a la Sentencia del TJUE de 23 de diciembre de 2015, *Rüdiger Hobohm c. Benedikt Kampik Ltd & Co. KG y otros*, C-297/14”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 9, núm. 2, 2017, p. 647; R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “El criterio del *International Stream-of-Commerce* y los foros de competencia en materia de contratos electrónicos celebrados con consumidores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 4, núm. 2, 2012, pp. 194-197; M. J. MATIAS FERNANDES, “O conceito de «atividade dirigida» inscrito no artigo 15º, número 1, alínea c), do Regulamento «Bruxelas I» e a internet: subsídios do Tribunal de Justiça por ocasião do acórdão Pammer /Alpenhof”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 4, núm. 1, 2012, pp. 308-309.

⁸ STJUE de 25 enero 2018, asunto C-498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2018:37. Vid., entre otros, C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “La noción de “consumidor” en internet: El asunto C-498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 11, núm. 1, marzo 2019, pp. 711-721; A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales de consumo”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GON-

En el ámbito de una demanda interpuesta contra Facebook Ireland Limited -empresa domiciliada en Irlanda-, por un sujeto domiciliado en Austria que disponía en la red social Facebook de una *cuenta* y una *página*⁹; el TJUE se pronunció, entre otros extremos, sobre la interpretación que ha de hacerse sobre el uso ajeno a la actividad profesional.

7. Al respecto, el TJUE reitera aspectos sobre los que se había pronunciado en el pasado, pero añade una consideración adicional, en el caso de los usuarios de redes sociales, que afecta al cuarto elemento¹⁰:

- a) la determinación de lo que se entiende por consumidor ha de ser fruto de una interpretación restrictiva,
- b) carece de relevancia la situación subjetiva del concreto sujeto¹¹,
- c) por lo que se refiere al contrato celebrado, resulta relevante la posición del sujeto en el concreto contrato, la naturaleza y la finalidad del mismo¹², y
- d) el contrato ha de tener por objeto “un uso que no sea profesional del bien o servicio”.

8. Con respecto al cuarto elemento, cabe poner de manifiesto que en los pronunciamientos del TJUE se observan diferencias relevantes a la hora de determinar si se tiene la condición de “consumidor” cuando el contrato se celebra con diferentes fines.

9. Por un lado, existe la línea seguida, entre otras, por la Sentencia de 20 enero 2005, en el caso *Johann Gruber contra Bay Wa AG.*, en la que el TJUE consideró preciso un uso profesional “insignificante” para ser considerado *consumidor*¹³. También en su Sentencia de 14 febrero 2019, en el caso *Anica Milivojević y Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen*, sigue este criterio el TJUE: “solo puede considerarse que (...) celebró el contrato en cuestión en condición de consumidor si la relación entre ese contrato y la actividad profesional (...) pudiera considerarse a tal punto marginal e insignificante que resultara evidente que dicho contrato se celebró esencialmente con fines privados”, de tal forma que “... no puede calificarse como «consumidor», (...) a menos que, dado el contexto de la operación, considerada

ZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, p. 1119; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Demandas frente a redes sociales por daños en materia de datos personales: precisiones sobre competencia judicial”, *La Ley Unión Europea*, núm. 56, 28 de febrero 2018, pp. 1-5, disponible en <http://diariolaley.laley.es>; J. J. GONZALO DOMENECH, “Schrems contra Facebook: el concepto de «consumidor» en las relaciones contractuales con las redes sociales y la futura compatibilidad con el RGPD a raíz de la STJUE de 25 de enero de 2018”, *Diario La Ley*, núm. 9157, 13 de marzo 2018, pp. 1-9, disponible en <http://diariolaley.laley.es>; L. MORENO GARCÍA, “Delimitación del «fuero del consumidor» en asuntos relacionados con redes sociales y protección de datos”, *Diario La Ley*, núm. 9270, 2 de octubre 2018, pp. 1-8, disponible en <http://diariolaley.laley.es>; M. SAFJAN, “Concepto de «consumidor» de un usuario de una cuenta privada de Facebook para la determinación de la competencia judicial en contratos celebrados por los consumidores: TJ, Sala Tercera, 25 Ene. 2018. Asunto C-498/16: Schrems”, *La Ley Unión Europea*, núm. 56, 2018, disponible en <http://diariolaley.laley.es>

⁹ STJUE de 25 enero 2018, asunto C-498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2018:37, apartados 2 y 10. Vid. “Max Schrems, el hombre que retó a Mark Zuckerberg”, *El País Semanal*, en https://elpais.com/elpais/2018/05/10/eps/1525952227_419658.html (fecha de consulta: 25 de mayo 2020).

¹⁰ STJUE de 25 enero 2018, asunto C-498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2018:37, apartados 29, 30 y 31, que se remite a la Sentencia de 3 julio 1997, asunto C-269/95, *Francesco Benincasa contra Dentalkit Srl.*, ECLI:EU:C:1997:337, apartado 16; y a la Sentencia de 20 enero 2005, asunto C-464/01, *Johann Gruber contra Bay Wa AG.*, ECLI:EU:C:2005:32, apartados 36 y 37. Vid. S. CÁMARA LAPUENTE, “El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 3, núm. 1, 2011, pp. 86-87.

¹¹ Al respecto, vid. también STJUE de 14 febrero 2019, asunto 630/17, *Anica Milivojević y Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen*, ECLI:EU:C:2019:123, apartado 87.

¹² Ídem.

¹³ STJCE de 20 enero 2005, asunto C-464/01, *Johann Gruber contra Bay Wa AG.*, ECLI:EU:C:2005:32, apartado 54. Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales de consumo”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, pp. 1118-119; S. CÁMARA LAPUENTE, “El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 3, núm. 1, 2011, p. 113.

en su conjunto, para la que se celebró dicho contrato, este tenga un vínculo tan tenue con esa actividad profesional que resulte evidente que el referido contrato persigue esencialmente fines privados...”¹⁴.

10. En cambio, en el caso *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*, referido específicamente a los usuarios de redes sociales, el TJUE entendió que bastaba con que no se apreciase un uso “esencialmente” profesional, para mantener la condición de *consumidor*. Por ello, en virtud de este pronunciamiento, los sujetos cuyo uso profesional es superior a “insignificante” sin llegar a ser “esencialmente profesional”, también gozarían de protección como *consumidores*¹⁵.

Así, la doctrina sostiene que el TJUE realizó en el caso *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited* una “interpretación expansiva” del concepto de consumidor, puesto que en el caso de los usuarios de redes sociales¹⁶:

- adquiere relevancia la evolución que se aprecie en el uso de tales servicios, dado que se trata de servicios susceptibles de utilización durante un largo período de tiempo¹⁷, y
- la condición de *consumidor* se mantiene si un uso inicial “esencialmente no profesional”, no ha evolucionado hacia un uso posterior “esencialmente profesional”¹⁸.

11. Con base en los pronunciamientos mencionados, cabe apuntar que:

- si el contrato se celebra con una finalidad exclusivamente no profesional, se tiene la condición de “consumidor”,
- si el contrato se celebra con una finalidad exclusivamente profesional, no se tiene la condición de “consumidor”,
- si el contrato se celebra con una doble finalidad, siendo la finalidad profesional insignificante, se tiene la condición de “consumidor”,
- si el contrato se celebra para una doble finalidad, siendo la finalidad profesional superior a insignificante, la doctrina del TJUE en asuntos como el caso *Johann Gruber* y el caso *Anica Milivojević*, lleva a entender que no se tiene la condición de consumidor¹⁹. En cambio, el pronunciamiento del caso *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*, permitiría mantener la condición de consumidor, en la medida en que la finalidad no llegue a ser “esencialmente profesional”²⁰.

12. La inseguridad jurídica que rodea al empleo del concepto de “uso no profesional”, así como a otros conceptos que resultan determinantes para la aplicación de los foros de la Sección 4 del Capítulo II del Reglamento 1215/2012 hacen que, como apunta la doctrina, sea necesario que una futura reforma del Reglamento incorpore definiciones de los mismos²¹.

¹⁴ STJUE de 14 febrero 2019, asunto 630/17, *Anica Milivojević y Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen*, ECLI:EU:C:2019:123, apartados 93 y 94. Al respecto, vid. A. L. CALVO CARAVACA, “Consumer contracts in the European Court of Justice case law. Latest trends”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 12, núm. 1, 2020, p. 94.

¹⁵ C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “La noción de “consumidor” en internet: El asunto C-498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 11, núm. 1, marzo 2019, p. 718.

¹⁶ A. L. CALVO CARAVACA, “Consumer contracts in the European Court of Justice case law. Latest trends”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 12, núm. 1, 2020, p. 95; A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales de consumo”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, p. 1119.

¹⁷ STJUE de 25 enero 2018, asunto C-498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2018:37, apartado 37.

¹⁸ *Ibidem*, apartado 38.

¹⁹ STJCE de 20 enero 2005, asunto C-464/01, *Johann Gruber contra Bay Wa AG.*, ECLI:EU:C:2005:32, apartado 54; STJUE de 14 febrero 2019, asunto 630/17, *Anica Milivojević y Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen*, ECLI:EU:C:2019:123, apartados 93 y 94.

²⁰ STJUE de 25 enero 2018, asunto C-498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2018:37, apartados 37 y 38.

²¹ A. L. CALVO CARAVACA, “Consumer contracts in the European Court of Justice case law. Latest trends”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 12, núm. 1, 2020, p. 96.

B) Los diferentes “productos”

13. Según se ha indicado, el concepto de “consumidor” ha de ser interpretado “en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de éste”²².

Como las empresas cuyas Condiciones de Servicio están siendo objeto de análisis pueden ofrecer diferentes “productos”, cabe precisar si la condición de consumidor puede depender del tipo de “producto”²³.

14. En el caso *Schrems*, el sujeto domiciliado en Austria disponía de una *cuenta* y una *página* de Facebook. En sus observaciones escritas, Facebook puso de manifiesto que en sus Condiciones del año 2013 ya los usuarios estaban advertidos de lo siguiente: “no utilizarás tu biografía personal para tu propio beneficio comercial, sino que para ello te servirás de una página de Facebook”²⁴. En dicho caso, mientras que el demandante sostenía que existían dos contratos distintos -uno para la cuenta y otro para la página-, Facebook mantenía que existía una única relación contractual²⁵.

15. Para el TJUE, la circunstancia de que se trate dos contratos distintos o la de que exista una vinculación contractual entre cuenta y página, no permite prejuzgar la condición de consumidor²⁶. Así, el TJUE considera, como hemos indicado, que lo relevante es la mencionada evolución que se aprecie en el uso de tales servicios, de tal forma que el uso inicial “esencialmente no profesional”, no haya evolucionado hacia un uso posterior “esencialmente profesional”²⁷.

16. Como el TJUE entiende que son los tribunales nacionales los que han de determinar si existe uno o varios contratos, consideramos que los tribunales nacionales podrían tener en cuenta los siguientes elementos, a la hora de inclinar la balanza hacia un contrato único o bien hacia varios contratos:

- la existencia de diferentes Condiciones de Servicio para cada producto. En el caso de Facebook, parece que los usuarios que desean abrir una página, han de aceptar condiciones adicionales a las que aceptan cuando desean crear una cuenta²⁸,
- la definición que el profesional hace de cada producto. En el caso de Facebook, como hemos indicado, se advierte de que las cuentas han de ser usadas para fines privados, mientras que las páginas son las que pueden ser abiertas para fines empresariales, comerciales o profesionales²⁹.

17. Por ello, tanto la existencia de Condiciones de Servicio adicionales, como el concepto de cada producto que proporciona el profesional, pueden ser indicativos de que se trata de contratos diferentes. En casos como el mencionado, ello llevaría, en nuestra opinión, a considerar que estamos ante dos contratos diferentes.

²² STJUE de 25 enero 2018, asunto C-498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2018:37, apartado 29, que remite a la STJCE de 3 julio 1997, asunto C-269/95, *Francesco Benincasa contra Dentalkit Srl.*, ECLI:EU:C:1997:337, apartado 16; y a su Sentencia de 20 enero 2005, asunto C-464/01, *Johann Gruber contra Bay Wa AG.*, ECLI:EU:C:2005:32, apartado 36.

²³ Vid. CAG M. BOBEK de 14 noviembre 2017, en el asunto C-498/16, *Maximilian Schrems contra Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2017:863, apartado 54; en el que emplea el término “productos” para referirse a las *cuentas* y *páginas* de Facebook.

²⁴ *Ibidem*, apartado 53; en el que hace referencia a las observaciones escritas y al punto 4.4 de las Condiciones de uso del año 2013.

²⁵ STJUE de 25 enero 2018, asunto C-498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2018:37, apartado 35.

²⁶ *Ibidem*, apartado 36.

²⁷ *Ibidem*, apartados 37 y 38.

²⁸ A esta cuestión se hace alusión en las CAG M. BOBEK de 14 noviembre 2017, en el asunto C-498/16, *Maximilian Schrems contra Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2017:863, apartado 53.

²⁹ *Idem*.

18. Se trata, por lo tanto, de valorar conjuntamente las características del producto (para lo cual han de ser analizadas las Condiciones de Servicio del mismo), con el tipo de uso que hace cada concreto sujeto. Es decir:

- a) Si el usuario ha contratado un producto cuyas Condiciones de Servicio determinan que está destinado a un uso *privado* y, efectivamente, el uso que hace el sujeto se ajusta a tales Condiciones, ha de admitirse que estamos ante un consumidor.
- b) Si el usuario ha contratado un producto cuyas Condiciones de Servicio determinan que está destinado a un uso *privado* pero el usuario lo emplea con fines *empresariales, comerciales o profesionales*, no merecerá el beneficio que le supondría tener la condición de “consumidor”. Ahora bien, con la mencionada “interpretación expansiva” del concepto de consumidor del TJUE en el caso *Schrems*, los profesionales han de tener presente que únicamente perderían los usuarios la condición de consumidores si el uso fuera “esencialmente profesional”³⁰. Por ello, aun cuando las Condiciones de Servicio contemplen que el uso de un determinado producto ha de ser *privado*, en realidad, a los efectos del Reglamento 1215/2012, lo determinante sería, atendiendo al pronunciamiento del caso *Schrems*, que no se trate de un uso “esencialmente profesional”.
- c) Si el usuario ha contratado un producto cuyas Condiciones de Servicio determinan que está destinado a un uso *profesional*, consideramos que el sujeto no puede beneficiarse de la protección como consumidor, sea cual sea el uso que haga de tal producto.

C) El sitio y los sitios web

19. Un consumidor puede encontrarse con que el profesional con el que desea contratar cuenta con diferentes sitios web, con diferentes versiones lingüísticas. Por ello, cabe plantearse si, para un consumidor con domicilio en España, la protección de la Sección 4 del Capítulo segundo del Reglamento 1215/2012 se encuentra condicionada a haber contratado a través del sitio con nombre de dominio “.es”, es decir, si únicamente en tal caso existe una actividad dirigida a España.

20. En primer lugar, ha de tenerse presente que no es relevante el hecho de que el consumidor domiciliado en España pueda acceder a los sitios web del profesional de otras versiones lingüísticas. Al respecto, en primer lugar, cabe recordar que ya el TJUE descartó el “criterio de la accesibilidad” para determinar si existía una “actividad dirigida”, puesto que, si así fuera, el requisito que se habría exigido sería la simple existencia de página web, no que se apreciara tal dirección de la actividad³¹.

21. Además, cabe tener presente el *Reglamento (UE) 2018/302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2018, sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE*, que es precisamente aplicable a situaciones transfronterizas³².

³⁰ Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales de consumo”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, p. 1119.

³¹ Vid. STJUE de 7 diciembre 2010, asunto C-585/08, *Peter Pammer contra Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG* y asunto C-144/09, *Hotel Alpenhof GesmbH contra Oliver Heller*, ECLI:EU:C:2010:740, apartados 69, 71, 72 y 94 (apartado 71: “...si el legislador de la Unión lo hubiera querido así no habría impuesto como requisito de aplicación de las normas en materia de contratos celebrados por los consumidores la acción de «dirigir las actividades a un Estado miembro», sino la mera existencia de la página web”). Vid., entre otros, A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales de consumo”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, p. 1124; A. L. CALVO CARAVACA, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, CDT, vol. 1, núm. 2, 2009, pp. 99-100.

³² *DOUE* núm. L 60, de 2 marzo 2018, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2018/302/oj>. Vid. Considerando séptimo y art. 1.2 del Reglamento 2018/302. Vid. R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “Mercado único digital: medidas contra el bloqueo geográfico injustifi-

Con carácter general, en virtud del Reglamento, el profesional ha de permitir que los clientes puedan acceder y contratar a través de sus diferentes sitios web³³. En concreto, por lo que respecta al tema objeto de nuestro estudio, conforme a sus 3.1 y 3.2, los profesionales no pueden establecer, por cuestiones de nacionalidad o residencia, un bloqueo o límites a la hora de que los consumidores accedan a sus diferentes interfaces; como tampoco puede utilizar tales cuestiones para redirigir al consumidor a otra versión de la interfaz³⁴.

Así, por ejemplo, si un consumidor tiene la intención de comprar productos de ese profesional, productos a entregar en un lugar de un Estado miembro que consta como lugar de entrega en las Condiciones que ofrece el profesional –o se acuerda su recogida en un lugar contemplado en tales Condiciones–; entonces el profesional no puede aplicar condiciones distintas a ese consumidor por motivo de su nacionalidad o residencia³⁵. Si bien existen excepciones, la regla general es, por lo tanto, que un consumidor con domicilio en España, ha de poder acceder y adquirir productos o contratar servicios a través de los sitios web del profesional de otras versiones lingüísticas³⁶.

Por ello, en el art. 1.6 del Reglamento se aclara que, precisamente, por el cumplimiento de las disposiciones del mismo –es decir, por permitir el acceso y contratación por parte del consumidor a través de otras interfaces–, no cabe entender que existe una actividad dirigida por parte del profesional, ni en el sentido del art. 17.1.c) del Reglamento 1215/2012 ni del art. 6.1.b) del Reglamento Roma I. Ello quiere decir que, por sí solos, no permiten entender que existe una “actividad dirigida” los siguientes elementos –porque, precisamente, tales elementos concurren en cumplimiento del Reglamento 2018/302-³⁷:

- a) el poder acceder a las otras interfaces, sin ver limitado o bloqueado el acceso;
- b) no ser redirigido a otra interfaz,
- c) no existir condiciones de acceso diferentes para la venta de productos o prestación de servicios,
- d) la aceptación de instrumentos de pago emitidos en otro Estado miembro.

Así, como apunta la doctrina, será necesario acreditar por otras vías que existe una actividad dirigida³⁸.

22. Por ejemplo, para el tema objeto de nuestro estudio, podrían considerarse relevantes las contrataciones previas de consumidores domiciliados en España de productos o servicios con el profesional a través de tal interfaz³⁹. Además, ello podría ser relacionado con el “carácter internacional” de la actividad del profesional⁴⁰.

23. Otro elemento que cabría considerar relevante es que el profesional admita, por ejemplo en sus Condiciones, que el lugar del domicilio del consumidor es un válido lugar de entrega del producto que va a adquirir⁴¹. Así, existen interfaces en otros idiomas en los que al consumidor domiciliado en España se le informa de que será España el lugar de entrega.

cado, contratos de consumo concluidos por vía electrónica y normas de Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 11, núm. 2, 2019, pp. 121-123.

³³ Vid. arts. 3.1, 3.2 y 4.1. De nuevo, vid. R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “Mercado único digital: medidas contra el bloqueo geográfico injustificado, contratos de consumo concluidos por vía electrónica y normas de Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 11, núm. 2, 2019, pp. 122-128.

³⁴ *Ibidem*, pp. 123-124.

³⁵ *Ibidem*, pp. 124-128. Vid. art. 4.1 del Reglamento 2018/302.

³⁶ Vid., por ejemplo, las excepciones de los arts. 3.2, 3.3 y 4.2.

³⁷ Vid. art. 1.6 del Reglamento 2018/302. Vid. R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “Mercado único digital: medidas contra el bloqueo geográfico injustificado, contratos de consumo concluidos por vía electrónica y normas de Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 11, núm. 2, 2019, pp. 128-130.

³⁸ *Ibidem*, p. 131.

³⁹ *Ibidem*, p. 140.

⁴⁰ Vid. STJUE de 7 diciembre 2010, asunto C-585/08, *Peter Pammer contra Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG* y asunto C-144/09, *Hotel Alpenhof GesmbH contra Oliver Heller*, ECLI:EU:C:2010:740, apartado 83.

⁴¹ Vid. R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “Mercado único digital: medidas contra el bloqueo geográfico injustificado, contratos de

2. Las cláusulas relativas a competencia judicial internacional

A) La jerarquía de foros

24. Cuando el demandante es un “consumidor” conforme al art. 17 del Reglamento 1215/2012, el art. 18.1 del Reglamento hace alusión a dos foros: “La acción entablada por un consumidor contra la otra parte contratante podrá interponerse ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que esté domiciliada dicha parte o, con independencia del domicilio de la otra parte, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté domiciliado el consumidor”.

Tal como recordó el TJUE en su Sentencia de 3 abril 2019, los foros del Reglamento 1215/2012 no resultan de aplicación a contratos celebrados con consumidores en los que no exista un elemento extranjero⁴². Se trataba de un caso relativo a un contrato de compraventa entre una consumidora y una empresa, ambas con domicilio en Polonia, que surgió con motivo de la demanda interpuesta por el profesional contra la consumidora. El Derecho polaco determinaba que el profesional podía elegir, a la hora de demandar al consumidor, entre el tribunal de su domicilio y el tribunal del lugar de ejecución del contrato. En cambio, el art. 18.2 del Reglamento 1215/2012 establece que, en el caso de demandas contra el consumidor, éste ha de ser demandado ante los tribunales del Estado miembro de su propio domicilio.

Al tratarse de una situación interna, el TJUE indicó que: “Aunque el artículo 18, apartado 2, del Reglamento n.º 1215/2012, al que se refiere el tribunal remitente en este contexto, dispone que los órganos jurisdiccionales con competencia internacional para conocer de la acción interpuesta contra el consumidor por la otra parte en el contrato son los del Estado miembro del domicilio del consumidor, dicho precepto no resulta aplicable en un asunto como el principal, que se caracteriza por la inexistencia de indicios de una situación transfronteriza...”⁴³.

25. Atendiendo a la jerarquía de foros, el art. 18.1 del Reglamento 1215/2012 no resulta de aplicación en caso de sumisión tácita (art. 26) y, en defecto de ésta, si existe una cláusula de sumisión expresa que encaja en alguno de los supuestos de su art. 19.

26. Ya en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 mayo 2010, en el *caso Bilas*, relativo a una demanda de una aseguradora domiciliada en la República checa contra un tomador de un seguro domiciliado en Eslovaquia, el TJUE recordó que la sumisión tácita no puede operar si el demandado propone una excepción de incompetencia o si la materia sobre la que versa el fondo del asunto es una de las correspondientes a los *foros exclusivos* del Reglamento⁴⁴. Así, el TJUE determinó que la sumisión tácita era viable en el ámbito de la Sección 3 del Capítulo II del Reglamento (sección dedicada a los litigios en materia de seguros), al no tratarse de foros exclusivos⁴⁵.

Por el mismo motivo puede activarse el foro de la sumisión tácita en el ámbito de la Sección 4 del Capítulo II del Reglamento⁴⁶. Además, cabe tener presente que los litigios objeto de nuestro análisis

consumo concluidos por vía electrónica y normas de Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, vol. 11, núm. 2, 2019, p. 146. En la STJUE de 7 diciembre 2010, asunto C-585/08, *Peter Pammer contra Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG* y asunto C-144/09, *Hotel Alpenhof GesmbH contra Oliver Heller*, ECLI:EU:C:2010:740, apartado 83, se mencionaba como uno de los posibles indicios de “actividad dirigida”: “la descripción de itinerarios desde otro u otros Estados miembros al lugar de la prestación del servicio”. Por ello, cuando se trata de entregar productos, cabe considerar que un indicio es que el profesional ofrezca entregar el producto en el lugar del domicilio del consumidor.

⁴² STJUE de 3 abril 2019, asunto C-266/18, *Aqua Med sp. z o.o. e Irena Skóra*, ECLI:EU:C:2019:282. Este caso se aparta de los que estamos estudiando, no únicamente porque se trata de caso interno, sino también porque el consumidor es el demandado, no el demandante. Sin embargo, la respuesta del TJUE sí que es aplicable a todos los foros de la Sección 4 del Capítulo segundo del Reglamento 1215/2012.

⁴³ *Ibidem*, apartado 45; que se remite a la STJUE de 5 diciembre 2013, asunto C413/12, *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León/Anuntis Segundamano España, S.L.*, ECLI:EU:C:2013:800, apartados 46 y 47.

⁴⁴ STJUE de 20 mayo 2010, *Michal Bilas*, asunto C-111/09, ECLI:EU:C:2010:290, apartados 22 y 24.

⁴⁵ *Ibidem*, apartado 26.

⁴⁶ Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Notas breves sobre la Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 20 mayo 2010 (BILAS: asunto C-111/09): la sumisión tácita en los litigios internacionales de seguro, consumo y trabajo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, vol. 2, núm. 2, octubre 2010, pp. 238 y 240.

son litigios en los que el consumidor demanda al profesional. Por ello, si el profesional demandado contestase sin impugnar la competencia, únicamente entraría en escena el art. 26.1 del Reglamento 1215/2012, no el art. 26.2. Así, el art. 26.2, que hace preciso que el tribunal se asegure, antes de asumir la competencia, de que el demandado ha sido informado de su derecho a impugnarla y de las consecuencias de su comparecencia; no resultaría de aplicación, dado que el demandado no es el consumidor, sino el profesional.

27. Ahora bien, aunque la sumisión tácita pueda operar en el ámbito de la Sección 4 del Capítulo II del Reglamento 1215/2012, no será frecuente que el consumidor esté interesado en interponer la demanda ante un tribunal distinto del tribunal del lugar de su domicilio (art. 18.1) y que, además, se dé la circunstancia de que el profesional conteste a la demanda sin impugnar la competencia (art. 26.1).

28. En defecto de sumisión tácita, también cabe plantearse si los mencionados profesionales podrían incluir, en las Condiciones de Servicio, una sumisión expresa del art. 19 del Reglamento 1215/2012.

Cuando se trata de contratos celebrados con una parte débil (contratos celebrados por consumidores, contratos de seguro y contratos de trabajo), el Reglamento 1215/2012 establece límites a la sumisión expresa⁴⁷. Por ello, la sumisión expresa de los contratos de la Sección 4 del Capítulo II del Reglamento 1215/2012 únicamente resulta válida si encaja en uno de los tres supuestos siguientes:

- a) Sumisión expresa posterior al nacimiento del litigio,
- b) sumisión expresa que permite al consumidor formular demandas ante tribunales distintos de los contemplados en la Sección 4, o bien
- c) sumisión expresa a los tribunales del Estado miembro del domicilio o residencia habitual común del consumidor y del profesional.

29. Con respecto a la sumisión expresa *posterior* al nacimiento del litigio, cabe tener presente que el consumidor que suscriba entonces un acuerdo de sometimiento a unos determinados tribunales, quedará vinculado por dicho acuerdo. Ello se debe a que se entiende que, como el pacto de sumisión expresa tiene lugar cuando ya ha surgido la controversia, el consumidor es consciente de los riesgos derivados del acuerdo⁴⁸.

30. Por lo que se refiere al segundo supuesto, el profesional podría incluir en las Condiciones una cláusula que permita al consumidor plantear la demanda ante tribunales distintos de los indicados en la Sección 4 (es decir, se trata de una sumisión expresa que se activa cuando el consumidor es el demandante y, cumulativamente, cuando es él quien decide activarla). Como en el art. 18.1 del Reglamento ya se contempla el foro del Estado miembro del domicilio del profesional y el foro del lugar del domicilio del consumidor, no será frecuente la inclusión de una cláusula de sumisión expresa como ésta.

31. El tercer supuesto se refiere a un caso muy concreto, dado que el consumidor y el profesional han de tener su domicilio o residencia habitual en el mismo Estado miembro (entendiendo que el momento en que ha de ser valorado el domicilio o residencia habitual ha de ser el momento de celebración del contrato, y que dicho pacto no ha de estar prohibido por la Ley de tal Estado miembro). Como se verá, los profesionales cuyas Condiciones de Servicio son objeto de estudio en este trabajo, suelen contemplar cláusulas con referencias genéricas a los consumidores residentes en los Estados miembros, de tal forma que no contemplan previsiones diferentes para los consumidores que, en concreto, residen en el mismo Estado miembro que el profesional.

⁴⁷ Vid. Considerando décimo noveno del Reglamento 1215/2012.

⁴⁸ H. HEISS, "Article 15", en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels Ibis Regulation*, Köln, Otto Schmidt, 2016, p. 432.

B) Condiciones de Servicio y tribunales competentes

32. A continuación, procede analizar si las cláusulas de las empresas objeto de nuestro estudio se ajustan a lo dispuesto en la Sección 4 del Capítulo II del Reglamento 1215/2012 y, en particular, en el art. 18.1.

a) Gmail

33. En las Condiciones de Servicio de Google para su correo electrónico *Gmail*, se indica: “Solucionar disputas, legislación aplicable y tribunales. (...) Si eres residente de un país del Espacio Económico Europeo (EEE) o de Suiza, o una organización con sede en alguno de estos países, los presentes términos y la relación que estableces con Google en virtud de ellos y de los términos adicionales específicos de los servicios se regirán por la legislación de tu país de residencia, y podrás iniciar disputas legales ante los tribunales de dicho país.

Si eres un consumidor y vives en el EEE, puedes iniciar disputas relacionadas con compras online utilizando la plataforma de Resolución de litigios en línea de la Comisión Europea, que aceptaremos si la ley lo requiere”⁴⁹.

En el apartado “Definiciones” de tales Condiciones de Servicio, se indica que un consumidor es un “Individuo que utiliza los servicios de Google para fines personales, no comerciales y no relacionados con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión. Esto incluye la definición de “consumidores” que incorpora el artículo 2.1 de la Directiva de la UE sobre los derechos de los consumidores”.

34. Cabe hacer las siguientes observaciones:

- a) En esta cláusula parece tratar de contemplarse el foro del art. 18.1 del Reglamento 1215/2012, que permite que los consumidores domiciliados en algún Estado miembro de la Unión Europea, interpongan sus demandas ante los tribunales de su domicilio. Si bien en la cláusula se emplea el término “residente”, en el Reglamento se utiliza el concepto de “domicilio”. Por ello, si la demanda se interpone en el ámbito del Reglamento 1215/2012, será preciso comprobar si el consumidor tiene su “domicilio” en un Estado miembro de la Unión Europea, para lo cual, en virtud del art. 62, es preciso consultar la Ley interna del Estado miembro del foro y, en defecto de domicilio en dicho Estado miembro, la Ley del otro Estado miembro en el que se considere que puede estar domiciliado el consumidor⁵⁰.

⁴⁹ Fecha de entrada en vigor: 31 de marzo 2020, condiciones de servicio disponibles en <https://policies.google.com/terms?hl=es> (fecha de consulta: 25 de mayo 2020). Además, en el apartado “Sobre estos términos”, se indica que “La ley te otorga determinados derechos que no se pueden limitar mediante un contrato como los presentes términos del servicio. El objetivo de los presentes términos no es en ningún caso el de restringir estos derechos”.

⁵⁰ En el caso de los consumidores que interpongan una demanda ante un tribunal español, como sabemos, sí que el domicilio en España equivale a la residencia habitual en este país (vid. art. 40 C.C. y A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Competencia judicial internacional y Derecho de los negocios internacionales. El Reglamento 1215/2012 “Bruselas I-bis” de 12 diciembre 2012”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, p. 789).

Nos centramos en este estudio en el análisis de las cláusulas en el ámbito del Reglamento 1215/2012. No obstante, si la reclamación versase sobre el tratamiento de datos personales, también cabría emplear los foros del *Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)*, DOUE núm. L 119, de 4 mayo 2016, pp. 1-88, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>. Al respecto, vid. el art. 67 del Reglamento 1215/2012 y el Considerando 147 del Reglamento 2016/679. Entre otros, vid. C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “La noción de “consumidor” en internet: El asunto C-498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 11, núm. 1, marzo 2019, pp. 713-714 (en nota 16); J. J. GONZALO DOMENECH, “Schrems contra Facebook: el concepto de «consumidor» en las relaciones contractuales con las redes sociales y la futura compatibilidad con el RGPD a raíz de la STJUE de 25 de enero de 2018”, *Diario La Ley*, núm. 9157, 13 de marzo 2018, p. 4, en <http://diariolaley.laley.es>; F. MARONGIU BUONAIUTI, “La disciplina della giurisdizione nel Regolamento (UE) N. 2016/679 concernente il trattamento dei dati personali e il suo coordinamento con la disciplina contenuta nel

- b) Cabe apuntar también que, aunque la cláusula se refiere a los tribunales del *país* de residencia del consumidor, lo cual daría a entender que se trata de un foro que determina únicamente la competencia judicial internacional, el foro del art. 18.1 del Reglamento 1215/2012 es un foro que concreta también la competencia territorial, siendo competentes, en realidad, los tribunales del *lugar* en el que se encuentre domiciliado el consumidor (siempre que dicho lugar se encuentre en un Estado miembro)⁵¹.
- c) El art. 18.1 del Reglamento 1215/2012 también contempla la posibilidad de interponer la demanda ante los tribunales del Estado miembro del domicilio del demandado. En el poco probable caso de que el consumidor prefiera interponer la demanda ante los tribunales del Estado miembro del domicilio del profesional -en lugar de los tribunales del lugar de su domicilio-, cabe plantearse si, aunque la cláusula no lo contempla, cabe acudir a aquel foro.

35. En las Condiciones de Servicio se indica que “En el Espacio Económico Europeo (EEE) y en Suiza, los servicios de Google los proporciona y se contratan con: Google Ireland Limited. Empresa establecida y que opera bajo las leyes de Irlanda...”⁵².

Como hemos indicado, en el ámbito de la Sección 4 del Capítulo II del Reglamento 1215/2012, los foros del art. 18.1 únicamente podrían verse desactivados por una sumisión tácita del art. 26 y, en su defecto, por una sumisión expresa del art. 19. Al respecto, cabe recordar que:

- una sumisión tácita es poco probable,
- también es poco probable una cláusula de sumisión expresa posterior al nacimiento del litigio, y
- en las Condiciones de Servicio no consta una sumisión expresa (además, si constase, tendría que ampliar los foros en favor del consumidor –no reducirlos-, o bien afectaría a un consumidor con el mismo domicilio o residencia habitual que Google Ireland Limited).

Por todo ello, cabe afirmar que, si un consumidor prefiriera litigar ante los tribunales irlandeses (tribunal del Estado miembro del domicilio de Google Ireland Limited), podría hacerlo, conforme al art. 18.1 del Reglamento 1215/2012.

36. En conclusión, un consumidor domiciliado en España puede interponer una demanda contra Google por el servicio de correo electrónico de Gmail:

- a) ante los tribunales irlandeses (Estado miembro del domicilio de Google Ireland Limited), o bien
- b) ante los tribunales del lugar del Estado miembro en el que se encuentre domiciliado el consumidor.

37. Para terminar, cabe apuntar que, en la cláusula que hemos analizado, Google no hace alusión únicamente a los *consumidores* que residen habitualmente en un Estado miembro de la Unión Europea, sino también a las organizaciones con sede en alguno de tales países. Dichas “organizaciones” son defi-

Reglamento “Bruxelles I-bis”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*. CDT, vol. 9, núm. 2, 2017, pp. 448-464; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Demandas frente a redes sociales por daños en materia de datos personales: precisiones sobre competencia judicial”, *La Ley Unión Europea*, núm. 56, 28 de febrero 2018, p. 4, en <http://diariolaley.laley.es>.

⁵¹ Todo ello, de nuevo, si se trata de una demanda en el ámbito del Reglamento 1215/2012. Cabe tener presente que el foro del lugar del domicilio del consumidor es un foro especial. Por ello, si el domicilio del consumidor se encontrase en el mismo Estado miembro que el domicilio del profesional, entonces se activaría el foro del Estado miembro del domicilio del profesional, que determina únicamente la competencia judicial internacional (vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Competencia judicial internacional y Derecho de los negocios internacionales. El Reglamento 1215/2012 “Bruselas I-bis” de 12 diciembre 2012”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, pp. 793-794).

⁵² Apartado “Proveedor de servicios”. Condiciones de servicio disponibles en <https://policies.google.com/terms?hl=es>, fecha de entrada en vigor: 31 de marzo 2020 (fecha de consulta: 25 de mayo 2020).

nidas en las Condiciones como “Una entidad legal (como una empresa, una organización sin ánimo de lucro o un centro educativo), y no un individuo”⁵³.

b) Dropbox

38. En las Condiciones de Servicio de Dropbox se indica, con respecto a las reclamaciones que se interpongan ante los tribunales: “Ambas partes, tú y Dropbox, acuerdan que cualquier proceso judicial iniciado para resolver demandas relativas a las Condiciones del servicio se presentará en los juzgados federales o estatales del Condado de San Francisco, California, sujeto a las siguientes disposiciones obligatorias de arbitraje. Ambas partes aceptan la jurisdicción personal y de ubicación en tales juzgados. Si resides en un país (por ejemplo, un Estado miembro de la Unión Europea) con leyes que ofrecen a los consumidores el derecho a resolver las disputas en sus tribunales locales, este párrafo no afecta a dichos requisitos”⁵⁴.

39. Cabe hacer las siguientes observaciones:

- a) Al igual que en el caso anteriormente analizado, se hace alusión a la residencia en lugar del domicilio. Por ello, en este punto, damos por reproducidas las anteriores consideraciones.
- b) El término “tribunales locales” se refiere, en lo que respecta a los consumidores domiciliados en Estados miembros de la Unión Europea, a los tribunales del concreto lugar del domicilio del consumidor (competencia judicial internacional y territorial).
- c) Según consta en las Condiciones de Servicio, “Si resides fuera de los Estados Unidos de América, Canadá y México (...), tu acuerdo se celebra con Dropbox International Unlimited Company. Si resides en Norteamérica, se celebra con Dropbox, Inc. (...)”⁵⁵. Como Dropbox International Unlimited Company se encuentra domiciliada en Irlanda, el consumidor podría decidir activar el foro del Estado miembro del domicilio del profesional, en lugar de litigar ante los tribunales del lugar del Estado miembro de su propio domicilio (art. 18.1 Reglamento 1215/2012).

40. En conclusión, un consumidor domiciliado en España puede interponer una demanda contra Dropbox ante los tribunales irlandeses o ante los tribunales del lugar en el que se encuentre domiciliado el consumidor.

41. Cabe destacar que las Condiciones de Servicio a las que nos hemos referido son, en concreto, las relativas al producto Dropbox. Como hemos expuesto con anterioridad, cabe hacer referencia a la diferencia entre “productos”.

42. Por ejemplo, cabe consultar las Condiciones de Servicio de otro producto, denominado Dropbox Business, que constan en el denominado “Acuerdo de Dropbox Business”⁵⁶. En el apartado “Disputas”, tras un primera “resolución informal”, se encuentra previsto, con carácter general, el sometimiento de las partes a un arbitraje administrado por la American Arbitration Association, que tendrá lugar en San Francisco (California, EE.UU.), u otra ubicación acordada por escrito por ambas partes.

Para el concreto caso relativo al abuso o uso no autorizado de los Servicios del profesional, así como en caso de vulneración de Derechos de propiedad intelectual, se contempla una sumisión expresa

⁵³ Condiciones de servicio disponibles en <https://policies.google.com/terms?hl=es>, fecha de entrada en vigor: 31 de marzo 2020 (fecha de consulta: 25 de mayo 2020).

⁵⁴ Fecha de entrada en vigor: 24 septiembre 2019, disponibles en <https://www.dropbox.com/privacy#terms> (fecha de consulta: 25 de mayo 2020). Cabe tener presente que en las Condiciones se advierte de que la traducción al español se hace solamente a efectos informativos, de tal forma que, en caso de discrepancia, ha de darse prevalencia a la versión en lengua inglesa.

⁵⁵ En cambio, Dropbox, Inc. se encuentra domiciliada en EE.UU.

⁵⁶ Vid. https://www.dropbox.com/business_agreement (fecha de consulta: 25 de mayo 2020).

a los tribunales federales o estatales de San Francisco (California). En este último caso, si un cliente desea interponer una demanda contra el profesional, demanda relativa al producto Dropbox Business, ha de ser consciente de que existe una cláusula de sumisión expresa a los tribunales de un tercer Estado⁵⁷.

El cliente de Dropbox Business no encaja en el concepto de “consumidor”, dado que el producto contratado está destinado a profesionales. Por ello, dicho cliente no resultará protegido por el foro del lugar del Estado miembro de su domicilio, puesto que, aunque el cliente se encuentre domiciliado en un Estado miembro, no es un consumidor conforme a la Sección 4 del Capítulo II del Reglamento 1215/2012⁵⁸.

c) Facebook

43. Las Condiciones de Servicio para las *cuentas* de Facebook determinan lo siguiente⁵⁹: “...Si eres consumidor y tu residencia habitual se encuentra en un estado miembro de la Unión Europea, las leyes de dicho país se aplicarán a cualquier reclamación, causa o disputa que inicies contra nosotros y que surja como consecuencia de estas Condiciones o los Productos de Facebook, o en relación con ellos (“reclamación”). Asimismo, puedes resolver la reclamación en cualquier tribunal competente del país que tenga jurisdicción. En todos los demás casos, aceptas que la reclamación debe resolverse en un tribunal competente en la República de Irlanda y que las leyes de dicho país regirán estas Condiciones y cualquier reclamación (independientemente de las disposiciones relativas a conflictos de derecho).”⁶⁰. Al respecto, cabe observar lo siguiente:

- a) La cláusula advierte al consumidor de que, si reside habitualmente en la Unión Europea, puede acudir a “cualquier tribunal competente del país que tenga jurisdicción”, si bien no le indica cuál es dicho tribunal.
- b) Como la cláusula se refiere a “cualquier tribunal competente del país que tenga jurisdicción”, cabe plantearse si proporciona una adecuada información al consumidor.

44. La previsión sobre la Ley aplicable, como se verá, sí concreta la Ley que resulta de aplicación (“Si eres consumidor y tu residencia habitual se encuentra en un estado miembro de la Unión Europea, las leyes de dicho país se aplicarán a cualquier reclamación, causa o disputa que inicies contra nosotros y que surja como consecuencia de estas Condiciones o los Productos de Facebook, o en relación con ellos (“reclamación”)”).

45. En el caso de la competencia judicial internacional, al indicar que cabe litigar ante “cualquier tribunal competente del país que tenga jurisdicción”, parece que no se proporciona información al consumidor sobre dónde ha de interponer su demanda. Por ello, en realidad, parece que es el inciso “Si eres consumidor y tu residencia habitual se encuentra en un estado miembro de la Unión Europea...” el que resulta de utilidad al consumidor. Dicho inciso le advierte de que, en caso de que desee interponer una demanda, su condición de *consumidor residente habitual en la Unión Europea* determina un régimen de competencia judicial distinto -si bien no le indica cuál- del régimen contenido en la siguiente parte de la cláusula: “En todos los demás casos, aceptas que la reclamación debe resolverse en un tribunal compe-

⁵⁷ Salvo en el caso de que contemple condiciones diferentes el Acuerdo suscrito con el concreto cliente, tal como se advierte en https://www.dropbox.com/business_agreement (fecha de consulta: 25 de mayo 2020).

⁵⁸ Además, no solo no sería aplicable la Sección 4 del Capítulo II del Reglamento 1215/2012 sino que, dado que se trataría de una demanda del cliente contra un profesional domiciliado en un tercer Estado - Dropbox, Inc.-, únicamente sería aplicable el Reglamento 1215/2012 en el improbable caso de una sumisión tácita a los tribunales de un Estado miembro (art. 26.1).

⁵⁹ En las Condiciones de servicio se indica que “Facebook Ireland Limited es quien te proporciona estos Productos”. Fecha de la última revisión: 31 de julio 2019, disponibles en <https://es-es.facebook.com/legal/terms> (fecha de consulta: 25 de mayo 2020).

⁶⁰ Fecha de la última revisión: 31 de julio 2019, disponibles en <https://es-es.facebook.com/legal/terms> (fecha de consulta: 25 de mayo 2020).

tente en la República de Irlanda...”. Es decir, con la cláusula sobre competencia judicial internacional de Facebook, el consumidor residente habitual en la Unión Europea sabe que no está obligado a litigar ante los tribunales de Irlanda, pero parece que la cláusula no le indica qué opciones tiene⁶¹.

No obstante, cabe hacer referencia a la cláusula equivalente en lengua inglesa, que establece lo siguiente: “If you are a consumer and habitually reside in a Member State of the European Union, the laws of that Member State will apply to any claim, cause of action, or dispute you have against us that arises out of or relates to these Terms or the Facebook Products ("claim"), and you may resolve your claim in any competent court in that Member State that has jurisdiction over the claim”. La cláusula en lengua inglesa parece referirse a que el consumidor puede litigar ante cualquier tribunal del Estado miembro de su residencia habitual, que resulte competente.

46. Por ello, efectivamente, cuando la cláusula en lengua española alude a “cualquier tribunal competente del país que tenga jurisdicción”, intenta referirse a *ese* Estado miembro en el que el consumidor tiene su residencia habitual⁶². Ahora bien, sería más adecuado que, en lugar de emplear la expresión “Asimismo, puedes resolver la reclamación en cualquier tribunal competente del país que tenga jurisdicción”, se hubiera indicado, expresamente: “Asimismo, si eres un consumidor con domicilio en un Estado miembro, puedes resolver la reclamación ante el tribunal del lugar de tu domicilio”.

47. En conclusión, un consumidor domiciliado en España puede interponer una demanda contra Facebook Ireland ante los tribunales del lugar en el que se encuentre domiciliado el consumidor o ante los tribunales irlandeses.

d) Amazon

48. En las Condiciones de Servicio, el consumidor que adquiere productos a través de Amazon cuenta con la siguiente cláusula, si desea acudir a los tribunales: “...Ambas partes acordamos someternos a la jurisdicción no exclusiva de los tribunales de distrito de la ciudad de Luxemburgo, lo que significa que podrás reclamar tus derechos como consumidor en relación con las presentes Condiciones de Uso tanto en Luxemburgo como en tu Estado Miembro de residencia en la Unión Europea (...)”⁶³. Las observaciones que cabe realizar son las siguientes:

- a) La cláusula le recuerda al consumidor la posibilidad de litigar ante los tribunales de Luxemburgo, que es donde está domiciliado el profesional⁶⁴. Como Amazon tiene su domicilio en un Estado miembro de la Unión Europea, el consumidor puede decidir acudir, en virtud del art. 18.1 del Reglamento 1215/2012, a los tribunales del Estado miembro del domicilio del profesional. Aunque en la cláusula se hace referencia a los “tribunales de distrito de la ciudad de Luxemburgo”, conforme al art. 18.1 del Reglamento 1215/2012 únicamente se determina la competencia judicial internacional.
- b) En la cláusula se informa al consumidor de que se trata de una “jurisdicción no exclusiva”, dado que no puede privarse al consumidor de la posibilidad de litigar ante los tribunales del

⁶¹ Más adelante, cuando se analicen las cláusulas de Ley aplicable, se reflexionará sobre las cláusulas abusivas por carecer de claridad.

⁶² Fecha de la última revisión: 31 de julio 2019, disponibles en <https://www.facebook.com/legal/terms> (fecha de consulta: 25 de mayo 2020).

⁶³ Última actualización: 5 de julio 2019, disponibles en https://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html?ie=UTF8&nodeId=201909000&ref_=footer_cou (fecha de consulta: 25 de mayo 2020). A continuación, se indica que “La Comisión Europea ofrece una plataforma para la resolución alternativa de conflictos, a la cual puedes acceder aquí: <https://ec.europa.eu/consumers/odr/>. Si quieres comunicarnos cualquier asunto, por favor, contáctanos.”

⁶⁴ Con respecto a los datos del profesional, consta que Amazon EU SARL está domiciliada en Luxemburgo y que existe una sucursal en España: Amazon EU SARL, sucursal en España, situada en Madrid (vid. https://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html?ie=UTF8&nodeId=201909000&ref_=footer_cou, última actualización: 5 de julio 2019 (fecha de consulta: 25 de mayo 2020).

lugar de su domicilio. Con respecto a “tu Estado Miembro de residencia en la Unión Europea”, recordamos, de nuevo, que se trata del tribunal del concreto lugar del domicilio del consumidor (art. 18.1 Reglamento 1215/2012).

49. En conclusión, un consumidor domiciliado en España (siendo equivalente el domicilio en España a la residencia habitual) puede interponer una demanda contra Amazon ante los tribunales del lugar en el que se encuentre domiciliado el consumidor o ante los tribunales de Luxemburgo.

50. Ahora bien, las Condiciones de Servicio indicadas corresponden al sitio web <https://www.amazon.es/>, partiendo del presupuesto de que un consumidor con domicilio en España ha contratado con Amazon a través de tal sitio web. Por ello, cabe plantear un segundo escenario, que sería el de un consumidor domiciliado en España que contrata con Amazon a través de otro de sus sitios web, por ejemplo, <https://www.amazon.it/>.

Tal como se ha expuesto con anterioridad, el hecho de que los consumidores con domicilio en España puedan acceder al sitio web de Amazon en lengua italiana no permite justificar que exista una actividad dirigida a España⁶⁵.

En cambio, si se combinan ciertos elementos, como las contrataciones previas de consumidores domiciliados en España a través de <https://www.amazon.it/>, el carácter internacional de la actividad de Amazon y que al consumidor se le indica en el sitio web que el lugar de entrega será España⁶⁶; se podría justificar que también desde <https://www.amazon.it/> se dirige la actividad a España⁶⁷.

III. Ley aplicable

51. Para determinar la Ley aplicable a las demandas que el consumidor interpone contra el profesional, cabe aplicar el Reglamento Roma I, dado que se trata de litigios relativos a obligaciones civiles o mercantiles internacionales (art. 1, no contemplados en las exclusiones del art. 1.2); siempre que se interponga la demanda ante los tribunales de un Estado miembro del Reglamento, y en la medida en que se trate de un contrato celebrado a partir del 17 de diciembre de 2009 (art. 28). El carácter *erga omnes* del Reglamento provoca que carezcan de relevancia las circunstancias personales del consumidor y del profesional.

1. Los contratos del art. 6 del Reglamento Roma I

52. Al igual que en el Reglamento 1215/2012 existe una Sección específica dedicada a los contratos celebrados con consumidores, el art. 6 del Reglamento Roma I también establece reglas específicas para determinar la Ley aplicable a estos contratos. Los requisitos para que la Ley aplicable sea determinada en virtud del art. 6 del Reglamento Roma I son los siguientes:

- a) El contrato (de nuevo, ya sea para adquirir un producto, disfrutar de servicios en una nube, de una cuenta de correo electrónico, etc.) ha de ser celebrado por una persona física (*consumidor*) para un uso “que pueda considerarse” ajeno a sus actividades comerciales o profesionales.
- b) El otro contratante (*profesional*) ha de actuar en el marco de las actividades comerciales o profesionales que ejerce.
- c) El otro contratante (*profesional*) ha de ejercer tales actividades en el país de residencia habitual del consumidor o dirigir tales actividades a dicho país. Como se ha adelantado, también

⁶⁵ Vid. § 19 a 23 del presente trabajo.

⁶⁶ Al respecto, vid. <https://www.amazon.it/>.

⁶⁷ Vid. § 19 a 23 del presente trabajo.

en el ámbito de la Ley aplicable existen previsiones en los cuatro casos objeto de estudio para el caso de los consumidores residentes en los Estados miembros de la Unión Europea⁶⁸.

d) El contrato ha de estar incluido en el ámbito de las actividades del profesional.

53. Cabe tener presente que existe una serie de supuestos no cubiertos por el art. 6. Por un lado, se encuentran unas excepciones en el art. 6.4, entre las que cabe destacar especialmente tres, dado que se trata de contratos que son celebrados con cierta frecuencia por consumidores que pueden verse sorprendidos al carecer de la protección que brinda el art. 6. La cuarta excepción a la que se hará referencia, se encuentra prevista en el art. 6.1:

- a) Si el consumidor contrata un servicio y éste ha de ser prestado fuera de su país de residencia habitual, dicho contrato no se rige por el art. 6. La exclusión se refiere a servicios que han de ser prestados “exclusivamente” fuera del país de residencia habitual.
- b) Si el consumidor contrata un transporte, tampoco resulta cubierto por el art. 6⁶⁹. En el ámbito del Reglamento Roma I, los contratos de transporte se rigen por el art. 5.
- c) Si el consumidor contrata un arrendamiento de un bien inmueble, dicho contrato no se rige por el art. 6⁷⁰.
- d) Si el consumidor contrata un seguro, ha de tenerse presente que gran parte de los contratos de seguro no resultan cubiertos por el art. 6, sino por el art. 7. Así, el art. 6.1 comienza indicando “Sin perjuicio de los artículos 5 y 7, el contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional («el consumidor»)...” Al respecto, consideramos, tal como apunta un sector de la doctrina, que cabe establecer diferencias en función de dónde se encuentre localizado el riesgo: si el seguro resulta enmarcable en el régimen del art. 7, prevalecerá dicho régimen sobre el del art. 6; si el seguro está excluido del art. 7 pero reúne los requisitos del art. 6, éste debe aplicarse y no el régimen general de los arts. 3 y 4⁷¹. Para determinar dónde se encuentra localizado el riesgo, es pre-

⁶⁸ C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “La noción de “consumidor” en internet: El asunto C-498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 11, núm. 1, marzo 2019, p. 720.

⁶⁹ Salvo en el caso de los transportes cubiertos por la *Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, por la que se modifican el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo*, DOUE núm. L 326, de 11 diciembre 2015, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2015/2302/oj>

⁷⁰ Salvo en el caso de la *Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio*, DOUE núm. L 33, de 3 febrero 2009, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2008/122/oj>

⁷¹ Vid., entre otros, N. ANDRADE PISSARRA, “Breves considerações sobre a lei aplicável ao contrato de seguro”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 3, núm. 2, octubre 2011, p. 49; P. BLANCO-MORALES LIMONES, “Contratos de seguro y reaseguro”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 14ª ed., Granada, Comares, 2013-2014, p. 858; S. FRANÇO, “Le règlement “Rome I” sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Journal de Droit International*, núm. 1, 2009, p. 60; C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Los litigios en materia de seguros en la Unión Europea*, Granada, Comares, 2014, pp. 204-207; V. FUENTES CAMACHO, “Los contratos internacionales de seguro antes y a partir del Reglamento Roma I”, *Revista Española de Seguros*, núm. 140, 2009, p. 632; F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento “Roma I” sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *La Ley*, 30 de mayo 2008, p. 8; H. HEISS, “Insurance Contracts in Rome I: Another Recent Failure of the European Legislature”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 10, 2008, p. 279; J.L. IRIARTE ÁNGEL, “La acción directa del perjudicado en el Reglamento (CE) 44/2001. Precisiones jurisprudenciales”, en J. FORNER DELAYGUA / C. GONZÁLEZ BEILFUS / R. VIÑAS FARRÉ (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 564; P. LAGARDE / A. TENENBAUM, “De la convention de Rome au règlement Rome I”, *RCDIP*, núm. 4, octubre-diciembre 2008, p. 776; R. PLENDER / M. WILDERSPIN, *The European Private International Law of Obligations*, 3ª ed. Londres, Thomson Reuters, 2009, p. 288. Otro sector doctrinal sostiene que los contratos de seguro han de regirse por el art. 7 –si cumplen los requisitos de dicho precepto– y, en caso contrario, por el régimen general de los arts. 3 y 4 (vid. Considerando trigésimo segundo del Reglamento 1215/2012 y vid. L. DE LIMA PINHEIRO, “O Novo Regulamento Comunitário Sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais”, en *Estudos de Direito Internacional Privado*, vol. II, Almedina, 2009, p. 453; L. DE LIMA PINHEIRO, “Sobre a lei aplicável ao contrato de seguro perante o Regulamento Roma I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional.CDT*, vol. 4, núm. 2, 2012, pp. 209-210).

ciso acudir al art. 13 de la *Directiva 2009/138/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II)*⁷².

2. La elección de Ley en los contratos de consumo

54. El art. 6.2 del Reglamento Roma I permite que se incluyan cláusulas de elección de Ley aplicable en los contratos de consumo. Dicha elección ha de cumplir los requisitos del art. 3. En virtud del art. 2 del Reglamento, al ser de “aplicación universal”, dicha Ley puede ser tanto de un Estado miembro como de un tercer Estado. Por ello, en las Condiciones de servicio pueden existir cláusulas de elección de Ley aplicable al contrato y, en concreto, dichas cláusulas podrían hacer aplicable, por ejemplo, la Ley del país de residencia habitual del profesional.

55. Ahora bien, si dicha elección es válida conforme al art. 3, ello no significa que el contrato se rija en su totalidad por dicha legislación. El art. 6.2 del Reglamento Roma I establece que la elección de Ley no puede impedir la protección del consumidor, conforme a las disposiciones imperativas de la Ley que sería aplicable en defecto de elección. La Ley que sería aplicable en defecto de elección es la Ley del país de residencia habitual del consumidor, en virtud del art. 6.1. Por ello, los aspectos que conforme a la Ley del país de residencia habitual del consumidor se rijan por normas imperativas, quedarán sujetos a la Ley del país de su residencia habitual; mientras que el resto se regirá por el Derecho al que remite la cláusula de elección de Ley de las Condiciones de Servicio.

A) Cláusulas abusivas de elección de Ley

56. Cabe plantearse entonces cómo ha de ser redactada la cláusula de elección de Ley aplicable, cuestión sobre la que se pronunció el TJUE en el asunto *Verein für Konsumenteninformation y Amazon EU Sàrl*⁷³. El litigio surgió con motivo de una acción de cesación ejercitada por *Verein für Konsumenteninformation* (VKI), en su condición de Asociación para la información de los consumidores⁷⁴.

57. Una de las cuestiones planteadas al TJUE consistía en determinar si resultaba abusiva, conforme al art. 3.1 de la *Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, una cláusula empleada por Amazon en sus Condiciones hasta mediados de 2012⁷⁵. La cláusula determinaba que “12. Será de aplicación el Derecho de Luxemburgo, con exclusión de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (CVIM)”⁷⁶. Por lo tanto, se trataba de una cláusula en la que el profesional establecía que resultaba aplicable su propia legislación⁷⁷.

⁷² DOUE núm. L 335, de 17 diciembre 2009, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2009/138/oj>

⁷³ STJUE de 25 julio 2016, asunto C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation y Amazon EU Sàrl*, ECLI:EU:C:2016:612. Vid. J. RUTGERS, “Court of Justice of the European Union 28 July 2016, Case C-191/15, Verein für Konsumenteninformation v. Amazon EU Sa’rl. ECLI:EU:C:2016:612”, *Neth Int Law Rev*, vol. 64, núm. 1, 2017, pp. 163-175; M. ZUPAN, “Cross-border Consumer Disputes in Line with CJEU Ruling in Verein für Konsumenteninformation v Amazon EU SÀRL”, 22nd International Scientific Conference on Economic and Social Development – “Legal Challenges of Modern World”, 2017, pp. 96-106.

⁷⁴ Los consumidores con residencia habitual en Austria contrataban con Amazon –que no disponía en Austria de domicilio ni establecimiento–, a través de un sitio de Internet cuyo nombre de dominio tenía la extensión “.de” (STJUE de 25 julio 2016, asunto C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation y Amazon EU Sàrl*, ECLI:EU:C:2016:612, apartado 29).

⁷⁵ STJUE de 25 julio 2016, asunto C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation y Amazon EU Sàrl*, ECLI:EU:C:2016:612, apartado 30. Con respecto a la Directiva 93/13, vid. DOUE núm. L 95, de 21 abril 1993, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/1993/13/oj>.

⁷⁶ STJUE de 25 julio 2016, asunto C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation y Amazon EU Sàrl*, ECLI:EU:C:2016:612, apartado 30.

⁷⁷ *Ibidem*, apartado 61.

Por su parte, el art. 3.1 de la Directiva 93/13 establece que “Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”.

58. Del razonamiento llevado a cabo por el TJUE cabe destacar los siguientes elementos, en el siguiente orden:

a) Una primera cuestión que era preciso aclarar, consistía en determinar conforme a qué Ley debía llevarse a cabo el análisis de la cláusula en cuestión.

Como el caso se suscitó con motivo de una acción de cesación ejercitada por una asociación austriaca para la protección de los consumidores, el TJUE estableció la distinción entre la Ley aplicable a la acción de cesación y la Ley conforme a la que procedía realizar el examen de la cláusula⁷⁸. Consideró que, teniendo por objeto la acción de cesación una obligación extracontractual, procedía aplicar el art. 6.1 del *Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)*⁷⁹, entendiendo que el país en el que los intereses colectivos de los consumidores se ven afectados es el país de residencia habitual de los consumidores a los que dirige su actividad el profesional⁸⁰.

En cambio, con respecto a la Ley aplicable para valorar si la cláusula era abusiva, determinó que ello dependía de la naturaleza de las cláusulas a examinar⁸¹. Así, el TJUE consideró que, si la acción de cesación trataba de impedir que la cláusula se incluyera en un contrato de consumo, creando obligaciones contractuales, entonces dicha cláusula tenía que ser examinada conforme a la Ley que determina el Reglamento Roma I⁸².

Como el tema objeto de nuestro estudio no es la acción colectiva, sino la acción individual del consumidor, cabe señalar que el pronunciamiento del TJUE apunta que así se evita que se empleen diferentes criterios en función de si el examen del carácter abusivo de la cláusula se realiza en el ámbito de una acción colectiva o de una acción individual del consumidor⁸³.

Ahora bien, en el caso, cabe apuntar que, en virtud del art. 6.1 del Reglamento Roma II, resultaba aplicable la Ley austriaca (Ley del país de residencia habitual de los consumidores a los que dirigía su actividad el profesional); y, conforme al art. 6.2 del Reglamento Roma I, como se verá, las disposiciones imperativas de protección de los consumidores que debían ser respetadas eran las de la Ley austriaca. Así, como apunta la doctrina, resulta difícil encontrar un escenario en el que conforme al art. 6.1 del Reglamento Roma II y al art. 6.2 del Reglamento Roma I –en este último caso, en lo que respecta a normas imperativas- no se remita a un mismo Ordenamiento⁸⁴.

Dicho escenario sí tendría lugar en el caso de que no existiera una “actividad dirigida”, tratándose por lo tanto de consumidores “activos”; dado que, en el ámbito contractual, sería aplicable el art. 3 del Reglamento Roma I y, por lo tanto, ya no se aplicaría la Ley del país de residencia habitual del consumidor⁸⁵.

b) Como se ha expuesto con anterioridad, el art. 6.2 del Reglamento Roma I permite la elección de Ley aplicable en los contratos de consumo, siempre que se mantenga la protección de las disposiciones imperativas de la Ley del país de residencia habitual del consumidor –en este caso, de la Ley

⁷⁸ *Ibidem*, apartado 58.

⁷⁹ *Ibidem*, apartado 39. Con respecto al Reglamento Roma II, vid. *DOUE* núm. L 199, de 31 julio 2007, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2007/864/oj>

⁸⁰ STJUE de 25 julio 2016, asunto C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation y Amazon EU Sàrl*, ECLI:EU:C:2016:612, apartado 43.

⁸¹ *Ibidem*, apartado 49.

⁸² *Ídem*.

⁸³ *Ibidem*, apartado 54.

⁸⁴ J. RUTGERS, “Court of Justice of the European Union 28 July 2016, Case C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation v. Amazon EU Sàrl*. ECLI:EU:C:2016:612”, *Neth Int Law Rev*, vol. 64, núm. 1, 2017, p. 171.

⁸⁵ *Ídem*.

austriaca-. Por lo tanto, el art. 6.2 del Reglamento Roma I hace obligatoria la aplicación de las normas imperativas de protección del consumidor de la Ley del país de su residencia habitual⁸⁶.

c) Entre las disposiciones imperativas de la Ley del país de residencia habitual del consumidor pueden incluirse las normas de transposición de la Directiva 93/13, en la medida en que otorguen al consumidor una mayor protección⁸⁷. Estas disposiciones imperativas a las que se refiere el art. 6.2 del Reglamento Roma I entran en escena tanto si la elección de Ley que consta en las Condiciones es la Ley de un Estado miembro –como ocurría en el caso en cuestión, en el que la cláusula de elección de Ley aplicable remitía a la Ley de Luxemburgo-, como si dicha Ley es de un tercer Estado⁸⁸.

d) El art. 5.1 de la Directiva 93/13 establece que las cláusulas “deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible”.

En la cláusula empleada por Amazon hasta mediados de 2012 constaba que era aplicable la Ley de Luxemburgo –Ley del país de residencia habitual del profesional-, sin advertir al consumidor de la protección de las normas imperativas del país de su propia residencia habitual. Es cierto que, aunque la cláusula no haga referencia a tales disposiciones imperativas, el art. 6.2 del Reglamento Roma I garantiza la aplicación de las mismas y, por lo tanto, la protección del consumidor. Sin embargo, cabe considerar que un consumidor medio normalmente confiará en la información que proporciona la cláusula de elección de Ley, puesto que es probable que no tenga conocimiento de la protección que le otorga el citado art. 6.2⁸⁹. Así, la creencia de que resulta aplicable la Ley de país de residencia habitual del profesional –con la que el consumidor no se encuentra familiarizado-, puede tener un efecto disuasorio, de tal forma que el consumidor descarte emprender acciones legales contra el profesional⁹⁰.

Por ello, en caso de que induzca a error al consumidor, de tal forma que éste crea que únicamente es aplicable la Ley de Luxemburgo, habrá que considerar que dicha cláusula es abusiva, siendo el tribunal nacional el que ha de comprobar este extremo⁹¹.

Cabe apuntar que, con respecto a la cláusula de elección de Ley aplicable, no se procedió a valorar si existía un “desequilibrio importante” “pese a las exigencias de la buena fe”, en el sentido del caso *Aziz*, en el que se determinó que debía valorarse: a) si el contrato provocaba que el consumidor se encontrase en una situación jurídica menos favorable que la que correspondería mediante su propio Ordenamiento; y b) si, razonablemente, cabía esperar que el consumidor hubiera aceptado la cláusula en el ámbito de una negociación individual⁹².

⁸⁶ STJUE de 25 julio 2016, asunto C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation y Amazon EU Sàrl*, ECLI:EU:C:2016:612, apartado 70.

⁸⁷ *Ibidem*, apartado 59. En sus *Conclusiones*, el Abogado General plantea que del art. 6.2 del Reglamento Roma I no parece deducirse que las normas imperativas de la Ley del país de residencia habitual del consumidor entren en escena únicamente si proporcionan una protección mayor (apartado 100). Así, considera que dicho precepto permite que el consumidor invoque tales normas “globalmente”, con independencia del resultado de su comparación con la Ley elegida en la cláusula (CAG H. SAUGMANDSGAARD de 2 junio 2016, en el asunto C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation y Amazon EU Sàrl*, ECLI:EU:C:2016:388, apartado 100).

⁸⁸ Vid. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN, “Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores”, *DOUE*, núm. L 323, 2019, Punto 1.2.5, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52019XC0927%2801%29>.

⁸⁹ CAG H. SAUGMANDSGAARD de 2 junio 2016, en el asunto C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation y Amazon EU Sàrl*, ECLI:EU:C:2016:388, apartado 98.

⁹⁰ *Ibidem*, apartado 102.

⁹¹ STJUE de 25 julio 2016, asunto C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation y Amazon EU Sàrl*, ECLI:EU:C:2016:612, apartado 71.

⁹² STJUE de 14 marzo 2013, asunto C-415/11, *Mohamed Aziz contra Caixa d’Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, ECLI:EU:C:2013:164, apartado 76. Con respecto a este caso, vid. J. RUTGERS, “Court of Justice of the European Union 28 July 2016, Case C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation v. Amazon EU Sàrl*. ECLI:EU:C:2016:612”, *Neth Int Law Rev*, vol. 64, núm. 1, 2017, pp. 172-174; M. ZUPAN, “Cross-border Consumer Disputes in Line with CJEU Ruling in *Verein für Konsumenteninformation v Amazon EU SÀRL*”, 22nd International Scientific Conference on Economic and Social Development – “Legal Challenges of Modern World”, 2017, pp. 99-100.

Así, como se ha expuesto, el análisis de la cláusula de elección de Ley aplicable, a la hora de determinar si la redacción es clara y comprensible, se realizó en el caso *Amazon* valorando si se inducía a error al consumidor, al generar la creencia de que el contrato se regía en su totalidad por la Ley del profesional⁹³.

59. Por lo tanto, tal como determinó el TJUE: “...una cláusula que figura en las condiciones generales de venta de un profesional, que no ha sido negociada individualmente, en virtud de la cual la ley del Estado miembro del domicilio social de ese profesional rige el contrato celebrado por vía de comercio electrónico con un consumidor, es abusiva en la medida en que induzca a error a dicho consumidor dándole la impresión de que únicamente se aplica al contrato la ley del citado Estado miembro, sin informarle de que le ampara también, en virtud del artículo 6, apartado 2, del Reglamento Roma I, la protección que le garantizan las disposiciones imperativas del Derecho que sería aplicable, de no existir esa cláusula, extremo que debe comprobar el órgano jurisdiccional nacional a la luz de todas las circunstancias pertinentes”⁹⁴.

En general, el TJUE considera que corresponde a los tribunales nacionales la valoración del carácter abusivo de una concreta cláusula, si bien cabe apreciar que en este pronunciamiento constan “indicaciones bastante claras”⁹⁵.

60. Antes de analizar las cláusulas sobre Ley aplicable de los casos objeto de estudio, cabe plantear qué tipo de información ha de proporcionar el profesional sobre las normas imperativas de la Ley del país de residencia habitual del consumidor. Al respecto, cabría plantear las siguientes opciones:

- a) Incluir en la cláusula de elección de Ley aplicable una enumeración de las normas imperativas de protección del consumidor de la Ley del país de su residencia habitual. Al respecto, Amazon planteaba que ésta sería la consecuencia de declarar abusiva su cláusula de elección de Ley, lo cual se traduciría en una “obligación excesivamente onerosa para el profesional”⁹⁶. Esta opción, además de la obligación que implicaría para el profesional, llevaría a tener que modificar las Condiciones de Servicio cada vez que hubiera modificaciones en tal normativa de protección de los consumidores.
- b) Incluir una referencia genérica pero que de “forma inequívoca” indique que la Ley que consta en la cláusula resulta aplicable sin perjuicio de la protección de las normas imperativas de la Ley del país de residencia habitual del consumidor⁹⁷. Ésta es la opción propuesta por el Abogado General en su Conclusiones y, como se verá, la que ha sido incorporada por los profesionales en sus Condiciones de Servicio⁹⁸.

B) Condiciones de Servicio y Ley aplicable

61. Procede a continuación examinar si las cláusulas objeto de análisis se ajustan al citado pronunciamiento del TJUE, para lo que cabe comenzar, precisamente, por la cláusula empleada por Amazon.

⁹³ STJUE de 25 julio 2016, asunto C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation y Amazon EU Sàrl*, ECLI:EU:C:2016:612, apartado 71.

⁹⁴ Ídem; COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN, “Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores”, *DOUE*, núm. L 323, 2019, Punto 1.2.5, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52019XC0927%2801%29>.

⁹⁵ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN, “Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores”, *DOUE*, núm. L 323, 2019, Punto 3.1, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52019XC0927%2801%29>.

⁹⁶ CAG H. SAUGMANDSGAARD de 2 junio 2016, en el asunto C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation y Amazon EU Sàrl*, ECLI:EU:C:2016:388, apartado 104.

⁹⁷ Ídem.

⁹⁸ Ídem.

a) Amazon

62. Si bien ya se ha hecho alusión con anterioridad a la cláusula empleada por Amazon sobre la competencia judicial internacional, ahora cabe centrarse en el aspecto relativo a la Ley aplicable: “Las presentes condiciones se regirán e interpretarán de conformidad con las leyes del Gran Ducado de Luxemburgo (a excepción de sus disposiciones sobre conflicto de leyes), excluyéndose expresamente la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Si eres un consumidor y tienes tu residencia habitual en la Unión Europea, también contarás con la protección que pueda ofrecerte cualquier disposición imperativa de la legislación de tu país de residencia (...)”.

63. La primera parte de la cláusula contempla, al igual que la versión empleada hasta mediados de 2012 -que fue objeto del pronunciamiento del TJUE-, una elección de Ley aplicable. En concreto, se elige la Ley del país de residencia habitual del profesional⁹⁹. Se especifica que la remisión ha de entenderse realizada al Derecho interno de Luxemburgo, excluyendo el reenvío (“a excepción de sus disposiciones sobre conflicto de leyes”), si bien el art. 20 del Reglamento Roma I ya contempla dicha prohibición.

64. Como se ha expuesto con anterioridad, la referencia a la Ley de Luxemburgo podría llevar a creer al consumidor que el contrato se rige íntegramente por tal legislación. Por ello, se ha añadido una segunda parte a la cláusula, que viene a recoger lo previsto en el art. 6.2 del Reglamento Roma I, es decir, que la Ley elegida no priva al consumidor de la protección de las normas imperativas de la Ley del país de su residencia habitual. Por ello, mediante dicha cláusula, el consumidor resulta informado de que existen aspectos de su contrato que se regirán por la Ley del país de su residencia habitual (“la protección que pueda ofrecerte cualquier disposición imperativa de la legislación de tu país de residencia”).

Por ello, para el consumidor medio, la idea de “mi país me protege”, evita el efecto disuasorio que tenía la cláusula que antes se empleaba. Cabe apuntar que el efecto disuasorio en este caso podría ser menor que en otros, dado que la Ley elegida es la Ley de un Estado miembro y, por lo tanto, ha de cumplir el mínimo de protección que las normas de la Unión Europea garantizan a los consumidores. No obstante, el consumidor medio no tiene por qué tener conocimiento de tal circunstancia –es decir, su percepción es que la Ley aplicable es la de un país extranjero-. Además, la configuración de las Directivas en materia de protección del consumidor hace que puedan existir relevantes diferencias en el nivel de protección existente en cada Estado miembro¹⁰⁰. Así, como se ha indicado, tal cláusula –tanto si remite a la Ley de un tercer Estado como a la Ley de un Estado miembro- podía desincentivar las reclamaciones, al creer el consumidor que está en manos de la Ley del país de residencia habitual del profesional¹⁰¹.

65. Esta fórmula genérica le informa al consumidor de que goza de protección, si bien no le concreta en qué consiste. Ahora bien, cabe considerar que la fórmula resulta clara en cuanto a que se especifica que la protección existe y que dicha protección es proporcionada por la Ley del país de residencia habitual del consumidor¹⁰².

66. De nuevo, cabe recordar en este punto las reflexiones realizadas sobre los diferentes sitios web. Por los mismos argumentos expuestos en el ámbito de la competencia judicial internacional, consideramos que desde <https://www.amazon.it/> se dirige la actividad a España y, por ello, el consumidor que reside habitualmente en España ha de gozar de la protección de las normas imperativas de la Ley española¹⁰³.

⁹⁹ En el apartado 18 (“Nuestros datos”) de las Condiciones de servicio, constan los datos del profesional.

¹⁰⁰ CAG H. SAUGMANDSGAARD de 2 junio 2016, en el asunto C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation y Amazon EU Sàrl*, ECLI:EU:C:2016:388, apartado 101.

¹⁰¹ *Ibidem*, apartado 102.

¹⁰² Como se ha apuntado, la fórmula genérica era la opción que planteaba el Abogado General (vid. CAG H. SAUGMANDSGAARD de 2 junio 2016, en el asunto C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation y Amazon EU Sàrl*, ECLI:EU:C:2016:388, apartado 104).

¹⁰³ Vid. § 50.

b) Gmail

67. Conforme a las Condiciones de Servicio de Gmail, el contrato celebrado con un consumidor que reside habitualmente en un Estado miembro se rige íntegramente por la Ley del país de residencia habitual del consumidor (“Si eres residente de un país del Espacio Económico Europeo (EEE) o de Suiza, o una organización con sede en alguno de estos países, los presentes términos y la relación que estableces con Google en virtud de ellos y de los términos adicionales específicos de los servicios se registrarán por la legislación de tu país de residencia”¹⁰⁴).

68. Por lo tanto, en esta cláusula, no se ha hecho uso de la posibilidad de incluir una elección de Ley sobre la que prevalecen las normas imperativas de la Ley del país de residencia habitual del consumidor conforme al art. 6.2 del Reglamento Roma I. Se ha optado por la aplicación de una única Ley, que es la Ley del país –en el caso que analizamos, del Estado miembro- de residencia habitual del consumidor, que es la solución contemplada por el art. 6.1 del Reglamento Roma I. Con ello se evita la tradicionalmente compleja aplicación de Leyes de países diferentes a distintos aspectos de un mismo contrato. Por lo que respecta a la información que se proporciona al consumidor, la cláusula resulta más fácilmente comprensible, dado que se hace alusión a una única Ley, que es además la Ley del país con el que el consumidor se encuentra familiarizado.

69. Con ello no queremos decir que las cláusulas de los profesionales que llevan a aplicar dos Leyes distintas –Ley elegida y Ley del país de residencia habitual del consumidor- sean de menor calidad, puesto el fraccionamiento de la Ley aplicable se encuentra permitido por el art. 6.2 del Reglamento Roma I. Por ello, podría haberse incluido una cláusula de elección de la Ley irlandesa –por ejemplo, puesto que los servicios de Google en la Unión Europea son proporcionados y contratados con Google Ireland Limited¹⁰⁵-, siempre que hubiese añadido que el consumidor resulta protegido por las normas imperativas del país de su residencia habitual.

70. Cabe señalar que, conforme a la última modificación de las Condiciones de Servicio de Gmail, la aplicación de la Ley del país de residencia habitual no se limita a los contratos celebrados con consumidores, sino que tal previsión resulta aplicable a cualquier contratante –sea o no consumidor- con residencia habitual en un Estado miembro¹⁰⁶. Si bien no es objeto de nuestro estudio el caso de los profesionales que contratan el servicio de correo electrónico Gmail, cabe hacer unas breves reflexiones.

En el caso de contratantes profesionales, podría haber sido incluida una cláusula en las Condiciones de Servicio que hiciera aplicable a la totalidad del contrato la Ley irlandesa –de nuevo, por ejemplo, dado que los servicios de Google en la Unión Europea son proporcionados y contratados con Google Ireland Limited¹⁰⁷-.

Otra posibilidad habría consistido en incluir una cláusula de elección de Ley de un tercer Estado –por ejemplo, la Ley de California-. Sin embargo, en este último caso, entraría en escena el art. 3.4 del Reglamento Roma I, ya que cabe considerar que se trata de un contrato objetivamente vinculado con la Unión Europea. Así, se trataría de un contrato celebrado entre Google Ireland Limited y otro profesional con residencia habitual en un Estado miembro, siendo la elección de Ley el único elemento que vincula el contrato con un tercer Estado. Por ello, en virtud del art. 3.4 del Reglamento Roma I, la aplicación de la Ley del tercer Estado no impediría la entrada de las normas imperativas de la Unión Europea¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Fecha de entrada en vigor: 31 de marzo 2020, disponibles en <https://policies.google.com/terms?hl=es> (fecha de consulta: 25 de mayo 2020).

¹⁰⁵ Vid. el apartado “Proveedor de servicios” de las Condiciones de servicio.

¹⁰⁶ Fecha de entrada en vigor: 31 de marzo 2020, disponibles en <https://policies.google.com/terms?hl=es> (fecha de consulta: 25 de mayo 2020).

¹⁰⁷ Vid. el apartado “Proveedor de servicios” de las Condiciones de servicio.

¹⁰⁸ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales I”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, pp. 978-979.

c) Dropbox

71. La cláusula de Dropbox sobre Ley aplicable establece lo siguiente: “Estas Condiciones se regirán según las leyes de California, excepto sus principios de conflicto de leyes. No obstante, algunos países (incluidos los de la Unión Europea) tienen leyes que exigen que los acuerdos estén regidos por la legislación local del país del consumidor. Este párrafo no anula dichas leyes”¹⁰⁹. Consideramos que esta cláusula puede ser susceptible de diferentes interpretaciones, debido al inciso “tienen leyes que exigen que los acuerdos estén regidos por la legislación local del país del consumidor...”.

La cuestión viene suscitada porque el art. 6.2 del Reglamento Roma I no “exige” que todos los aspectos del contrato se rijan por la Ley del país de residencia habitual del consumidor, sino únicamente aquéllos que son objeto de normas imperativas. Por ello, cabría plantear dos escenarios:

72. El primero consistiría en entender que existe un fraccionamiento de la Ley aplicable al contrato. En la línea seguida por la cláusula de Amazon, podría entenderse que el contrato se rige por la Ley de California, al ser la Ley elegida, salvo las cuestiones objeto de normas imperativas de protección de los consumidores, que se regirían por la Ley del país de su residencia habitual. Al respecto, cabe señalar lo siguiente:

- a) Dada la aplicación universal (art. 2) del Reglamento Roma I, cabe elegir la Ley de un Estado no miembro.
- b) La concreta elección de la Ley de California es admitida por el Reglamento Roma I en su art. 22.1, que contempla una cláusula de remisión directa, siendo considerada cada unidad territorial como un país.
- c) La cláusula excluye el reenvío (“excepto sus principios de conflicto de leyes”), solución que, tal como hemos señalado con anterioridad, también se recoge en el art. 20 del Reglamento.
- d) En virtud del art. 6.2 del Reglamento Roma I, se aplicarían las mencionadas normas imperativas de protección de los consumidores. La cláusula se refiere, en concreto, a la “legislación local del país del consumidor”. Conforme al art. 6.2, se entiende que se trata de la Ley del país de residencia habitual del consumidor.

73. El segundo escenario implicaría entender que todo el contrato se rige por la Ley del país de residencia habitual del consumidor. En este caso, cabría considerar que la elección de la Ley de California no afecta a los contratos celebrados con consumidores que residen habitualmente en Estados miembros de la Unión Europea. Así, el inciso “No obstante, algunos países (incluidos los de la Unión Europea) tienen leyes que exigen que los acuerdos estén regidos por la legislación local del país del consumidor”, podría llevar a entender que el acuerdo, es decir, el contrato, se rige íntegramente por la Ley del país de residencia habitual del consumidor. Esta interpretación evitaría el fraccionamiento de la Ley aplicable al contrato, en la línea seguida por las Condiciones de Servicio de Gmail. Sin embargo, la debilidad de esta interpretación consiste, como se ha adelantado, en que el art. 6 del Reglamento Roma I no “exige” que todo el contrato se rija por la Ley del país de residencia habitual del consumidor.

74. El tercer escenario llevaría a plantear que las dudas que suscita la interpretación de la cláusula hacen que la misma no resulte clara para el consumidor medio. Es decir, si suscita dudas qué aspectos del contrato se rigen por la Ley del país de residencia habitual del consumidor, podría argumentarse que dicha cláusula no está redactada “de forma clara y comprensible”, tal como establece el art. 5.1 de

¹⁰⁹ Fecha de entrada en vigor: 24 septiembre 2019, disponibles en <https://www.dropbox.com/privacy#terms> (fecha de consulta: 13 de enero 2020). Se indica expresamente que, en caso de discrepancia, prevalece la versión inglesa. La versión inglesa establece: “Controlling Law: These Terms will be governed by California law except for its conflicts of laws principles. However, some countries (including those in the European Union) have laws that require agreements to be governed by the local laws of the consumer's country. This paragraph doesn't override those laws”.

la Directiva 93/13. Siguiendo el razonamiento del caso *Amazon*, al poder inducir a error al consumidor medio, un tribunal nacional podría considerar que es abusiva¹¹⁰.

Es cierto que la cláusula de Dropbox plantea menos problemas que la cláusula de Amazon que fue objeto del pronunciamiento del TJUE, puesto que el consumidor medio que ha contratado con Dropbox no entendería que la única Ley aplicable es la Ley de California. Probablemente, el consumidor medio que reside habitualmente en la Unión Europea entendería que todo el contrato se rige por la Ley del país de su residencia habitual. Sin embargo, como consideramos que la cláusula podría ser objeto de diferentes interpretaciones, el escenario de la contradicción con el art. 5.1 de la Directiva 93/13 no es descartable.

75. En conclusión, consideramos que el contrato celebrado entre Dropbox y el consumidor que reside habitualmente en un Estado miembro de la Unión Europea ha de regirse íntegramente por la Ley del país de residencia habitual del consumidor, ya sea por entender que la elección de Ley no afecta a tales consumidores; o bien por considerar que la cláusula no es clara y, por ello, el contrato se rige por el art. 6.1 del Reglamento Roma I.

76. Por ello, podría ser conveniente modificar la cláusula en uno de los dos sentidos siguientes:

- si se desea fraccionar la Ley aplicable: “Si eres un consumidor que reside habitualmente en un Estado miembro de la Unión Europea, estas condiciones se rigen por la Ley de California (excepto sus principios de conflicto de leyes), pero también tendrás la protección que te proporcionan las normas imperativas de la legislación del Estado miembro de tu residencia habitual”;
- si se desea que el contrato se rija íntegramente por la Ley del país de residencia habitual del consumidor: “Si eres un consumidor que reside habitualmente en un Estado miembro de la Unión Europea, estas condiciones se rigen por la Ley del Estado miembro de tu residencia habitual”.

d) Facebook

77. En el caso de Facebook, la cláusula sobre Ley aplicable determina que: “Si eres consumidor y tu residencia habitual se encuentra en un estado miembro de la Unión Europea, las leyes de dicho país se aplicarán a cualquier reclamación, causa o disputa que inicies contra nosotros y que surja como consecuencia de estas Condiciones o los Productos de Facebook, o en relación con ellos (“reclamación”). (...) En todos los demás casos, aceptas que la reclamación debe resolverse en un tribunal competente en la República de Irlanda y que las leyes de dicho país regirán estas Condiciones y cualquier reclamación (independientemente de las disposiciones relativas a conflictos de derecho)”. Se observa así una clara diferencia entre la Ley que resulta aplicable a los contratos celebrados con consumidores y el resto de supuestos.

78. En el caso de los consumidores que residen habitualmente en Estados miembros de la Unión Europea, la Ley aplicable es la del Estado miembro de su residencia habitual. Por ello, en este caso tampoco se produce un fraccionamiento de la Ley aplicable al contrato, rigiéndose íntegramente el mismo por dicha Ley, por lo que damos por reproducidas las reflexiones anteriormente realizadas.

79. Para terminar, cabe retomar la cuestión relativa a los diferentes “productos” ofrecidos por Facebook¹¹¹. Al igual que hemos indicado en el ámbito de la competencia judicial internacional, consideramos que cabe tomar en consideración el tipo de producto y el uso que del mismo ha hecho el sujeto¹¹². Así, mientras que si un sujeto dispone de una *cuenta* y la utiliza conforme al uso a la que está

¹¹⁰ STJUE de 25 julio 2016, asunto C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation y Amazon EU Sàrl*, ECLI:EU:C:2016:612, apartado 71.

¹¹¹ Vid. § 13 a 18 del presente trabajo.

¹¹² Ídem.

destinada, es un “consumidor” y su contrato se rige por la Ley del Estado miembro de su residencia habitual; no ocurriría así con las *páginas*.

80. Como entendemos que en el caso de las *páginas* se trata de un contrato diferente –dadas las diferentes Condiciones de Servicio y el concepto que de tal producto emplea el profesional-¹¹³, los usuarios de las páginas no se beneficiarían de la aplicación de la Ley del Estado miembro de su residencia habitual¹¹⁴.

IV. Conclusiones

81. En el presente trabajo se ha examinado si los profesionales que contratan con consumidores que residen habitualmente en un Estado miembro, respetan en sus Condiciones de Servicio lo previsto en Reglamento 1215/2012 para determinar los tribunales competentes, así como lo dispuesto en el Reglamento Roma I con respecto a la Ley que rige el contrato.

82. Para que el consumidor pueda beneficiarse del foro del lugar del Estado miembro de su domicilio (art. 18.1 Reglamento 1215/2012), es preciso que se cumplan los requisitos del art. 17.1.

Entre dichos requisitos, se encuentra el uso “que pueda considerarse” ajeno a su actividad profesional. En el caso de contratos celebrados con una doble finalidad, ha de tenerse presente que, si bien resulta claro que se mantiene la condición de consumidor cuando el uso profesional es “insignificante”; suscita dudas la interpretación expansiva del TJUE en el caso *Schrems*, que también incluye los contratos cuya finalidad no llegue a ser “esencialmente profesional”.

También es preciso tener presentes las características del producto contratado, de tal forma que si se contrata un producto diseñado para un uso profesional en las Condiciones, entendemos que no cabe ser considerado “consumidor” en el ámbito del Reglamento 1215/2012.

A todo lo anterior, cabe añadir que, en el caso de profesionales con distintos sitios web, la accesibilidad no es un criterio que permita justificar la actividad dirigida. Por ello, consideramos que será preciso que concurren elementos como las contrataciones previas de productos o servicios a través de tal interfaz por parte consumidores domiciliados en otro Estado miembro, que se trate un profesional con una actividad internacional; así como que el profesional incluya el lugar del Estado miembro del domicilio del consumidor entre los lugares de entrega del producto a adquirir.

83. Por lo que respecta a la Ley aplicable, conforme al art. 6.2 del Reglamento Roma I, cabe incluir en las Condiciones de Servicio una cláusula que determine aplicable la Ley del país de residencia habitual del profesional. Ahora bien, conforme a la interpretación del TJUE, dicha cláusula ha de advertir al consumidor de que conserva la protección de las normas imperativas del país de su residencia habitual, siendo la cláusula abusiva en caso contrario.

Por ello, se observan dos tendencias en las Condiciones analizadas: cláusulas de elección de Ley del país de residencia habitual del profesional con la mencionada advertencia; o bien cláusulas que determinan que la totalidad del contrato se rige por la Ley del Estado miembro de residencia habitual del consumidor.

84. Por ello, si en el pasado ya comentamos que, en su demanda contra el profesional, el consumidor que reside habitualmente en un Estado miembro “juega en casa”, ahora añadimos “y con las reglas de casa” –ya sean todas o, al menos, las normas imperativas de protección–.

¹¹³ A esta cuestión se hace alusión en las CAG M. BOBEK de 14 noviembre 2017, en el asunto C-498/16, *Maximilian Schrems contra Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2017:863, apartado 53.

¹¹⁴ Los usuarios de las *páginas* han de aceptar las “Condiciones comerciales de Facebook” en las que, efectivamente, no se contempla la aplicación de la Ley del Estado miembro de residencia habitual del consumidor (vid. https://www.facebook.com/legal/commercial_terms, fecha de consulta: 9 de junio 2020).

LOS ARTÍCULOS 9.2 Y 9.3 DEL CÓDIGO CIVIL
Y EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EN DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL.
VALORES, MÉTODOS Y TÉCNICAS

ARTICLES 9.2 AND 9.3 OF THE CIVIL CODE
AND MATRIMONIAL PROPERTY REGIMES IN SPANISH
PRIVATE INTERNATIONAL LAW.
VALUES, METHODS AND TECHNIQUES

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA

Catedrático de Derecho internacional privado

Universidad Carlos III de Madrid

Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación

ORCID ID: 0000-0003-2236-4641

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho internacional privado

Universidad de Murcia

ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

Recibido: 21.05.2020 / Aceptado: 08.06.2020

DOI: <https://doi.org/https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5608>

Resumen: El presente estudio lleva a cabo un análisis de los arts. 9.2 y 9.2 del Código civil y de la relación entre ambos preceptos. Se pone de relieve que el art. 9.2 CC es la norma central del sistema, una norma que se ha quedado anticuada al otorgar demasiado espacio a la Ley personal y no admitir una elección clara y simple de la Ley aplicable a los efectos del matrimonio y de la ley aplicable a los contratos matrimoniales. Ambos preceptos están en pleno vigor y se aplican a los matrimonios celebrados antes del 29 de enero de 2019. Este trabajo sostiene que el art. 9.3 CC debe ser entendido como una norma que aumenta las posibilidades de validez de las capitulaciones matrimoniales en casos internacionales.

Palabras clave: matrimonio, efectos del matrimonio, contratos matrimoniales, cláusula salvatoria.

Abstract: This study carries analyzes Articles 9.2 and 9.2 of the Spanish Civil Code and the relationship between both legal provisions. It is highlighted that art. 9.2 CC is the central rule of the system. It is a legal provision norm that has become outdated by giving too much space to the personal Law and not admitting a clear and simple choice of the Law applicable to the effects of marriage and the law applicable to marriage contracts. Both Articles are in full force and are to be applied to marriages celebrated before January 29, 2019. This work maintains that art. 9.3 CC must be understood as a rule that increases the possibilities of validity of marriage contracts in cases involving foreign elements.

Keywords: marriage, effects of marriage, marriage contracts, saving clause.

Sumario: I. Introducción. Reglamento 2016/1003 y artículos 9.2 y 9.3 CC. II. Ley aplicable a la celebración del matrimonio y Ley aplicable a los efectos del matrimonio. 1. Matrimonium in fieri y matrimonium in facto esse. Efectos internos y efectos externos del matrimonio. 2. Efectos personales y efectos patrimoniales derivados del matrimonio. A) Efectos personales del matrimonio. B) Efectos patrimoniales del matrimonio. Los distintos regímenes económicos matrimoniales en el mundo. III. Cuestiones de Derecho transitorio. El ocaso de la Ley nacional del marido. IV. Ley aplicable a los efectos del matrimonio en Derecho internacional privado español. Los artículos 9.2 y 9.3 del Código Civil. 1. Posición de los arts. 9.2 y 9.3 en el sistema. 2. La norma central. El artículo 9.2 CC. A) Caracteres generales del art. 9.2 CC. a) Unidad de la Ley aplicable a los efectos del matrimonio. b) Conexiones en cascada. c) Puntos de conexión constitucionalizados. d) Eliminación del conflicto móvil. B) Los puntos de conexión recogidos en el art. 9.2 CC. a) Nacionalidad común de los cónyuges. i) El vértigo de la Ley nacional ataca de nuevo. ii) Reenvío y Ley nacional común de los cónyuges. iii) Conflicto móvil y nacionalidad de los cónyuges. iv) Apatridia y nacionalidad indeterminada de los cónyuges. v) Efectos del matrimonio entre españoles en casos internacionales e interregionales. b) Elección de Ley por los cónyuges. (i) Condiciones para una válida elección de Ley. (ii) Ventajas prácticas de una elección de Ley en el contexto del art. 9.2 CC. c) Residencia habitual común. d) Lugar de celebración del matrimonio. C) Ámbito de la Ley designada por el art. 9.2 CC. 3. Ley aplicable a los pactos y capitulaciones matrimoniales. A) Reglas generales. B) El art. 9.3 CC: cláusula salvatoria de la validez de los pactos y capitulaciones matrimoniales. C) Caracteres del art. 9.3 CC. a) Acuerdos interconyugales cubiertos por el precepto. b) Puntos de conexión alternativos y autonomía conflictual oculta. c) Capitulaciones redactadas con arreglo a varias leyes estatales (dépeçage). d) Cambio del contenido de los pactos o capitulaciones matrimoniales. e) Reenvío y art. 9.3 CC. f) Pactos de elección de Ley contenidos en capitulaciones matrimoniales. g) Pactos de elección de Ley aplicable al régimen económico matrimonial. D) Ámbito de la Ley designada por el art. 9.3 CC. a) Cuestiones reguladas por la Ley a la que remite el art. 9.3 CC. b) Ley aplicable a la interpretación de las capitulaciones matrimoniales y la liquidación del régimen económico matrimonial y art. 9.3 CC. c) Capacidad para otorgar pactos o capitulaciones matrimoniales. d) Consentimiento para otorgar pactos o capitulaciones matrimoniales. e) Ley aplicable a la forma de los pactos o capitulaciones matrimoniales. V. Reflexiones finales

I. Introducción. Reglamento 2016/1003 y artículos 9.2 y 9.3 CC.

1. En la actualidad y en los supuestos con elementos extranjeros el régimen económico matrimonial se rige, en la actualidad, para todos los Estados miembros de la Unión Europea que participan en el mismo, por la Ley designada a través de las normas de conflicto contenidas en el Reglamento 2016/1103 del Consejo de 24 junio 2016 [regímenes económicos matrimoniales]¹. Este Reglamento se aplica íntegramente, en general, a matrimonios celebrados tras el día 29 enero 2019². En tales casos, observa M. ANDRAE, visto el amplio ámbito de aplicación material del Reglamento, quedarán desactivadas las normas de conflicto de los Estados miembros que señalan la Ley reguladora de los efectos económicos del matrimonio³. En consecuencia, y mientras llega ese momento, debe recordarse que quedan

¹ Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (DOUE L 183 de 8 julio 2016).

² Vid. A. RODRÍGUEZ BENOT, "Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea", *CDT*, 2019, vol. 11, núm. 1, pp. 8-50; I. ANTÓN JUÁREZ, "La oposición del régimen económico matrimonial y la protección del tercero en Derecho Internacional Privado", *CDT*, 2017, pp. 59-75; I. ANTÓN JUÁREZ, "Acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura matrimonial: el test conflictual y material a tener en cuenta para que un acuerdo prematrimonial supere una revisión judicial ante tribunales españoles", *CDT*, 11, 1, 2019, pp. 81-109; I. ANTÓN JUÁREZ, "Acuerdos prematrimoniales internacionales y protección de los menores", en A. CEBRIÁN SALVAT/I. LORENTE MARTÍNEZ (DIR.), *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Granada, Editorial Comares, 2019, pp. 117-141; B. AÑOEROS TERRADAS, "El régimen conflictual de las capitulaciones en los nuevos reglamentos de la Unión Europea en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas", *Anuario español de Derecho internacional privado*, 2017, pp. 821-845; J. BACHMANN, *Die neuen Rom IV-Verordnungen: auf dem Wege zu einem einheitlichen Güterkollisionsrecht für Ehegatten und eingetragene Partner*, Remscheid, Gardez! Verlag, 2016, pp. 9-11.

³ M. ANDRAE, "Der sachliche Anwendungsbereich der Europäischen Güterrechtsverordnung", *IPRax*, 2018-3, pp. 221-230.

todavía muchos matrimonios cuyo régimen económico matrimonial se rige por las normas de conflicto españolas, aunque el régimen económico matrimonial deba disolverse con posterioridad a la fecha señalada. Se trata de los arts. 9.2 y 9.3 CC. Ello justifica que el presente estudio se dedique a explorar las virtudes, los defectos y también los insondables misterios que ofrecen estos dos preceptos legales. Por otra parte, no debe olvidarse que ambos preceptos se aplican también para fijar cuál es la Ley aplicable al régimen económico matrimonial en casos de Derecho interregional⁴. Tales casos, en efecto, están excluidos del citado Reglamento, como indica el art. 35 del mismo⁵. Y conviene no olvidar que los efectos personales del matrimonio no se regulan por el Reglamento citado 2016/1103, de modo que el art. 9.2 CC es plenamente operativo para fijar la Ley aplicable a dichos efectos personales del matrimonio sea cual fuere la fecha de celebración del mismo.

II. Ley aplicable a la celebración del matrimonio y Ley aplicable a los efectos del matrimonio

1. *Matrimonium in fieri* y *matrimonium in facto esse*. Efectos internos y efectos externos del matrimonio

2. Para analizar de modo correcto el régimen jurídico de los efectos jurídicos del matrimonio, es necesario recordar una clásica distinción que resulta no sólo útil sino imprescindible para el buen fin de cualquier acercamiento al régimen jurídico del matrimonio en Derecho internacional privado.

3. En primer término, el matrimonio es un acto jurídico. La celebración del matrimonio, entendido como acto jurídico (*matrimonium in fieri*), está sujeta a Leyes estatales distintas, pues en Derecho internacional privado español no existe una norma de conflicto que designa una sola y única Ley estatal (*Lex Matrimonii*) que regule todos los requisitos exigibles para la válida celebración del matrimonio. La capacidad nupcial y el consentimiento de los contrayentes se rige por su respectiva Ley personal (art. 9.1 CC), y la forma del acto se regula por las Leyes designadas a través de los arts. 49 y 50 CC.

4. En segundo lugar, el matrimonio válidamente celebrado genera, de manera necesaria, dos grupos de efectos jurídicos distintos.

Por una parte, el contenido del vínculo jurídico llamado “matrimonio”, esto es, los “efectos jurídicos internos” del acto jurídico llamado “matrimonio” (*“matrimonium in facto esse”*). El matrimonio genera unas especiales “relaciones jurídicas personales y patrimoniales entre los cónyuges”, también llamados, aunque de modo impropio, “efectos del matrimonio” (SAP Barcelona 19 enero 2012 [divorcio entre cónyuges antes marroquíes y ahora españoles])⁶. El presente estudio se centra en exponer, en relación con los casos internacionales, cuál es la Ley aplicable a tales “relaciones entre los cónyuges”, la Ley reguladora de los “efectos jurídicos internos del matrimonio”.

Por otra parte, el matrimonio repercute en aspectos jurídicos ajenos a su estructura interna: alimentos, sucesiones, nombre de las personas, etc. En dichos supuestos, el matrimonio válidamente celebrado suele operar como una “cuestión previa”. Así, puede ser necesario acreditar si existe un “matrimonio válido” como cuestión previa a la sucesión en favor de una mujer que dice ser “viuda del causante”. El art. 9.2 CC no resulta aplicable a los efectos que el matrimonio puede surtir en otros órdenes jurídicos: pensiones de viudedad, seguros, sucesiones, alimentos, etc. Estas cuestiones se rigen por la Ley aplicable a tales instituciones (Ley reguladora de la pensión de viudedad, del contrato de seguro, de la sucesión, de los alimentos, etc.). En ocasiones resulta preciso acreditar si el matrimonio existe. Para

⁴ M. YZQUIERDO TOLSADA, “El Tribunal Constitucional declara nulos todos los artículos de la Ley, 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano”, *CDT*, 2016, pp. 330-347.

⁵ Artículo 35 R.2016/1103: “No aplicación del presente Reglamento a los conflictos internos de leyes. Los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas en materia de regímenes económicos matrimoniales no estarán obligados a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen entre dichas unidades territoriales exclusivamente”.

⁶ SAP Barcelona 19 enero 2012 [CENDOJ 08019370122012100007].

ello debe aplicarse el art. 9.1 CC para determinar la Ley aplicable a la capacidad y el consentimiento de los contrayentes y los arts. 49-50 CC para precisar la Ley reguladora de la forma del matrimonio. El art. 9.2 CC es inaplicable tanto para acreditar la existencia del matrimonio como para determinar los efectos jurídicos externos de tal matrimonio en otras esferas del Derecho, como puede verse en la STSJ Com Madrid Social 12 abril 2010 [matrimonio religioso celebrado en Dinamarca]]⁷.

5. Al margen de los casos regulados por el Reglamento 2016/1103 citado que resulta plenamente operativo sólo en relación con matrimonios celebrados tras el 29 enero 2019, en los casos internacionales, los efectos jurídicos internos del matrimonio se rigen, para las autoridades españolas, por la Ley estatal designada por los arts. 9.2 y 9.3 CC. Dicha Ley bien puede ser una Ley extranjera aunque el matrimonio se haya celebrado ante una autoridad española. Así, por ejemplo, en el caso de dos marroquíes con residencia habitual en España que contrajeron matrimonio ante juez español en 2008, la capacidad nupcial y el consentimiento de ambos contrayentes se rigen por la Ley marroquí (art. 9.1 CC), y la forma del matrimonio se regirá por el Derecho español (art. 50 CC). Sin embargo, en este caso, los derechos y obligaciones que derivan de este matrimonio celebrado en España se rigen por el Derecho marroquí y no por el Derecho español (art. 9.2 CC). Es decir, como expresa P. MAYER, en realidad no han contraído un "matrimonio español", los cónyuges no están vinculados por los derechos y obligaciones derivados del matrimonio que establece el Derecho español aunque hayan contraído matrimonio en España y/o ante autoridad civil española. Los derechos y obligaciones derivados de su vínculo matrimonial se rigen por el Derecho marroquí, que es su Ley nacional común⁸.

6. A los propósitos de un análisis jurídico, los efectos internos del matrimonio se dividen en efectos "personales" y efectos "patrimoniales". Los "efectos personales" del matrimonio comprenden todas las relaciones jurídicas entre los cónyuges que derivan del matrimonio y que no presentan contenido económico, como ya expuso E. BARTIN en sus clásicos estudios sobre la calificación⁹. Los efectos patrimoniales del matrimonio hacen referencia a las relaciones económicas entre los cónyuges, a la economía matrimonial, al régimen económico matrimonial, aspecto que en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos dispone de una regulación particular.

2. Efectos personales y efectos patrimoniales derivados del matrimonio

A) Efectos personales del matrimonio

7. El Derecho civil español actual recoge una serie de "efectos personales" del matrimonio que revisten una importancia jurídica objetiva innegable, pese a que la doctrina mayoritaria insiste en considerar que tales efectos no presentan relieve jurídico. Se trata de unas pautas generales de comportamiento conyugal relativas a la vida personal en común de los cónyuges. Ejemplos: vivir juntos, guardarse fidelidad, socorrerse mutuamente, compartir las responsabilidades domésticas, y cuidar a las personas dependientes a su cargo (*vid.* art. 68 CC español). Sin embargo, ese enfoque mayoritario confunde el carácter jurídico de estas indicaciones con la existencia de acciones judiciales directas derivadas de la infracción de las mismas. Es conveniente deslindar ambos perfiles.

En Derecho sustantivo español, el incumplimiento de estas "indicaciones" no da lugar a acciones judiciales directas para reclamar su cumplimiento (= un cónyuge no puede acudir al juez para que obligue al otro cónyuge a guardar fidelidad o compartir las tareas domésticas). Antes de 2005, el incumplimiento de estos deberes constituía una posible causa de separación y/o divorcio. En la actualidad, el

⁷ STSJ Com Madrid Social 12 abril 2010 [AS 2010/1609].

⁸ P. MAYER / V. HEUZÉ / B. REMY, *Droit international privé*, 12ª ed., Paris, LGDJ, Lextenso, 2019, n. 574.

⁹ E. BARTIN, "La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractere national du conflit de lois", *RCADI*, 1930, vol.31, pp. 561620; ID., "De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois", *JDI Clunet*, 1897, pp. 225255, 466495 y 722728.

incumplimiento de tales “indicaciones” no es causa de separación ni de divorcio (art. 81 y 86 CC, redacción por Ley 15/2005, de 8 de julio¹⁰). Estos deberes no deben ser interpretados como meras indicaciones morales o pautas éticas buenistas. Son deberes jurídicos y por ello están en el Código Civil. Por tanto, el incumplimiento de estos deberes conyugales presenta, no obstante, un doble relieve jurídico. Por un lado, la infracción de las obligaciones personales derivadas del matrimonio puede constituir causa de desheredación (art. 855.1 CC: “*haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales*”). Por otro lado, esta infracción genera responsabilidad civil, pues se trata del incumplimiento de deberes jurídicos, no de deberes morales o de pautas éticas. En consecuencia, casos como infidelidades conyugales causadas con dolo, reiterada falta de participación en las labores domésticas y otras circunstancias lesivas de la integridad moral del cónyuge, generan la posibilidad de ejercitar acción de reclamación de daños y perjuicios de carácter extracontractual (art. 1902 CC) (SAP Asturias 22 abril 2016)¹¹.

8. En otros Derechos extranjeros, sin embargo, como ocurre en los Derechos de inspiración musulmana, los efectos personales del matrimonio son todavía muy importantes, recuerda S.A. ALDEEB ABU-SAHLEH¹². Ejemplo: el marido paga la *nafqa*, institución que comprende manutención, alojamiento, mobiliario, accesorios femeninos como perfumes y cosméticos, etc. A cambio, el marido puede obligar a su esposa a quedarse en casa al cuidado del hogar, a no trabajar fuera de casa, a seguirle donde quiera que vaya, y a mantener relaciones sexuales con él, como muy bien puede ilustrar M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO / H. AGUILAR GRIEDER, C. FOCARELLI¹³. En ciertos ordenamientos jurídicos extranjeros, el incumplimiento de determinadas obligaciones personales derivadas del matrimonio sí es causa de divorcio o puede desembocar en responsabilidad patrimonial.

B) Efectos patrimoniales del matrimonio. Los distintos regímenes económicos matrimoniales en el mundo

9. La inmensa mayoría de los sistemas jurídicos estatales establecen que el matrimonio da lugar a una situación jurídica particular de la economía matrimonial: es el famoso “régimen económico matrimonial”. Desde el punto de vista práctico, subraya G.M. UBERTAZZI, el régimen económico del matrimonio constituye el efecto más relevante del matrimonio¹⁴. Existen divergencias muy marcadas entre los distintos Derechos estatales en relación con el régimen económico matrimonial, diferencias que, apunta A. BUCHER, han hecho de las normas de conflicto de leyes unas normas de extrema importancia en la litigación internacional¹⁵. Estas diferencias derivan de las disparidades entre el Derecho Romano y el Derecho germánico. Por ello, en la actualidad, existen cuatro grandes sistemas económicos matrimoniales como expone acreditada doctrina¹⁶.

10. En primer lugar, el sistema de comunidad universal de bienes, con arreglo al cual todos los bienes que pertenecían a los cónyuges antes del matrimonio, al igual que todos aquéllos que adquieran durante el matrimonio, pasan a integrar una misma masa de bienes, que se disuelve terminado el matrimonio. Se sigue en Países Bajos (SAP Tarragona 13 abril 2011 [régimen económico de cónyuges ho-

¹⁰ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158 de 3 julio 2015).

¹¹ SAP Asturias 22 abril 2016 [CENDOJ 33044370042016100154].

¹² S.A. ALDEEB ABU-SAHLEH, “Les régimes matrimoniaux en droits arabe et musulman- cas de l’Egypte et du Maroc: normes matérielles et normes de conflit”, *Études Suisses de droit comparé*, núm. 8, 11 junio 2007 (www.isdc.ch).

¹³ M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO / H. AGUILAR GRIEDER, “Alimentos y orden público (I) y (II)”, *BIMJ*, 15 abril 2006, núm. 2011, pp. 1561-1593 y núm. 2012 de 1 mayo 2006, pp. 1747-1765; C. FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Morlacchi Ed., Perugia, 2006, pp. 2102-104.

¹⁴ G.M. UBERTAZZI, “Regles de nondiscrimination et droit international privé”, *RCADI*, 1977, vol.157, pp. 333-414.

¹⁵ A. BUCHER, “Les régimes matrimoniaux en droit international privé suisse”, *La Semaine Judiciaire*, 1989, pp. 361-380.

¹⁶ G.A.L. DROZ, “Les régimes matrimoniaux en droit international privé”, *RCADI*, 1974, vol. 143, pp. 1-138; V.L. SIMÓ SANTONJA, *Compendio de regímenes matrimoniales*, Tirant, Valencia, 2005; E. GÓMEZ CAMPELO, *Los regímenes matrimoniales en Europa y su armonización*, Madrid, Editorial Reus, S.A., 2008; O. IZQUIERDO / A. OLIVA RODRÍGUEZ / A.M. OLIVA IZQUIERDO, *Los regímenes económico matrimoniales del mundo*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2018.

landeses], Brasil (AAP Barcelona 7 mayo 2012 [comunidad universal de bienes en Derecho brasileño]), África del Sur, países nórdicos cuando el matrimonio ha durado un cierto tiempo, etc.¹⁷.

11. En segundo lugar, el sistema de radical separación de bienes, según el cual el matrimonio no altera la economía de cada cónyuge. No hay masa de bienes comunes. Es el caso de Grecia, Austria, países de Derecho islámico (SAP Valencia 14 marzo 2019 [régimen económico matrimonial en Derecho marroquí musulmán]; RDGRN [1ª] 21 noviembre 2011 [régimen económico matrimonial marroquí]) y países que admiten la poligamia, así como numerosos Estados americanos, -Chile, Honduras, Nicaragua, Panamá, etc.-, y ciertas Comunidades Autónomas españolas, como Baleares y Cataluña¹⁸.

12. En tercer lugar, el omnipresente sistema de sociedad de gananciales, que consiste en que se forma una masa de bienes comunes de la que están excluidos los bienes de los cónyuges adquiridos antes del matrimonio, así como los adquiridos tras el matrimonio por título lucrativo, como donaciones o herencias. Pertenecen a la masa común, a la sociedad de gananciales, los bienes que los cónyuges adquieran a título oneroso tras la celebración del matrimonio. Es el régimen más extendido en todo el mundo. Se sigue en el Derecho civil común español, en numerosos países sudamericanos, -en los que la influencia legal española ha sido muy marcada-, en Francia, Italia, Bélgica y países de la esfera socialista que siguieron el régimen de gananciales establecido por el Código Soviético de la Familia.

13. En cuarto lugar, el sistema de *participación en las ganancias generadas*, que se sigue en países como Alemania (*Zugewinnngemeinschaft*), Finlandia, Suiza y Québec, como expone S. NAVAS NAVARRO¹⁹. Significa que, durante el matrimonio, cada cónyuge mantiene su patrimonio separado e individual. Cuando se disuelve el matrimonio, se debe proceder a computar las ganancias que cada esposo ha obtenido. El cónyuge que haya obtenido más ganancias debe pagar al otro cónyuge la mitad de esa cantidad que ha obtenido de más.

14. En quinto lugar, no deber olvidarse que ciertos países no conocen el concepto de "régimen económico matrimonial". En líneas generales, como muestra V. MARTORELL GARCÍA, los países de *Common Law* carecen de un régimen económico matrimonial en sus legislaciones²⁰. En Gran Bretaña, el concepto de "régimen económico del matrimonio" no existe, apunta F. JUENGER²¹. Por tanto, cuando el Derecho inglés es aplicable en España, no puede activarse ninguna presunción de ganancialidad ni nada parecido ni tampoco cabe ningún procedimiento de liquidación de régimen económico matrimonial (ATS 3 julio 2019 [sociedad de gananciales y Derecho inglés]; SAP Valencia 15 febrero 2018 [Derecho inglés]; SAP Islas Baleares 10 abril 2018 [Derecho inglés], RDGRN 19 octubre 2018 [Ley inglesa])²². El matrimonio no altera en nada la propiedad de cada cónyuge. No obstante, en el Derecho de estos países se sigue un régimen en cuya virtud ciertos bienes adquiridos constante matrimonio o por ambos cónyuges o vinculados a la vida matrimonial, se asignan a la familia o al matrimonio y ciertas deudas son imputables a ambos cónyuges. Al finalizar el matrimonio por divorcio, los tribunales disponen de un poder muy amplio para distribuir los bienes de ambos cónyuges que estaban asignados al funcionamiento del matrimonio, sean propiedad de quien sean, siempre que no se trate de matrimonios de "corta duración". De ese modo, se intenta evitar que un cónyuge quede desfavorecido tras el divorcio después

¹⁷ SAP Tarragona 13 abril 2011 [CENDOJ 43148370012011100188]; AAP Barcelona 7 mayo 2012 [CENDOJ 08019370182012200122].

¹⁸ SAP Valencia 14 marzo 2019 [ECLI: ECLI:ES:APV:2019:431]; RDGRN [1ª] 21 noviembre 2011 [JUR 2012/304119].

¹⁹ S. NAVAS NAVARRO, *El régimen de participación en las ganancias desde una perspectiva europea*, Madrid, Dykinson, 2014.

²⁰ V. MARTORELL GARCÍA, "Estatuto personal de los británicos y su régimen matrimonial y sucesorio en la práctica notarial española", www.notariosyregistradores.com.

²¹ F. JUENGER, "Marital Property and the Conflict of Laws, A Tale of Two Countries", *Columbia Law Review*, 1981, vol.81, pp. 1061-1092.

²² ATS 3 julio 2019 [ECLI:ES:TS:2019:7465A]; SAP Valencia 15 febrero 2018 [ECLI:ES:APV:2018:480]; SAP Baleares 10 abril 2018 [ECLI: ECLI:ES:APIB:2018:83A]; RDGRN 19 octubre 2018 [BOE n.291 de 3 diciembre 2018].

de haberse dedicado a la familia. Los tribunales dictan diversas medidas (*ancillary relief*) ajustadas a los caracteres del caso concreto. Puede afirmarse, en general, que los cónyuges pueden acordar lo que estimen conveniente para distribuir los bienes tras el divorcio, de modo que los tribunales sólo acuerdan medidas sobre este particular si dichos cónyuges no alcanzan un acuerdo.

III. Cuestiones de Derecho transitorio. El ocaso de la Ley nacional del marido

15. En el año 1974 el art. 9.3 CC recibe una nueva redacción como consecuencia del nuevo Título Preliminar del Código Civil español²³. El precepto indicaba que la Ley aplicable al régimen económico matrimonial en defecto de pacto, era, en último término, la Ley nacional del marido en el momento de la celebración del matrimonio. Dos hipótesis deben distinguirse.

16. Para los matrimonios celebrados antes del 29 diciembre 1978, -fecha inmarcesible de publicación y, al mismo tiempo, de entrada en vigor de la Constitución española-, debe recordarse que el art. 9.3 CC, -redacción de 1974-, fue derogado expresamente por la Ley 11/1990²⁴. Sin embargo, lo cierto es que el precepto, cuando remitía a la “*Ley nacional del marido*” estaba ya derogado tácita pero radicalmente por la Constitución española desde el 29 diciembre 1978 (STC 39/2002 de 14 febrero 2002)²⁵. En relación con los matrimonios celebrados antes del 29 diciembre 1978 y cuyos efectos se prolongan después de tal fecha, el Tribunal Constitucional español y, en general, toda la jurisprudencia civil española, afirman que debe aplicarse el antiguo art. 9.3 CC para fijar la Ley reguladora del régimen económico matrimonial de los cónyuges. De ese modo, a falta de nacionalidad común de los cónyuges, todos los efectos legales de estos matrimonios deben quedar sujetos a la Ley nacional del marido, que era la conexión vigente en el momento de celebración del matrimonio. Para estos tribunales, la entrada en vigor de la CE 1978 no produce efecto jurídico alguno sobre estas situaciones jurídicas generadas antes de la Constitución Española de 1978. Los tribunales han preferido esta solución porque, a su juicio, ésta comporta una “permanencia de la Ley aplicable”, especialmente al régimen económico matrimonial, y por ello, refuerza la seguridad jurídica de situaciones legales nacidas antes de la CE 1978 (STC 39/2002 de 14 febrero 2002, STS 11 febrero 2005 [aplicación de la Ley de la vecindad civil balear del marido], STS 6 octubre 1986; SAP Barcelona 29 abril 2016 [ley aplicable al régimen económico matrimonial], SAP Barcelona 24 marzo 2009 [aplicación de la Ley nacional del marido, Ley boliviana], SAP Barcelona 20 mayo 2009 [vecindad civil catalana], SAP Castellón 6 octubre 2001, SAP Illes Balears, Sección 4ª, de 10 septiembre 2002, SAP Castellón 22 noviembre 2002, STS 24 enero 2006, SAP Las Palmas 5 diciembre 2007 [matrimonio celebrado en Suiza en 1972 entre español y suiza ambos con residencia habitual en España: aplicación de la Ley nacional del marido], SAP Barcelona 12 febrero 2013; RDGRN 15 marzo 2017 [matrimonio entre polaco y española anterior a 1981], RDGRN 11 mayo 2017 [régimen económico de matrimonio celebrado antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1978 y sujeto al consorcio aragonés])²⁶.

Debe subrayarse, sin embargo, que no son todo rosas y *champaigne* lo que deriva de esta tesis. Como ha indicado M.A. AMORES CONRADÍ, en su interés por defender la seguridad jurídica (= las solu-

²³ Vid. de nuevo Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del Código civil (BOE núm. 163 de 9 julio 1974).

²⁴ La Constitución española fue publicada en BOE núm. 311 de 29 diciembre 1978. Texto original en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229. Vid. Ley 11/1990 de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo (BOE núm. 250 de 18 octubre 1990).

²⁵ STC 39/2002 de 14 febrero 2002 [RTC 2002/39].

²⁶ STS 11 febrero 2005 [CENDOJ 28079110012005100058]; STC 39/2002 de 14 febrero 2002 [RTC 2002/39]; SAP Barcelona 29 abril 2016 [CENDOJ 08019370162016100127]; STS 6 octubre 1986 [CENDOJ 28079110011986100949]; SAP Barcelona 24 marzo 2009 [CENDOJ 08019370122009100187]; SAP Barcelona 20 mayo 2009 [CENDOJ 08019370122009100356]; SAP Castellón 6 octubre 2001 [CENDOJ 12040370032001100618]; SAP Illes Balears, Sección 4ª, de 10 septiembre 2002 [CENDOJ 07040370042002100276]; SAP Castellón 22 noviembre 2002 [CENDOJ 12040370032002100028]; STS 24 enero 2006 [CENDOJ 28079110012006100052]; SAP Las Palmas 5 diciembre 2007 [CENDOJ 35016370052007100412]; SAP Barcelona 12 febrero 2013 [CENDOJ 08019370182013100046]; RDGRN 15 marzo 2017 [BOE 80 de 4 abril 2017]; RDGRN 11 mayo 2017 [BOE núm. 127 de 29 mayo 2017].

ciones jurídicas no deben cambiar en el tiempo) y la certeza legal (= debe mantenerse estable la norma en vigor en el momento de los hechos relevantes), esta tesis comporta la aplicación de normas españolas de Derecho internacional privado contrarias a la Constitución española de 1978 en relación con efectos legales posteriores a la entrada en vigor de la Constitución, lo que resulta, cuanto menos, llamativo²⁷. Así, por ejemplo, un apartamento que adquieren en 2020 dos cónyuges de distinta nacionalidad casados en 1977 pertenecerá a la sociedad de gananciales si la Ley nacional del marido indica que es ése el régimen económico matrimonial de la pareja.

17. Para los matrimonios celebrados después del 29 diciembre 1978, pero antes de la entrada en vigor de la Ley 11/1990 debe tenerse presente que, cuando el antiguo art. 9.3 CC remita a la Ley nacional del marido, los efectos del matrimonio celebrados después del 29 diciembre 1978 nunca pueden quedar sujetos a dicha Ley. Esa solución sería contraria a la ya vigente Constitución española de 1978 y como indica el TC, el antiguo art. 9.3 CC, cuando remitía a la “*Ley nacional del marido*” estaba ya derogado radicalmente por la CE 1978 desde el 29 diciembre 1978 (STC 39/2002 de 14 febrero 2002), como antes se ha afirmado²⁸. Se genera así una laguna legal que debe integrarse con arreglo a los mecanismos generales: analogía, costumbre y principios generales del Derecho, lo que abre tres opciones operativas.

Primera: a través de tales instrumentos heurísticos, el tribunal debe emplear un nuevo punto de conexión no discriminatorio y, por tanto, en plena sintonía con la Constitución española de 1978, punto de conexión que conducirá a la Ley aplicable a los efectos jurídicos generados tras el 29 diciembre 1978. Se puede acudir, así, a la Ley de la residencia habitual común de los cónyuges inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio o, en su defecto, a la Ley del país de celebración del matrimonio (SAP Barcelona 30 julio 2019 [régimen económico y matrimonio celebrado en 1982]; AAP Barcelona 11 diciembre 2019 [Ley reguladora de los efectos de matrimonio celebrado en 1979]; RDGRN 7 abril 2005)²⁹. La SAP Badajoz 18 enero 2019 [Fuero del Baylío], en el caso de un matrimonio entre varón de vecindad civil común y mujer aforada al Fuero del Baylío, celebrado tras la entrada en vigor de la Constitución española pero antes de la reforma del art. 9 CC por Ley 11/1990, estima que no puede aplicarse el art. 9.2 CC en su versión vigente al contraer el matrimonio pues remite a la Ley correspondiente a la vecindad civil del varón³⁰. Como explica J. RODRÍGUEZ RODRIGO, al comprobar que ambos cónyuges siempre estuvieron empadronados en Valencia del Ventoso, el tribunal aplica la Ley de la residencia habitual común posterior al matrimonio y aplica el Fuero del Bailío y el régimen de comunidad total de bienes³¹. Todo ello lo justifica, ante la laguna legal, en una aplicación analógica de la norma de conflicto en materia de separación y divorcio contenida en el art. 107 CC, texto hoy derogado.

Segunda: sin necesidad de encontrar un nuevo punto de conexión, el tribunal puede decidir cuál es el régimen económico del matrimonio a partir de los datos de hecho del caso. Así, en relación con un matrimonio celebrado entre aragonés y catalán celebrado en 1988, la SAP Huesca 13 enero 2009 [régimen económico matrimonial de cónyuges aragonés y catalán] indica que no puede aplicarse la norma de conflicto hoy vigente (art. 9.2 CC redacción por la Ley 11/1990), pues no lo estaba en 1988, ni tampoco la vigente en 1988, ya que conducía a aplicar la Ley nacional o de la vecindad civil del marido al tiempo

²⁷ M.A. AMORES CONRADÍ en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado parte especial*, Madrid, 1995, pp. 329-354; M.A. AMORES CONRADÍ, “Las relaciones entre cónyuges en el nuevo Derecho internacional de la familia: valores jurídicos y técnicas de reglamentación”, *ADC*, 1987, pp. 89-138; Id., “La nueva ordenación de la ley aplicable a los efectos del matrimonio”, *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, núms. 11-12, enero-agosto 1991, pp. 44-51; M.A. AMORES CONRADÍ, “Art. 9.2 y 3 CC”, AA.VV., *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO Y S. DÍAZ ALABART, tomo I, vol.II, 2ª ed., Ed.Revista de Derecho privado / Edersa, Madrid, 1995, pp. pp. 181-205; Id., “Régimen económico matrimonial (Derecho internacional privado)”, en VV.AA., *Enciclopedia jurídica básica*, dirigida por A. MONTOYA MELGAR, Ed.Civitas, Madrid, 1995, pp. 5692-5693.

²⁸ STC 39/2002 de 14 febrero 2002 [RTC 2002/39].

²⁹ SAPBarcelona30julio2019[ECLI:ES:APB:2019:10479];AAPBarcelona11diciembre2019[ECLI:ES:APB:2019:15256] RDGRN 7 abril 2005 [JUR 2005/210185].

³⁰ SAP Badajoz 18 enero 2019 [ECLI:ES:APBA:2019:25].

³¹ J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “El fuero del Baylío, a propósito del comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, de 18 enero 2019”, *CDT*, 11, 2, Octubre 2019, pp. 747-759.

del matrimonio, ya que es inconstitucional³². De modo que el tribunal aplica el régimen de separación de bienes “*con fundamento en los actos propios de las partes exteriorizados mediante la elección de ese régimen ante notario en las diversas escrituras públicas de disposición de bienes inmuebles otorgadas constante matrimonio*”.

Tercera: se puede aplicar retroactivamente la Ley 15/1990, visto que contiene criterios no discriminatorios. Es una tesis del agrado de la DGRN (RDGRN 9 julio 2014 [efectos del matrimonio y Ley alemana como Ley del lugar de celebración del matrimonio])³³.

IV. Ley aplicable a los efectos del matrimonio en Derecho internacional privado español. Los artículos 9.2 y 9.3 del Código Civil

1. Posición de los arts. 9.2 y 9.3 en el sistema

18. Las normas de conflicto españolas que determinan la Ley aplicable a los efectos internos del matrimonio datan de 1990. En virtud de la Ley 11/1990 de 15 de octubre, el legislador decidió reunir bajo una misma Ley aplicable, todos los efectos jurídicos del matrimonio. Por ello, en Derecho internacional privado español existe hoy día una única norma de conflicto que determina la Ley aplicable a todos los “efectos del matrimonio”, personales y patrimoniales. Esa norma de conflicto es el art. 9.2 CC. El art. 9.2 CC es, apunta J. RODRÍGUEZ RODRIGO, la norma fundamental del sistema, es la norma central, la norma que contiene las soluciones generales³⁴. La norma cuyos principios inspiradores constituyen las pautas fundamentales para comprender los criterios de Derecho internacional privado del sistema español a la hora de fijar la Ley aplicable a los efectos del matrimonio.

19. En virtud de la Ley 11/1990 de 15 de octubre, el legislador también incorporó otra norma de conflicto, el art. 9.3 CC. Debe subrayarse que es esta norma no se sitúa al mismo nivel operativo que el art. 9.2 CC. El art. 9.3 CC, en efecto, no tiene como objetivo o misión es señalar la Ley aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio ni tampoco señalar la Ley aplicable a las capitulaciones matrimoniales. El art. 9.3 CC es, simplemente, una “cláusula salvatoria”. Una disposición legal que determina la Ley aplicable, exclusivamente, a la “validez” de los pactos y capitulaciones matrimoniales. Al ofrecer varias Leyes estatales diferentes con arreglo a las cuales pueden ser válidos estos pactos y capitulaciones matrimoniales, el art. 9.3 CC potencia en gran medida la posibilidad de que tales acuerdos sean válidos.

2. La norma central. El artículo 9.2 CC

A) Caracteres generales del art. 9.2 CC

a) Unidad de la Ley aplicable a los efectos del matrimonio

20. El art. 9.2 CC persigue un claro objetivo: que todas las relaciones jurídicas entre los cónyuges, ya sean de carácter personal o patrimonial, que surgen del matrimonio, queden sujetas a una sola y única Ley reguladora. En efecto, el art. 9.2.I CC señala la Ley aplicable a dos aspectos jurídicos distintos: 1º) Las relaciones económicas entre los cónyuges y el régimen económico matrimonial; 2º) Las relaciones personales entre los cónyuges o “efectos personales” del matrimonio. Este criterio de política jurídica seguido por el legislador español debe considerarse acertado. Por diversos motivos. Se evitan así los arduos e inextricables problemas de “calificación”, ya que no siempre es sencillo ca-

³² SAP Huesca 13 enero 2009 [CENDOJ 22125370012009100061].

³³ RDGRN 9 julio 2014 [R. 2014/4480].

³⁴ J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Capítulo 29. El régimen económico matrimonial en el Derecho Internacional Privado”, en M. YZQUIERDO TOLSADA/M. CUENA CASAS (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. 4, 2011, pp. 331-416.

lificar ciertos efectos derivados del matrimonio como "personales" o "patrimoniales", señala P. LOUIS-LUCAS³⁵. Se refuerza también, recuerda A.P. ABARCA JUNCO, la seguridad jurídica, pues sólo una Ley regula todos los efectos del matrimonio, lo que simplifica las relaciones jurídicas de los cónyuges en casos internacionales³⁶.

21. Todos los efectos jurídicos que el matrimonio produce en relación con la situación económica de los cónyuges se rigen por la Ley determinada en virtud del art. 9.2 CC (SAP Tarragona 13 abril 2011 [régimen económico del matrimonio de cónyuges holandeses])³⁷. En este sentido, la Ley designada por el art. 9.2 CC determinará si el matrimonio produce el nacimiento *ex lege* de una sociedad conyugal, como sucede en Derecho español civil común, o de un régimen económico específico para los cónyuges o si no produce ningún efecto legal en la esfera económica de los cónyuges, como sucede en Derecho inglés. Visto que no es frecuente la conclusión de pactos y capitulaciones matrimoniales, en la mayoría de las ocasiones el entero régimen económico matrimonial se determina con arreglo al art. 9.2.I CC, como sucede, también en la mayor parte de los sistemas nacionales de Derecho internacional privado, apuntan A.E. VON OVERBECK y L. PALSSON³⁸.

La Ley aplicable al llamado “régimen matrimonial primario”, -obligaciones de mantenimiento y de contribución impuestas por la ley a los cónyuges para afrontar las necesidades familiares, poderes de administración y representación recíprocos, responsabilidad frente a terceros por las deudas asumidas por uno de los cónyuges en interés de la familia, cualquier que sea el régimen económico matrimonial concreto de los cónyuges-, se determina con arreglo al art. 9.2 CC, pues, subraya M. VERWILGHEN, este régimen económico matrimonial primario carece de una norma de conflicto *ad hoc* y las normas que lo regulan no pueden considerarse “leyes de policía”³⁹.

Las previsiones legales que regulan la situación económica de los cónyuges tras el divorcio y que tienen como objetivo disolver la economía del matrimonio deben ser calificadas como un efecto patrimonial del matrimonio, por lo que quedan reguladas por la Ley designada por el art. 9.2 CC, como bien indicas la SAP Barcelona 10 septiembre 2019 [divorcio y dote entre cónyuges marroquíes]⁴⁰. Así las *ancillary reliefs* o *financial reliefs* que dictan los tribunales ingleses tras un divorcio deben ser calificadas como resoluciones dictadas en materia de régimen económico matrimonial. Su objetivo es disolver con justicia la economía matrimonial existente hasta el divorcio.

22. El art. 9.2 CC también señala la Ley aplicable a estos “efectos personales” del matrimonio. Dichos efectos personales comprenden todas las relaciones jurídicas entre los cónyuges que nacen *ex lege* del matrimonio y que no presentan carácter ni contenido económico, como muy bien ha mostrado la ejemplar, y no siempre bien comprendida STJCE 27 febrero 1997, C-220/95, *Antonius van den boogaard vs. Paula Laumen*⁴¹.

³⁵ P. LOUIS-LUCAS, “Conflits de méthodes en matière de conflits de lois”, *JDI Clunet*, 1956, pp. 774-823. Las cuestiones calificatorias son constantes en este sector, indica T. RAUSCHER, “Ehegüterrechtlicher Vertrag und Verbraucherausnahme? – Zum Anwendungsbereich der EuVTVO”, *IPRax*, 2011-V, pp. 484-487.

³⁶ A.P. ABARCA JUNCO, “Sobre los efectos o relaciones personales entre los cónyuges en DIPr.”, *REDI*, 1983, pp. 43-60.

³⁷ SAP Tarragona 13 abril 2011 [CENDOJ 43148370012011100188].

³⁸ A.E. VON OVERBECK, “Le droit des personnes, de la famille, des successions et des régimes matrimoniaux dans la nouvelle loi suisse sur le droit international privé”, *RCDIP*, 1988, vol.77, pp. 237-260; ID., *Les successions et les régimes matrimoniaux dans le nouveau droit international privé suisse*, CEDIDAC, 1988, núm.9, pp. 59-78; L. PALSSON, “Rules, Problems and Trends in Family Conflict of Laws- Especially in Sweden”, *RCADI*, 1986, vol. 199, pp. 378-402.

³⁹ M. VERWILGHEN, “Du neuf sur la loi régissant le régime matrimonial primaire”, *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruselas, 1993, pp. 581-618. Con ciertas cautelas, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Reflexiones en torno a la función de la autonomía de la voluntad conflictual en el Derecho internacional privado de familia”, *REDI*, 2020-1, pp. 101-116.

⁴⁰ SAP Barcelona 10 septiembre 2019 [ECLI:ES:APB:2019:10964].

⁴¹ STJCE 27 febrero 1997, C-220/95, *Antonius van den boogaard vs. Paula Laumen*, *Recopilación*, 1997, p. I-11. [ECLI:EU:C:1997:91], cuyo texto puede verse en <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=100481&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=142473>: FD 20-22 “... el Juez competente en materia de divorcio en Inglaterra y en el País de Gales dispone de una amplia facultad discrecional para acordar la adopción de medidas económicas. Puede, en particular, ordenar el pago de cantidades periódicas o globales, así como la transmisión de la propiedad

23. Al margen de los casos en los que los cónyuges han podido concluir un contrato sobre estos aspectos, debe indicarse que la infracción de las obligaciones personales derivadas del matrimonio, como la que se produce en caso de infidelidades conyugales, es una cuestión excluida del Reglamento Roma II 864/2007 [ley aplicable a las obligaciones extracontractuales] (*vid.* art. 1.2.a RR-II: “*Se excluirán del ámbito de aplicación del presente Reglamento: [...] a) las obligaciones extracontractuales que se deriven de relaciones familiares [...]*”⁴²). La Ley aplicable para concretar si se han infringido tales deberes conyugales extraeconómicos es la Ley designada por el art. 9.2 CC y dicha Ley estatal fijará las consecuencias jurídicas de tales infracciones. Es conveniente aquí seguir la tesis de la “conexión conflictual accesoria”: la Ley que rige la existencia de los derechos y deberes derivados del matrimonio, determinada *ex art.* 9.2 CC, debe regir también, por conexión, las consecuencias de la infracción de tales derechos y deberes. Un ejemplo puede ser ilustrativo de lo anterior. Mujer española contrae matrimonio con varón alemán y fijan su primer domicilio matrimonial en París. La esposa da a luz un hijo que se supone que es hijo del marido alemán. Éste paga la educación y crianza del menor hasta que, cinco años después, se descubre que el menor no es, realmente, hijo del marido, sino de un varón suizo amigo de la familia. El marido solicita daños y perjuicios a su esposa española por infracción de los deberes conyugales. En efecto, el marido afirma que dicha infracción le ha generado un evidente perjuicio patrimonial, pues ha pagado alimentos a un sujeto que no es su hijo y, además, ha perdido su trabajo en la firma en la que trabajaba, que exige de sus trabajadores y asociados, una conducta moral tradicional. Pues bien, la Ley reguladora de los efectos del matrimonio (art. 9.2 CC), que es la Ley francesa (= Ley del país del domicilio de los cónyuges inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio), es la Ley que rige la cuestión de saber si existe, entre los esposos, un “deber de fidelidad” o no existe y en qué términos legales. Y esa misma Ley, la Ley francesa, debe igualmente decidir si dicha infracción legal comporta una indemnización por daños y perjuicios en favor del marido y la cuantía de la misma.

24. La infracción de las obligaciones personales derivadas del matrimonio puede ser causa de divorcio según ciertos Derechos nacionales. La Ley aplicable a la cuestión de saber si ha habido infracción de tales derechos es la Ley designada por el art. 9.2 CC, pero la Ley que regula la cuestión de saber si ello es causa de divorcio es la Ley que rige el divorcio. Dicha Ley se determina con arreglo al Reglamento Roma III 1259/2010 de 20 diciembre 2010⁴³. La infracción de las obligaciones personales derivadas del matrimonio puede ser causa de desheredación en determinados Derechos nacionales. La Ley aplicable a la cuestión de saber si ha habido infracción de tales derechos es la Ley designada por el art. 9.2 CC, pero la Ley que regula la cuestión de saber si ello es causa de desheredación es la Ley que

de bienes de uno de los esposos a su excónyuge. Por consiguiente, le corresponde decidir mediante una misma resolución sobre las relaciones matrimoniales y las obligaciones alimentarias derivadas de la disolución de un vínculo matrimonial Debido a que, en el marco de un divorcio, un Juez inglés pueda precisamente, mediante una misma resolución, decidir tanto sobre las relaciones matrimoniales como acerca de las obligaciones alimentarias, el Juez del Estado requerido está obligado a distinguir entre los aspectos de la resolución relativos a los regímenes matrimoniales y los que se refieren a las obligaciones alimentarias, teniendo presente, en cada caso, el objetivo específico de la resolución dictada Este objetivo debería poder deducirse de la motivación de la resolución de que se trate. Si de ella resulta que una prestación está destinada a garantizar la manutención de un cónyuge necesitado o si se toman en consideración las necesidades y los recursos de cada uno de los cónyuges para determinar su cuantía, la resolución se refiere a una obligación alimentaria. En cambio, cuando la prestación tiene por objeto únicamente el reparto de los bienes entre los esposos, la resolución se refiere a los regímenes matrimoniales ... procede responder que debe considerarse que una resolución, dictada en el contexto de un proceso de divorcio, por la que se ordena el pago de una cantidad global, así como la transmisión de la propiedad de determinados bienes de uno de los esposos a favor de su excónyuge, hace referencia a obligaciones alimentarias y, en consecuencia, queda comprendida dentro del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas, en la medida en que tenga por objeto garantizar la manutención de dicho excónyuge. El hecho de que el Juez del Estado de origen haya descartado, en el marco de su resolución, la aplicación de unas capitulaciones matrimoniales carece de importancia a este respecto”.

⁴² Reglamento (CE) No 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II») (DOUE L 199 de 31 julio 2007).

⁴³ Reglamento (UE) N. 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (DOUE L 343 de 29 diciembre 2010), conocido como “Reglamento Roma III”.

rige la sucesión *mortis causa*. Dicha Ley se determina con arreglo al Reglamento sucesorio europeo 650/2012⁴⁴.

25. En tiempos pasados, cuando todo el estatuto personal estaba sujeto a la misma Ley, a la Ley nacional, los problemas de coordinación entre las distintas normas de conflicto se resolvían de manera sencilla. Capacidad, estado civil, efectos del matrimonio, sucesiones, todos estos aspectos estaban situados bajo la inefable férula de la Ley nacional. Se podía discutir si la conexión "nacionalidad" era o no apropiada, pero debe admitirse que el sistema era coherente. En la actualidad, esa dislocación del estatuto personal de la que certeramente hablaba CH. ROCHAT, ha provocado un incremento exponencial de las incoherencias⁴⁵. Un ejemplo puede ser útil para exponer el fenómeno. Así, en ocasiones puede haberse celebrado un matrimonio válido en España entre sujetos del mismo sexo, sujetos nacionales de un país que no admite tales uniones matrimoniales. Ello puede comportar un "desajuste" entre la Ley rectora de los efectos del matrimonio (art. 9.2 CC: Ley nacional común) y la Ley que se aplicó a la formación del matrimonio (arts. 9.1 y 49-50 CC: Ley material española). Ejemplo: dos marroquíes con residencia habitual en España contraen matrimonio en España con arreglo al Derecho sustantivo español (arts. 9.1 y 12.3 CC). Los efectos legales de tal matrimonio se rigen por la Ley sustantiva marroquí (art. 9.2 CC), Ley que ni prevé ni regula los matrimonios entre personas del mismo sexo ni por supuesto sus efectos jurídicos. Dicha Ley puede establecer derechos y obligaciones para el "marido" y para la "esposa". Pues bien, en el caso de que se produzcan estos u otros "desajustes", la Ley que rige estas "cuestiones en serie" o "cuestiones encadenadas" (*questions enchaînées*), como el "matrimonio" y los "efectos del matrimonio" debe ser una sola Ley estatal. Y dicha Ley debe ser la que se aplicó a la creación de la situación o institución jurídica, como han indicado P. MAYER / V. HEUZÉ, M. COCTEAU-SENN, y E. FONGARO, entre otros⁴⁶. Se trata, cierto es, de una excepción al art. 9.2 CC que se justifica porque se apoya en el *jus connubii*, ya que refuerza la eficacia del derecho a contraer matrimonio, tal y como argumenta de modo muy convincente P. HAMMJE⁴⁷.

b) Conexiones en cascada

26. El art. 9.2 CC contiene puntos de conexión estructurados "en cascada" que señalan la Ley aplicable a "distintas situaciones de hecho". El punto de conexión principal es la "nacionalidad común de los cónyuges". Si dicha circunstancia no concurre, se pasa al punto de conexión siguiente, y así, sucesivamente.

c) Puntos de conexión constitucionalizados

27. Los puntos de conexión contenidos en el art. 9.2.I CC potencian la igualdad constitucional del varón y la mujer. Fueron introducidos por la Ley 11/1990 de 15 octubre, que eliminó la detestable referencia a la "Ley nacional del marido"⁴⁸. Después de la Constitución de 27 diciembre 1978, pero antes

⁴⁴ Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DOUE L 201 de 27 julio 2012).

⁴⁵ CH. ROCHAT, *La dislocation du statut personnel. Étude de droit international privé*, Lausanne, Imprimerie Vaudoise, 1986, pp. 33-34.

⁴⁶ E. FONGARO, "Le mariage homosexuel à l'épreuve du droit international privé", *JDI Clunet*, 2006-2, pp. 477 y ss.; D. COCTEAU-SENN, *Dépêchage et coordination dans le règlement des conflits de lois*, 2001, thèse de doctorat, Paris 1, 2001, en <http://www.sudoc.abes.fr/cbs/xslt/DB=2.1//SRCH?IKT=12&TRM=059672706&COOKIE=U10178,Klecteurweb,D2.1,Eadf42546-66,I250,B341720009+,SY,QDEF,A%5C9008+1,,J,H2-26,,29,,34,,39,,44,,49-50,,53-78,,80-87,NLECTEUR+PSI,R83.37.170.35,FN>; P. MAYER / V. HEUZÉ / B. REMY, *Droit international privé*, 12ª ed., Paris, LGDJ, Lextenso, 2019, n.574.

⁴⁷ P. HAMMJE, "Mariage pour tous" et droit international privé", *RCDIP*, 2013, (4), vol. 102, pp. 773-806.

⁴⁸ Ley 11/1990 de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo (BOE núm.250 de 18 octubre 1990).

de la Ley 11/1990, los tribunales españoles ya habían declarado que el punto de conexión “Ley nacional del marido” era inconstitucional e inaplicable (STS 6 octubre 1986, SAP Las Palmas 2 febrero 1993, SJPI 2 Telde 30 mayo 1980, SJPI 1 Badalona 15 abril 1988 y SAP Barcelona, Sec.13ª, 6 abril 1989)⁴⁹.

El Derecho internacional privado español sintoniza en este punto con el Derecho internacional privado de otros países. En efecto, las conexiones discriminatorias para la mujer deben ser eliminadas por efecto de la igualdad constitucional entre hombre y mujer, *-Gleichberechtigung von Mann und Frau-*, como declaró en una sentencia seminal, en Alemania, el Tribunal constitucional de dicho país (Sent. Tribunal Constitucional Federal Alemania, Sala 1ª, de 4 mayo 1971) y también en Italia, muchos años más tarde, también el Tribunal Constitucional italiano (Sent. Tribunal Constitucional Italia 74/1987 de 5 marzo 1987 y 477/1987 de 10 diciembre 1987)⁵⁰. En España, indica A. BORRÁS RODRÍGUEZ, el movimiento anti-discriminación conflictual de la mujer fue más obra del legislador que de los tribunales⁵¹.

d) Eliminación del conflicto móvil

28. Los puntos de conexión recogidos en el art. 9.2 CC, están “congelados en el tiempo”. Esta solución evita problemas de conflicto móvil, potencia la seguridad jurídica, es sencilla y evita fraudes (SAP Barcelona 4 febrero 2015 [cónyuges españoles antes marroquíes])⁵². Los efectos jurídicos de los matrimonios celebrados antes de la entrada en vigor del actual art. 9.2.I CC se rigen por la Ley designada por el art. 9 CC en su redacción anterior a la Ley 11/1990 de 15 de octubre (*Tempus Regit Actum*).

B) Los puntos de conexión recogidos en el art. 9.2 CC

a) Nacionalidad común de los cónyuges

29. Si los cónyuges ostentan la misma nacionalidad en el momento de contraer matrimonio, la Ley correspondiente a dicha nacionalidad regirá los “efectos del matrimonio”.

La Ley nacional común de los cónyuges señalará si éstos pueden pactar un concreto régimen económico matrimonial y en qué medida pueden y/o deben hacerlo (SAP Tarragona 20 octubre 2009 [divorcio entre alemanes con residencia habitual en Cataluña y elección del régimen de separación de bienes con arreglo al Derecho alemán])⁵³. Resulta frecuente que el régimen económico matrimonial recogido en la Ley nacional de los cónyuges extranjeros sea un régimen de separación de bienes o que, según dicha Ley, no exista ningún régimen económico matrimonial entre los cónyuges. Como es natural, la aplicación de dicha Ley en España no vulnera de modo alguno el orden público internacional español (SAP Tenerife 10 septiembre 2013 [régimen económico matrimonial de ciudadanos iraníes])⁵⁴.

⁴⁹ STS 6 octubre 1986 [CENDOJ 28079110011986100949]; SAP Las Palmas 2 febrero 1993 [REDI, 1994, pp. 354-358]; SJPI 2 Telde 30 mayo 1980 [REDI, 1982, pp. 523-529]; SJPI 1 Badalona 15 abril 1988 [RGD, 1989, n.540, pp. 5855-5857]; SAP Barcelona, Sec.13ª, 6 abril 1989 [RGD, n. 540, pp. 5855-5857].

⁵⁰ Sent. TC Federal Alemania, Sala 1ª, de 4 mayo 1971, *RabelsZ*, 1972, pp. 145-162; Sent. Corte Costituzionale Italia núm.477/1987 de 10 diciembre 1987, *Gazzetta ufficiale, serie speciale*, 16 diciembre 1987, n. 53 / <http://www.giurcost.org/decisioni/1987/0477s-87.html>; Sent. Corte Costituzionale Italia n.74/1987 de 5 marzo 1987, <http://www.giurcost.org/decisioni/1987/0071s-87.html>. *Vid.* K.F. JUENGER, “The german Constitutional Court and the Conflict of Laws”, *AJCL*, 1972, vol. 20, pp. 290-298; E. JAYME, “La costituzione tedesca e il diritto internazionale privato”, *RDIPP*, 1972, pp. 76-98; V. SALVATORE, “Incostituzionalità parziale dell'art.18 delle preleggi e legge regolatrice del divorzio”, *RDIPP*, 1989, pp. 69-78.

⁵¹ A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Non discrimination à raison du sexe et modification du droit international privé espagnol”, *RC-DIP*, 1991, vol.LXXX, pp. 626-634; *Id.*, “No discriminación por razón de sexo, Derecho internacional privado español”, *ADC*, 1991, vol.44, pp. 233-249; *Id.*, “Arts.9.2 y 9.3 Cc.”, AA.VV. (Coordinador, R.Bercovitz Rodríguez-Cano), *Comentarios a las reformas del Código civil (Desde la ley 21/1987 de 11 de noviembre a la ley 30/1991, de 20 de diciembre)*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 447-456.

⁵² SAP Barcelona 4 febrero 2015 [CENDOJ 08019370122015100071].

⁵³ SAP Tarragona 20 octubre 2009 [CENDOJ 43148370012009100343].

⁵⁴ SAP Tenerife 10 septiembre 2013 [CENDOJ 38038370012013100310].

i) El vértigo de la Ley nacional ataca de nuevo

30. La aplicación de la Ley nacional común de los cónyuges al omento de la celebración del matrimonio refleja el “vértigo de la Ley nacional”: los nacionales de un Estado quedan sujetos a la Ley de ese Estado, esto es del país cuya nacionalidad ostentaban en el momento de contraer matrimonio, lo quieran o no y así puede comprobarse en numerosa jurisprudencia (SAP Barcelona 10 septiembre 2019 [divorcio y dote entre cónyuges marroquíes]; SAP Tarragona 28 junio 2018 [cónyuges marroquíes]; SAP Barcelona 25 septiembre 2018 [divorcio entre esposos argentinos]; SAP Barcelona 12 septiembre 2018 [pensión por desequilibrio y cónyuges uruguayos]; SAP Valencia 15 febrero 2018 [divorcio entre cónyuges de nacionalidad portuguesa e inglesa]; STS 3 abril 2018 [cónyuges colombianos]; SAP Soria 26 octubre 2017 [Derecho rumano]; SAP Barcelona 30 mayo 2017 [cónyuges franceses]; SAP Barcelona 4 febrero 2015 [cónyuges españoles antes marroquíes]; RDGRN 3 febrero 2014 [cónyuges rusos]; SAP Barcelona 18 diciembre 2013 [divorcio entre cónyuges búlgaros]; SAP Tenerife 10 septiembre 2013 [régimen económico matrimonial de ciudadanos iraníes]; SAP Barcelona 19 enero 2012 [divorcio entre cónyuges antes marroquíes y ahora españoles]; SAP Tarragona 20 octubre 2009 [divorcio entre alemanes]; SAP Huesca 14 diciembre 2005, SAP Barcelona 24 enero 2006, SAP Madrid 21 octubre 2005 [Ley nacional común ecuatoguineana], STS 2 diciembre 2004 [Ley nacional común cubana])⁵⁵.

31. En la actualidad, este primer punto de conexión resulta inadecuado por varias razones. En primer lugar, puede perjudicar la “previsibilidad de la Ley aplicable” y comportar costes enormes para los cónyuges, en especial si el Estado del que son nacionales los cónyuges no es el país “más estrechamente vinculado” con el concreto matrimonio (C. v. BAR). En segundo lugar, es una solución poco multicultural que no sintoniza bien con el “libre desarrollo de la personalidad”, ya que los cónyuges no pueden elegir libremente el “modelo jurídico de su matrimonio”.

ii) Reenvío y Ley nacional común de los cónyuges

32. La conexión “nacionalidad común de los cónyuges al tiempo del matrimonio” puede verse afectada por la intervención del reenvío de primer grado (art. 12.2 CC). El reenvío no puede aceptarse si con ello se quiebran los principios sustentadores del art. 9.2 CC: unidad e inmutabilidad de la Ley rectora de los efectos del matrimonio (SAP Barcelona 17 abril 2007 [matrimonio entre español y suiza con primer lugar de residencia habitual común en Alemania]). Por tanto, debe rechazarse el reenvío si comporta una aplicación sucesiva o contemporánea de varias Leyes estatales a los efectos del matrimonio.

33. Cabe admitir un “reenvío como instrumento de “ajuste de la localización”. En efecto, si el matrimonio presenta una “conexión real” muy débil con el país cuya nacionalidad común ostentaban los cónyuges al tiempo del matrimonio, y por el contrario, el caso concreto presenta una vinculación mucho más estrecha con España, la Ley sustantiva española debe aplicarse a través del reenvío recogido en el art. 12.2 CC. En este caso, el reenvío resulta muy útil para prescindir de la “Ley nacional común” cuando la aplicación de dicha Ley resulta totalmente imprevisible para los cónyuges. Ejemplo: los efectos del matrimonio en el caso de dos ingleses se rigen por la Ley inglesa (Ley nacional común de los

⁵⁵ SAPBarcelona10septiembre2019[ECLI:ES:APB:2019:10964]; SAPTarragona28junio2018[ECLI:ES:APT:2018:1014]; SAPBarcelona25septiembre2018[ECLI:ES:APB:2018:8937]; SAPBarcelona12septiembre2018[ECLI:ES:APB:2018:7603]; SAP Valencia 15 febrero 2018 [ECLI:ES:APV:2018:480]; STS 3 abril 2018 [ECLI: ECLI:ES:TS:2018:1228]; SAP Soria 26 octubre 2017 [ECLI:ES:APSO:2017:218]; SAP Barcelona 30 mayo 2017 [ECLI:ES:APB:2017:4946]; SAP Barcelona 4 febrero 2015 [CENDOJ 08019370122015100071]; RDGRN 3 febrero 2014 [R. 2014/1974]; SAP Barcelona 18 diciembre 2013 [CENDOJ 08019370122013100918]; SAP Tenerife 10 septiembre 2013 [CENDOJ 38038370012013100310]; SAP Barcelona 19 enero 2012 [CENDOJ 08019370122012100007]; SAP Tarragona 20 octubre 2009 [CENDOJ 43148370012009100343]; SAP Huesca 14 diciembre 2005 [AC 2377]; SAP Barcelona 24 enero 2006 [CENDOJ 08019370122006100064]; SAP Madrid 21 octubre 2005 [CENDOJ 28079370222005100457]; STS 2 diciembre 2004 [CENDOJ 28079110012004101161].

esposos). El DIPr. inglés indica que la propiedad de los bienes muebles de los esposos se rige por la Ley del país de domicilio de los esposos, y la propiedad de los inmuebles se rige por la Ley de situación de tales inmuebles. Pues bien: si los cónyuges siempre han vivido en España y llevan viviendo en España largos años, y en España tienen todos sus bienes, España es el país más estrechamente vinculado con el caso, de modo que la aplicación de la Ley española es previsible para las partes y refuerza la seguridad jurídica. En tal sentido, resulta muy acertada la SAP Málaga de 7 febrero 1994, una resolución pionera en considerar que el reenvío es un instrumento para conseguir la mejor localización⁵⁶.

34. Puede suceder que el art. 12.2 CC remita a un Derecho extranjero en el que esté vigente un convenio internacional no ratificado por España que contenga puntos de conexión que conduzcan a la aplicación del Derecho español. En tal caso, el juez español aplicará dicho convenio internacional aunque no esté vigente para España porque sí lo está para el Derecho cuyo Derecho ha sido designado por el art. 12.2 CC. Así, puede llegarse a la aplicación del Derecho español por ser el Derecho del país donde los cónyuges que ostentan nacionalidad común tienen su primera residencia habitual post-matrimonio si ésta es la conexión empleada por el convenio internacional vigente en el país en cuestión. Es el caso objeto de la SAP Madrid 30 septiembre 2019 [cónyuges holandeses] imaginativamente comentada por J. CARRASCOSA GONZÁLEZ⁵⁷. Dos cónyuges holandeses contrajeron matrimonio en Holanda. La Ley aplicable a su régimen económico matrimonial es el Derecho holandés, por mandato del art. 9.2 CC. Ahora bien, en Derecho holandés está vigente el Convenio sobre Ley aplicable a los regímenes matrimoniales hecho el 14 marzo 1978. Dicho convenio establece que, a falta de elección de Ley por los cónyuges, el régimen económico del matrimonio se rige por la "Ley interna del Estado en cuyo territorio establezcan su primera residencia habitual después del matrimonio". Así pues, en principio existiría un reenvío en favor de la Ley española. Sin embargo, el art. 4.2.b) del Convenio referido indica que el régimen matrimonial se regirá por la ley interna del Estado de la nacionalidad común de los cónyuges si el Estado en el que los cónyuges han instalado su residencia habitual tras el matrimonio "no sea parte en el Convenio, si su ley interna es aplicable según su Derecho internacional privado y los cónyuges establecieran su primera residencia habitual después del matrimonio", lo que sucedía en el caso en cuestión en relación con España. En consecuencia, se aplicó el Derecho holandés, Ley nacional común de los cónyuges.

iii) Conflicto móvil y nacionalidad de los cónyuges

35. El art. 9.2.I CC toma en consideración la "nacionalidad común" de los cónyuges "en el momento de contraer matrimonio". Se refiere a la nacionalidad común de los cónyuges si éstos la ostentan antes del matrimonio y no si la adquieren por el hecho del matrimonio. De ese modo el legislador evita el conflicto móvil. En efecto, la Ley aplicable a los efectos del matrimonio, determinada por la común nacionalidad de los cónyuges, no varía aunque éstos cambien de nacionalidad posteriormente a la celebración del matrimonio (SAP Barcelona 4 febrero 2015 [cónyuges españoles antes marroquíes], SAP Asturias 6 septiembre 2013 [divorcio entre cónyuges ingleses pero que, al tiempo del matrimonio eran uno inglés y otra venezolana], SAP Girona 18 abril 2013 [régimen económico matrimonial de cónyuges de vecindad civil común en Cataluña], SAP Barcelona 29 febrero 2012 [régimen económico matrimonial de cónyuges argentinos en el momento del matrimonio pero italianos en el momento del divorcio], SAP

⁵⁶ SAP Málaga de 7 febrero 1994, *REDI*, 1995, pp. 232-235. Sobre el reenvío y el ajuste de la localización, *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA, "Sucesión hereditaria", en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado parte especial*, 1995, pp. 393-422; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Sucesión internacional y reenvío", *Estudios de Deusto*, vol. 55/2, Julio-Diciembre 2007, pp. 59-121; I. LORENTE MARTÍNEZ, "La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015. Derecho Sucesorio Internacional y lectura económica del reenvío", *CDT*, 2015, pp. 466-475.

⁵⁷ SAP Madrid 30 septiembre 2019 [ECLI:ES:APM:2019:8814]. *Vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Cuando el Derecho internacional privado hace posible lo imposible: aplicación por tribunales españoles de convenios internacionales no en vigor para España", en <http://accursio.com/blog/?p=1031> (consultado el 17 mayo 2020).

Barcelona 19 enero 2012 [divorcio entre cónyuges antes marroquíes y ahora españoles]]⁵⁸. Ahora bien, un inconveniente surge en el caso de que resulte aplicable la Ley de un país que, en el momento del litigio ya no presenta vinculación alguna con la situación, una Ley de aplicación imprevisible para los cónyuges.

iv) Apatridia y nacionalidad indeterminada de los cónyuges

36. Si uno de los contrayentes, o ambos, es apátrida o su nacionalidad es indeterminada, debe acudir al art. 9.10 CC y, en su caso, al art. 12.1 de la Convención de Nueva York sobre el estatuto de los apátridas de 28 septiembre 1954⁵⁹. Se considerará, por lo tanto, como “Ley personal” de tal sujeto la que corresponda a su “domicilio”, “residencia” o “residencia habitual”, según los casos.

v) Efectos del matrimonio entre españoles en casos internacionales e interregionales

37. Cuando se trata de matrimonio entre españoles, la Ley aplicable a los efectos del matrimonio es la Ley española (art. 9.2.I CC: conexión nacionalidad común). Ahora bien, visto que en España coexisten distintas legislaciones sobre efectos del matrimonio, debe perfilarse qué Derecho Privado español, común o foral, rige los efectos del matrimonio. El legislador español ha previsto varias soluciones para este caso concreto (art. 16.1 y 3 CC), soluciones que arranca de una premisa metodológica básica: la Ley personal de cada cónyuge será la Ley que corresponde a su vecindad civil (art. 16.1.1º CC: “*Será ley personal la determinada por la vecindad civil*”).

Primera solución. Si los arts. 9.2 y 3 CC conducen a la aplicación de “una” legislación española, ésta es aplicable. En efecto, el art. 16.3 *in primis* CC indica que “[l]os efectos del matrimonio entre españoles se regularán por la ley española que resulte aplicable según los criterios del artículo 9” (SAP Navarra 31 julio 2003 [cónyuges con vecindad civil navarra y conquistas]; STS 28 enero 2000 [el régimen económico del matrimonio entre cónyuges con vecindad civil catalana es el de separación de bienes del Derecho catalán])⁶⁰. Ejemplo: si madrileña y murciano se casan en París, ciudad donde instalan su primera residencia habitual común, la Ley aplicable a los efectos de su matrimonio es la Ley española y en concreto, el Derecho español civil común, pues ambos disponen de la misma Ley personal, ambos ostentan la misma vecindad civil, la vecindad civil común.

Segunda solución. Si los arts. 9.2 y 3 CC conducen a una Ley que no sea española, se aplicará la regulación de los efectos del matrimonio recogida en el Código Civil. En efecto, el art. 16.3 *in primis* CC indica que “[l]os efectos del matrimonio entre españoles se regularán por la ley española que resulte aplicable según los criterios del artículo 9 y, en su defecto [esto es: cuando no exista “una” ley española única que según el art. 9.2 y 3 CC] por el Código civil”. Ejemplo: si madrileña y catalán contraen matrimonio en Berlín, ciudad donde instalan su primera residencia habitual común, la Ley aplicable a los efectos de su matrimonio debería ser la Ley alemana (art. 9.2 CC conexión tercera, pues no existe una Ley personal común, vista la diferente vecindad civil de los cónyuges). Pues bien, el art. 16.3 CC reacciona ante esta solución e indica que la Ley aplicable debe ser la Ley española (= ambos cónyuges son españoles) y en concreto, la regulación sustantiva de los efectos del matrimonio recogida en el Código civil, lo que incluye, naturalmente, el régimen de gananciales como régimen supletorio o general. Esta solución es criticable. En efecto, esta solución otorga al Derecho Civil común un carácter general que no está justificado, una preferente aplicación en perjuicio de los Derechos Civiles autonómicos, como señala C.I. ASUA GONZÁLEZ⁶¹.

⁵⁸ SAP Barcelona 4 febrero 2015 [CENDOJ 08019370122015100071]; SAP Asturias 6 septiembre 2013 [CENDOJ 33044370042013100262]; SAP Girona 18 abril 2013 [CENDOJ 17079370012013100130]; SAP Barcelona 19 enero 2012 [CENDOJ 08019370122012100007]; SAP Barcelona 29 febrero 2012 [CENDOJ 08019370122012100103].

⁵⁹ Convención sobre el estatuto de los apátridas, hecha en Nueva York el 28 septiembre 1954 (BOE núm. 159 de 4 julio 1997).

⁶⁰ SAP Navarra 31 julio 2003 [CENDOJ 31201370022003100270]; STS 28 enero 2000 [CENDOJ 28079110012000101705].

⁶¹ C.I. ASUA GONZÁLEZ, “Algunas cuestiones en relación al régimen civil aplicable a los efectos del matrimonio entre personas de distinta vecindad civil, el párrafo tercero del art. 16 CC”, *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, núms.11-12, enero-agosto 1991, pp. 73-88.

Tercera solución. Para reducir los efectos negativos de la solución anterior, el art. 16.3 *in fine* CC indica que si, a tenor de los arts. 9.2 y 3 CC la Ley reguladora de los efectos del matrimonio no es una sola y única Ley española, “*se aplicará el régimen de separación de bienes del Código civil si conforme a una y otra ley personal de los contrayentes hubiera de regir un sistema de separación*”.

Un primer ejemplo puede resultar útil para comprender el funcionamiento de tan curiosa disposición legal. Varón de vecindad civil catalana y mujer de vecindad civil balear y mallorquina] contraen matrimonio en Palma de Mallorca e instalan su residencia habitual en el Puerto de Santa María. La Ley aplicable a su régimen económico matrimonial debería ser el Derecho civil común español (art. 9.2 CC, conexión tercera: residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio). Ahora bien, ello llevaría a la aplicación del régimen de gananciales previsto en el Código civil cuando, paradójicamente, tanto el Derecho catalán como el Derecho mallorquín recogen como régimen general supletorio a falta de capitulaciones matrimoniales, el régimen de separación de bienes. Pues bien, ante ello, el art. 16.3 CC indica que se aplicará el régimen de separación de bienes previsto en el Código civil español (SAP Cádiz 10 abril 2019 [régimen económico matrimonial y vecindad civil catalana y mallorquina])⁶².

Un segundo ejemplo también puede ayudar. Matrimonio celebrado en Estambul entre española de vecindad civil balear y español de vecindad civil catalana, ambos con residencia habitual en Turquía. Se debe aplicar la regulación sustantiva del régimen de separación contenida en el Código Civil y no el régimen catalán ni el balear de separación de bienes.

Tras esta solución late una idea inveterada e inmarcesible: el conflicto de leyes se produce entre dos legislaciones que recogen la separación de bienes (= las leyes nacionales de cada uno de los cónyuges), por lo que resulta absurdo e imprevisible para los cónyuges que se acabe en la aplicación de una tercera legislación que impone un régimen de gananciales. El legislador piensa que no hay un verdadero conflicto de leyes entre ordenamientos jurídicos que recogen, ambos, la separación de bienes como régimen económico matrimonial en defecto de pacto. Es curiosa de todos modos la solución, pues, con arreglo al ejemplo antes expuesto, el conflicto de leyes entre el Derecho catalán y el Derecho balear se solventa con la aplicación del Derecho civil común español. Vence el conflicto de leyes la legislación que no interviene en dicho conflicto: *tertium datur*.

b) Elección de Ley por los cónyuges

i) Condiciones para una válida elección de Ley

38. Si los cónyuges no ostentan nacionalidad común, el art. 9.2.I CC permite a los cónyuges, dentro de ciertos límites, elegir la Ley reguladora de los “efectos del matrimonio”. Es un punto de conexión vanguardista que el legislador español copió en 1990 del Derecho internacional privado alemán. La Ley elegida por los cónyuges regulará todos los efectos del matrimonio, personales y patrimoniales.

39. Los cónyuges pueden elegir las siguientes leyes estatales en el marco del art. 9.2 CC: (a) Ley personal de cualquiera de los cónyuges en el momento de contraer matrimonio; (b) Ley de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges en el momento de contraer matrimonio. Es dudoso que los cónyuges puedan elegir, ante el silencio del precepto al respecto, una Ley estatal que regule los “efectos personales” y otra Ley diferente que regule los “efectos patrimoniales” del matrimonio. Parece más adecuado sostener la tesis negativa, pues el art. 9.2 CC está edificado sobre la idea regulativa fundamental de la unidad de la Ley reguladora de todos los efectos jurídicos del matrimonio.

40. Para una válida elección de Ley aplicable a los efectos del matrimonio, el art. 9.2.I CC exige la concurrencia de varios requisitos.

⁶² SAP Cádiz 10 abril 2019 [ECLI:ES:APCA:2019:411].

En primer término, la elección de Ley debe constar en “documento auténtico”. Documento auténtico es un documento otorgado ante funcionario público, generalmente un notario o equivalente, que puede ser español o extranjero.

En segundo lugar, la elección de Ley debe ser anterior a la celebración del matrimonio. No se especifica el momento en el que debe llevarse a cabo, por lo que la elección puede ser muy anterior a la celebración del matrimonio. La elección de Ley no surte efectos jurídicos si el matrimonio no llega a celebrarse.

En tercer lugar, la Ley debe ser elegida “por ambos cónyuges”. Ello evita fraudes e “imposiciones de ley” por parte de alguno de los cónyuges. El legislador ha exigido un acto personalísimo. Por ello no debe aceptarse que un contrayente otorgue un “poder de representación” en favor del otro contrayente para que elija, también en su nombre, la Ley aplicable a los efectos del matrimonio. El fedatario público se cerciorará de este extremo. Ahora bien, cuando eligen dicha Ley aplicable, los cónyuges no son todavía tales. Son “contrayentes”, visto que la elección de la Ley aplicable debe, necesariamente, llevarse a cabo antes de la celebración del matrimonio. Debe entenderse que el art. 9.2 CC, aunque alude a la Ley elegida por los “cónyuges”, se refiere, en realidad a “los (futuros) cónyuges”.

En cuarto lugar, los cónyuges sólo pueden elegir la Ley reguladora de los efectos del matrimonio si, en el momento de la celebración del mismo, no ostentan la misma nacionalidad. Ello comporta una evidente discriminación por razón de la nacionalidad: los sujetos que ostentan la misma nacionalidad no pueden elegir la Ley reguladora de los efectos de su matrimonio.

En quinto término, la Ley que rige la capacidad para elegir la Ley aplicable es la Ley nacional de cada cónyuge (art. 9.1 CC). La Ley que debe regir el consentimiento y sus posibles vicios es la Ley presuntamente elegida por los cónyuges. Esta solución evita el *Forum Shopping* y proporciona seguridad jurídica.

En sexto lugar, el art. 9.2 CC no exige que la elección de la Ley aplicable a los efectos del matrimonio sea expresa. Por tanto, con U.P. GRUBER, puede afirmarse que los cónyuges podrían indicar, simplemente que los efectos de su matrimonio se someten, por ejemplo, a “la Ley del país de la residencia del esposo” o “por la Ley del país de la nacionalidad de la esposa”⁶³. En esta línea, el TS ha admitido una elección tácita de dicha Ley aplicable los efectos del matrimonio (STS 28 abril 2014 [sucesión hereditaria de causante italiano])⁶⁴. Para el TS, si los cónyuges indican en capitulaciones matrimoniales que su residencia habitual común tras el matrimonio estará localizada en España, se produce una elección tácita de la Ley española a los efectos de dicho matrimonio. En realidad, el resultado es el mismo que el que se produciría de no existir dicho pacto, ya que a falta de nacionalidad común de los cónyuges la Ley reguladora de los efectos del matrimonio es la Ley del país de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio.

41. Una vez elegida la Ley aplicable a los efectos del matrimonio, dicha Ley es inmutable en el tiempo. Por eso, puede suceder que los esposos se hallen, años después de celebrado el matrimonio, en circunstancias alejadas del país cuya Ley eligieron antes de contraer matrimonio. Ello puede perjudicar sus intereses. Pero que no cunda el pánico: los cónyuges siempre pueden otorgar capitulaciones matrimoniales con arreglo a otra Ley en el marco del art. 9.3 CC. Lo que sí permanece inamovible es la Ley reguladora de los efectos personales del matrimonio, algo que no es adecuado ni justo.

(ii) Ventajas prácticas de una elección de Ley en el contexto del art. 9.2 CC

42. Las ventajas del punto de conexión “elección de Ley” en el plano práctico son diversas. Permite a los cónyuges la elección de la Ley aplicable a los efectos de su matrimonio potencia el “libre desarrollo de la personalidad”, principio constitucional, según indica F. STURM en su ya clásico trabajo⁶⁵:

⁶³ U.P. GRUBER, “Die konkludente Rechtswahl im Familienrecht (KG, S. 71)”, *IPRax*, 2014-1, pp. 53-57.

⁶⁴ STS 28 abril 2014 [CENDOJ 28079110012014100234].

⁶⁵ F. STURM, “Parteiautonomie als bestimmender Faktor im internationalen Familien- und Erbrecht”, en *Recht und Rechtserkenntnis, Festschrift Ernst Wolf*, Köln, 1985, pp. 637-658.

cada pareja de cónyuges elige la Ley que responde al “modelo matrimonial” preferido. Por otra parte, la posibilidad de elegir la Ley aplicable favorece la integración voluntaria de los cónyuges emigrantes extranjeros en el contexto social y jurídico del “país de acogida”. Sin embargo, también permite que dichos cónyuges mantengan las vinculaciones culturales y/o jurídicas con su país de origen. Por ello, la conexión potencia una auténtica sociedad multicultural que se construye sobre el intercambio de valores entre culturas diferentes. Debe tenerse presente también que la elección de Ley es una solución sencilla: favorece la seguridad y previsibilidad de la Ley aplicable. Y es una solución “abierta a resultados materiales”, pues los cónyuges elegirán la Ley cuyo contenido sustancial les resulte más favorable. Además, esta solución puede potenciar la unidad de la Ley aplicable a las relaciones de familia -celebración del matrimonio, relaciones de filiación, etc.-

43. No debería admitirse un reenvío de primer grado en relación con la Ley elegida por las partes en virtud del art. 9.2.I CC. Ello frustraría las expectativas de las partes, pues se entiende que cuando éstas eligen un Derecho estatal, eligen un Derecho estatal “sustantivo”. Por ello, puede presumirse que la posibilidad de elección de Ley contenida en el art. 9.2.I CC se refiere, exclusivamente, a las normas materiales del Derecho estatal elegido por los cónyuges.

c) Residencia habitual común

44. Si los cónyuges no ostentan nacionalidad común y no han elegido la Ley reguladora de los efectos del matrimonio, éstos se rigen por la Ley del país de “*residencia habitual común de los cónyuges inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio*”. La emergencia de este punto de conexión, algo evidente en el Reglamento 2016/1003, señala B. HEIDERHOFF, contrasta con el papel relegado que despliega en el art. 9.2 CC, siempre por detrás no sólo de la autonomía de los cónyuges, sino de la Ley nacional común de los mismos⁶⁶.

45. La “residencia habitual común” de los cónyuges es una “noción fáctica”. Corresponde al lugar que constituye el “centro de la vida de la familia”, con independencia de que los cónyuges estén oficialmente domiciliados, inscritos o empadronados en dicho Estado o en otro. La “residencia habitual” implica “permanencia física” de los cónyuges en un lugar (*domus colere*) y “voluntad de permanecer” establemente (*animus manendi*) en un país (SAP Barcelona 7 mayo 2019 [régimen económico matrimonial entre cubana e italiano]; SAP Valencia 15 febrero 2018 [divorcio entre cónyuges de nacionalidad portuguesa e inglesa]; SAP Tarragona 18 enero 2017 [régimen de separación de bienes catalán]; SAP Barcelona 25 febrero 2014 [menor colombiano], SAP Barcelona 5 marzo 2014 [nacionalidad francesa de demandante y española del demandado y doble nacionalidad de los hijos comunes con residencia habitual en Cataluña], SAP Asturias 6 septiembre 2013 [divorcio entre cónyuges con residencia habitual en Inglaterra], SAP Barcelona 3 junio 2013 [divorcio entre español y dominicana])⁶⁷.

Muy bien indica, en este sentido, la SAP Cádiz 10 abril 2019 [régimen económico matrimonial y vecindad civil catalana y mallorquina] que “*por residencia habitual debemos entender la residencia real con ánimo y vocación de permanencia en el mismo lugar y no la meramente coyuntural*”⁶⁸. Si los cónyuges residen en el mismo país pero no residen de manera “habitual”, el punto de conexión no opera. La prueba de la residencia habitual común compete a las partes, como bien precisa la SAP Las Palmas 5 diciembre 2007 [matrimonio celebrado en Suiza entre español y suiza ambos con residencia habitual en España]⁶⁹.

⁶⁶ B. HEIDERHOFF, “Die EU-Güterrechtsverordnungen”, *IPRax*, 2018-1, pp. 1-11.

⁶⁷ SAP Barcelona 7 mayo 2019 [ECLI:ES:APB:2019:4774]; SAP Valencia 15 febrero 2018 [ECLI:ES:APV:2018:480]; SAP Tarragona 18 enero 2017 [ECLI:ES:APT:2018:33]; SAP Barcelona 25 febrero 2014 [CENDOJ 08019370122014100153]; SAP Barcelona 5 marzo 2014 [CENDOJ 08019370122014100154]; SAP Asturias 6 septiembre 2013 [CENDOJ 33044370042013100262]; SAP Barcelona 3 junio 2013 [CENDOJ 08019370122013100397].

⁶⁸ SAP Cádiz 10 abril 2019 [ECLI:ES:APCA:2019:411].

⁶⁹ SAP Las Palmas 5 diciembre 2007 [CENDOJ 35016370052007100412].

46. El punto de conexión “residencia habitual común” está fijado en el tiempo. Debe considerarse la residencia habitual común pero sólo si es “*inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio*”. Esta precisión temporal plantea problemas tan complejos como fascinantes que conviene analizar *cum grano salis*.

47. El precepto no se refiere a la “primera residencia habitual común” de los cónyuges una vez celebrado el matrimonio. El precepto se refiere, por el contrario, a una residencia habitual “común” e “*inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio*”. Por tanto, si celebrado el matrimonio, la residencia habitual común no se fija inmediatamente, sino que se concreta en un momento posterior, momento hasta el cual los cónyuges residen habitualmente en países diferentes, este tercer punto de conexión no opera (SAP Zaragoza 28 febrero 2003)⁷⁰.

48. Este punto de conexión ha sido fijado en el tiempo por el legislador para evitar problemas de conflicto móvil y para reforzar la seguridad jurídica y la previsibilidad de la Ley aplicable para las partes (SAP Barcelona 29 enero 2018 [matrimonio con primera residencia en Aragón y posterior en Cataluña]; SAP Barcelona 30 junio 2009 [divorcio entre austriaco y española con residencia común en España], SAP Barcelona 17 abril 2007 [matrimonio entre español y suiza con primer lugar de residencia habitual común en Alemania])⁷¹. En efecto: si los cónyuges han residido en varios países, sólo es relevante el país en el que fijan su residencia habitual inmediatamente después del matrimonio. Los cambios posteriores de residencia habitual de los cónyuges a otros países son irrelevantes (SAP Barcelona 19 marzo 2003)⁷².

49. Si los cónyuges contraen matrimonio y tardan un cierto tiempo en fijar su residencia habitual en un país concreto, debe examinarse la intención de los cónyuges. Dos hipótesis surgen, muy bien ilustradas por la ejemplar SAP Granada 13 abril 2005: (a) Si permanecen en un país, por escaso tiempo que sea, pero con voluntad de permanencia estable en dicho país, la Ley de dicho Estado será aplicable a los efectos del matrimonio; (b) Si la permanencia en el “primer país” es meramente transitoria, provisional, accidental y muy breve, y se trasladan posteriormente a un “segundo país”, donde fijan su primera residencia habitual común, la Ley de este segundo país será aplicable a los efectos del matrimonio⁷³. Así puede verse en la SAP Baleares 13 febrero 2019 [régimen económico de matrimonio entre rusa y alemán celebrado en Moscú]: tras el matrimonio en Rusia, un mes más tarde el esposo se trasladó a vivir a Mallorca y la esposa lo hizo cuatro meses después: la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio está en Mallorca⁷⁴. Es irrelevante que, según la esposa, hayan vivido en Mallorca con arreglo al régimen de “comunidad de bienes”. La Ley aplicable es la española y en concreto la Ley balear y mallorquina, que fija un régimen de separación de bienes.

50. Si los cónyuges otorgan un documento en el que expresan cuál es el “lugar de su residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio”, dicha declaración documental no vincula al juez español. El juez debe comprobar en qué verdadero “lugar” radica la “residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio” (RDGRN [3ª] 8 enero 2004)⁷⁵.

51. Este punto de conexión es operativo también en relación con cuestiones de Derecho interregional, como puede apreciarse entre otras muchas, en la SAP Girona 10 junio 2014 [Ley catalana rectora de los efectos del matrimonio]⁷⁶.

⁷⁰ SAP Zaragoza 28 febrero 2003 [CENDOJ 50297370042003100045].

⁷¹ SAP Barcelona 29 enero 2018 [ECLI:ES:APB:2018:1058]; SAP Barcelona 30 junio 2009 [CENDOJ 08019370182009100329]; SAP Barcelona 17 abril 2007 [CENDOJ 08019370182007100180].

⁷² SAP Barcelona 19 marzo 2003 [CENDOJ 08019370122003100168].

⁷³ SAP Granada 13 abril 2005 [JUR 2005/138285].

⁷⁴ SAP Baleares 13 febrero 2019 [ECLI:ES:APIB:2019:165].

⁷⁵ RDGRN [3ª] 8 enero 2004 [R. 2004/2371].

⁷⁶ SAP Girona 10 junio 2014 [CENDOJ 17079370012014100186].

d) Lugar de celebración del matrimonio

52. Si los cónyuges ostentan distinta nacionalidad, no han elegido la Ley reguladora de los efectos del matrimonio, y no han fijado una residencia habitual común inmediatamente posterior al matrimonio, se aplicará la Ley del país de celebración del matrimonio. Así, puede verse el funcionamiento de la conexión en el caso de una mujer cubana y un varón español que contrajeron matrimonio en Cuba. Tras el matrimonio, los cónyuges continuaron viviendo cada uno en su país, y sólo posteriormente, la esposa vino a vivir con su marido a España. No otorgaron capitulaciones matrimoniales. Es preciso determinar la Ley aplicable a los efectos de este matrimonio. Pues bien, la Ley aplicable a los efectos de este matrimonio, incluido naturalmente el régimen económico matrimonial es la Ley cubana, que es la Ley del país de celebración del matrimonio (SAP Zaragoza 28 febrero 2003)⁷⁷.

53. Esta Ley puede corresponder a un país con el que el supuesto no presenta ninguna “vinculación sustancial”, pues el lugar de celebración del matrimonio puede ser accidental, accesorio o meramente coyuntural, como ocurre con los matrimonios celebrados en lugares exóticos: Bahamas, Bali, Cancún, India, Las Vegas, etc. (A.N. MAKAROV)⁷⁸. La Ley del país de celebración del matrimonio es una “conexión de cierre” prevista para casos vinculados con muchos países, casos en los que no es sencillo detectar una “mayor proximidad” del supuesto con un país. Al menos, es un punto de conexión que concreta, con seguridad jurídica, cuál es la Ley estatal reguladora de los efectos del matrimonio y, en realidad, siempre demuestra una conexión con la intención de los cónyuges. En efecto, éstos no pueden afirmar que el matrimonio no tiene conexión alguna con el país en cuyo territorio se ha celebrado, pues ellos mismos decidieron contraer el enlace en dicho Estado.

54. El precepto se refiere al “lugar” de celebración. De ahí puede deducirse que el legislador ha evitado la aplicación del art. 12.5 CC. De ese modo, cuando el matrimonio se ha celebrado en un Estado plurilegislativo, la Ley aplicable es la Ley que corresponde a la región o estado con Derecho propio en cuyo correspondiente territorio se ha celebrado el enlace matrimonial.

55. Esta conexión es también operativa en casos de Derecho interregional, como bien demuestra la SAP Baleares 11 junio 2014 [causante con vecindad civil ibicenca y régimen económico matrimonial regido por el Derecho civil común español]⁷⁹.

C) Ámbito de la Ley designada por el art. 9.2 CC

56. La Ley designada por el art. 9.2 CC sólo regula las “relaciones jurídicas entre los cónyuges”. En concreto, dicha Ley regula los siguientes aspectos.

57. En primer lugar, la Ley designada por el art. 9.2 CC rige las relaciones económicas entre los cónyuges y el régimen económico matrimonial. Ello es así incluso en los casos en los que, como sucede en Gran Bretaña, el concepto de “régimen económico del matrimonio” no exista. En otras palabras: las relaciones económicas entre los cónyuges y de éstos frente a terceros se rigen por el art. 9.2 CC y no por la Ley del país de situación de los bienes (art. 10.1 CC), como ha sido correctamente señalado (V. MAR-TORELL GARCÍA). Por otro lado, en los supuestos internacionales, es frecuente que los cónyuges indiquen, en las escrituras de compraventa, que su régimen económico matrimonial es uno u otro. Ahora bien, tales manifestaciones hechas por los cónyuges en dichas escrituras no prueban nada en relación con dicho régimen económico matrimonial. La eficacia probatoria de la escritura pública comprende el contenido

⁷⁷ SAP Zaragoza 28 febrero 2003 [CENDOJ 50297370042003100045].

⁷⁸ A.N. MAKAROV, “Réflexions sur l'interprétation des circonstances de rattachement dans les règles de conflit faisant partie d'une convention internationale”, *Mélanges offerts à J. Maury*, vol. I, París, Dalloz & Sirey, 1960, pp. 207230.

⁷⁹ SAP Baleares 11 junio 2014 [CENDOJ 07040370052014100175].

de dicho documento pero no las "cualidades o apreciaciones jurídicas", aspecto que corresponde valorar a los tribunales. El notario se limita a dar fe, respecto de tercero, del hecho que motiva el otorgamiento de la escritura y de la fecha (SAP Barcelona 12 febrero 2013)⁸⁰.

58. En segundo lugar, la Ley designada por el art. 9.2 CC rige también las relaciones personales entre los cónyuges o "efectos personales" del matrimonio. Esta Ley también rige las posibles consecuencias jurídicas de la infracción de estos deberes conyugales extrapatrimoniales.

59. La Ley a la que conduce el art. 9.2 CC regula del mismo modo la disolución del régimen económico matrimonial. La cuestión de decidir si procede o no la disolución del régimen económico matrimonial, tras un divorcio, separación judicial, o declaración de fallecimiento, es un posible efecto jurídico de la declaración de divorcio / separación judicial sobre la economía matrimonial y los bienes de los cónyuges. Por tanto, debe regirse por la Ley que regula la institución afectada, esto es, los efectos del matrimonio, Ley determinada con arreglo al art. 9.2 y 3 CC. No debe aplicarse a esta cuestión ni la Ley que rige el divorcio ni la *Lex Fori* (con error no exento de confusión: SAP Asturias 6 septiembre 2013 [divorcio entre cónyuges ingleses])⁸¹.

60. Esta Ley designada por el art. 9.2 CC rige también la liquidación del régimen económico matrimonial. Esta cuestión queda sujeta a la Ley indicada por el art. 9.2 CC (SAP Barcelona 19 abril 2012 [divorcio entre cónyuges portugueses], SAP Barcelona 22 marzo 2010 [disolución de régimen económico matrimonial de cónyuges polacos])⁸². Solución que se sigue también en otros países (Sent. Cass. Francia 23 mayo 2006)⁸³. Los trámites procesales son los fijados en la Ley española (art. 3 LEC) (SAP Barcelona 25 septiembre 2018 [esposos argentinos]; SAP Barcelona 12 septiembre 2018 [cónyuges uruguayos])⁸⁴.

61. Ciertas consecuencias jurídicas derivadas del matrimonio no quedan sujetas a la Ley designada por el art. 9.2 CC.

Así, el nombre de la mujer casada se rige por la Ley designada por el Convenio de Munich de 5 septiembre 1980, relativo a la ley aplicable a los nombres y apellidos.

Las limitaciones de la capacidad de obrar que puedan derivar del matrimonio para alguno de los cónyuges. Este aspecto se rige por el art. 9.1 CC (STS 17 abril 1956), es decir, por la Ley personal del cónyuge⁸⁵. Ahora bien: el orden público internacional español evitará la aplicación de las limitaciones jurídicas que atenten contra el principio de igualdad entre los cónyuges. En otros casos, como, *ad ex.*, en el supuesto de la incapacidad derivada de la "prohibición veyeyana", antigua prohibición que, en defensa de la mujer, la incapacitaba para concluir contratos, y garantizaba el cumplimiento de las obligaciones del marido, se puede recurrir a la "excepción del interés nacional" (art. 13 RR-I y art. 10.8 CC).

La filiación de los hijos matrimoniales es cuestión sujeta a la Ley designada por el art. 9.4 CC. La Ley aplicable a las medidas de protección de los menores, incluida, como es natural, la patria potestad, se determina con arreglo al Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 [protección del niño]⁸⁶.

Las donaciones inter-conyugales se regulan por la Ley designada por el Reglamento Roma I de 17 junio 2008 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales. En el caso de donaciones incluidas

⁸⁰ SAP Barcelona 12 febrero 2013 [CENDOJ 08019370182013100046].

⁸¹ SAP Asturias 6 septiembre 2013 [CENDOJ 33044370042013100262].

⁸² SAP Barcelona 19 abril 2012 [CENDOJ 08019370122012100294]; SAP Barcelona 22 marzo 2010 [CENDOJ 08019370162010100124].

⁸³ Sentencia de la Cour de Cassation, Chambre civile 1 (Francia), 23 mayo 2006, *Bulletin*, 2006, I, n. 262 p. 230; <https://beta.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007052616>.

⁸⁴ SAP Barcelona 25 septiembre 2018 [ECLI:ES:APB:2018:8937]; SAP Barcelona 12 septiembre 2018 [ECLI:ES:APB:2018:7603].

⁸⁵ STS 17 abril 1956 [R.1933].

⁸⁶ Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 octubre 1996 (BOE núm. 291 de 2 diciembre 2010).

en capitulaciones matrimoniales, el art. 9.3 CC es aplicable (erróneamente: STS 5 junio 2000)⁸⁷. Si se trata de donaciones reguladas por el Derecho de Familia, se aplican dichas normas y no el Reglamento Roma I.

La creación de una sociedad entre los cónyuges se rige por su propia Ley reguladora (*Lex Societatis*), determinada con arreglo al art. 9.11 CC. No obstante, la Ley que rige los efectos del matrimonio puede establecer limitaciones o prohibiciones a la hora de crear tal sociedad (E. RODRÍGUEZ PINEAU)⁸⁸.

Finalmente, el art. 9.8 CC indica expresamente que “*los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes*”, una solución de “adaptación en sentido amplio”, explica A.-L. CALVO CARAVACA⁸⁹. Sin embargo, esta disposición sólo es aplicable, hoy día, a los casos de Derecho interregional. En supuestos internacionales, los derechos sucesorios del cónyuge viudo quedan sujetos, de forma radical, advierte I. ANTÓN JUÁREZ, a la Ley que regula la sucesión *mortis causa* determinada con arreglo al Reglamento sucesorio europeo 650/2012⁹⁰.

3. Ley aplicable a los pactos y capitulaciones matrimoniales

A) Reglas generales

62. Los cónyuges pueden celebrar entre sí todo tipo de acuerdos, convenios, pactos, o contratos. Desde el punto de vista del Derecho internacional privado, expone A. FUSARO, existen varios tipos de acuerdos que pueden celebrar los cónyuges entre sí⁹¹.

En primer lugar, los acuerdos, pactos o contratos que regulan aspectos no relacionados con los efectos del matrimonio. En virtud de estos contratos, los cónyuges pueden acordar, dentro de los límites legales, todo aquello que deseen con efectos legales vinculantes: ventas de bienes, creación de sociedades civiles o mercantiles, donaciones mutuas, etc. Se trata de acuerdos no relacionados con el matrimonio que une a los cónyuges firmantes, acuerdos que no regulan ningún aspecto de las relaciones jurídicas entre cónyuges. Se trata de relaciones patrimoniales no reguladas por el Derecho de Familia. En los casos internacionales, la Ley aplicable a estos contratos se determina con arreglo a las normas de conflicto del Reglamento Roma I de 2008. En el caso de constitución de sociedades por los cónyuges, se aplica la Ley que rige la sociedad creada (arts. 8 y 9 TRLSC).

En segundo término, los acuerdos que regulan efectos personales del matrimonio constituyen contratos que tienen como objeto la reglamentación concreta de los llamados “efectos personales del matrimonio” o “relaciones personales entre los cónyuges”. Así, son célebres los casos de personajes famosos que estipulan cuestiones tales como la frecuencia de las relaciones sexuales, el modo en el que se deben llamar uno al otro, la religión que deben observar, las relaciones que pueden tener con terceros, etc. Se trata, en todo caso, de acuerdos y contratos que no están relacionados con la economía matrimonial. En los casos internacionales, la Ley aplicable a estos contratos o acuerdos se fija con arreglo a la Ley estatal a la que conduce el art. 9.2 CC. Dicha Ley decidirá si cabe pactar sobre estos efectos personales del matrimonio y hasta qué límite.

En tercer lugar, los pactos o capitulaciones matrimoniales. Los pactos o capitulaciones matrimoniales son contratos celebrados entre los cónyuges, antes o después del matrimonio y en cuya virtud tales cónyuges establecen, modifican o sustituyen el régimen económico de sus bienes. Son,

⁸⁷ STS 5 junio 2000 [CENDOJ 28079110012000102037].

⁸⁸ E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Comares, Granada, 2002, pp. 102-105.

⁸⁹ A.-L. CALVO CARAVACA, “Sucesión hereditaria”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado parte especial*, 1995, pp. 393-422; Id., “La sucesión hereditaria en el Derecho internacional privado español”, *RGD*, 1986, pp. 31033138.

⁹⁰ I. ANTÓN JUÁREZ, “Régimen económico matrimonial, derechos sucesorios del cónyuge superviviente y Certificado Sucesorio Europeo: ¿una combinación explosiva?”, *CDT*, 2018, vol. 10, núm. 2, pp. 769-780.

⁹¹ A. FUSARO, “Marital contracts, eheverträge, convenzioni e accordi prematrimoniali. Linee di una ricerca comparatistica”, *La nuova Giurisprudenza civile commentata*, 2012, n° 7-8, pp. 475-483. También P. GANNAGÉ, “La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille”, *RCDIP*, 1992, vol. LXXXI, pp. 425-454.

por tanto, contratos que regulan el régimen jurídico de la economía matrimonial: las reglas que rigen la propiedad y administración de los bienes de los cónyuges, las aportaciones que los cónyuges o terceras personas deben hacer, en su caso, a la sociedad conyugal o al uso y disfrute común por parte de los miembros de la familia, y disposiciones similares. Tales acuerdos pueden regular el entero régimen económico del matrimonio o sólo un aspecto o parcela del mismo. El régimen jurídico de estos pactos o capitulaciones matrimoniales en DIPr. español se recoge en dos preceptos legales: los párrafos 2 y 3 del art. 9 CC.

63. La naturaleza jurídica de las capitulaciones matrimoniales es, como todo en Derecho, ampliamente discutida. Puede decirse que las capitulaciones matrimoniales constituyen un negocio jurídico singularmente complejo, cuya eficacia se prolonga en el tiempo que dure el matrimonio o hasta que se modifiquen o supriman. Su objeto es crear un estatuto jurídico de los bienes del matrimonio más que crear derechos y obligaciones entre los cónyuges. En general, puede decirse que las capitulaciones matrimoniales constituyen contratos o convenciones matrimoniales sujetas a la *condictio juris* de la celebración del matrimonio (*si nuptiae fuerint secutae*) o bien contratos accesorios al matrimonio. Se trata, en definitiva, de un contrato o negocio de Derecho de familia. Es frecuente que en un mismo documento (*instrumentum*), con asiduidad llamado simplemente "capitulaciones matrimoniales", se contenga no sólo el establecimiento de un régimen económico del matrimonio en cuestión, sino otros pactos o acuerdos interconyugales relativos a los efectos personales del matrimonio y a la disolución del matrimonio. En todo caso, como se ha indicado esta unidad documental no significa unidad jurídica. Por tanto, sólo los acuerdos que afectan a la economía matrimonial deben ser considerados pactos y capitulaciones matrimoniales en el sentido del 9.3 CC. En Derecho Romano no existían capitulaciones matrimoniales y el régimen económico matrimonial era el fijado legalmente. En la Edad Media tampoco eran frecuentes las capitulaciones matrimoniales, puesto que lo que los investigadores jurídicos de la Antigüedad han encontrado son promesas de matrimonio con pago de dote. En las Partidas alfonsinas tampoco se regulan unas auténticas capitulaciones matrimoniales, sino la dote, la escritura de promesa de casamiento, la escritura de obligación de casar, de arras y similares. En realidad, las capitulaciones matrimoniales no aparecen hasta el siglo XVII. En los derechos forales españoles gozan las capitulaciones matrimoniales de honda tradición y se concebían, más bien, como pactos de familia, en los que intervenían no sólo los cónyuges sino también otros integrantes de la familia que realizaban donaciones, otorgaban pactos sucesorios, etc. Fue en particular en Cataluña donde se extendió en gran medida la práctica de celebrar capitulaciones matrimoniales ya en el siglo XVII en todo tipo de familias y no sólo en las que contaban con un patrimonio notable.

64. Los pactos y capitulaciones matrimoniales que regulan la vida económica del matrimonio y celebrados entre los cónyuges están sujetos a la Ley que regula los efectos del matrimonio en general. Dicha Ley se determina con arreglo al art. 9.2 CC. En efecto, la directriz de política jurídica empleada por el legislador en 1990, año de redacción del art. 9.2 y 3 CC hoy en vigor, fue sujetar todos los efectos jurídicos derivados del matrimonio, personales y patrimoniales, a una sola y única Ley estatal reguladora, la Ley designada por el art. 9.2 CC. Por tanto, en los casos internacionales, el art. 9.2 CC determina la Ley aplicable al régimen económico matrimonial, ya existan o no existan acuerdos, pactos o capitulaciones otorgadas por los cónyuges para regular el régimen económico del matrimonio.

B) El art. 9.3 CC: cláusula salvatoria de la validez de los pactos y capitulaciones matrimoniales

65. Sin perjuicio del carácter general del art. 9.2 CC y de su voluntad de designar la Ley reguladora de todos los efectos del matrimonio en los casos internacionales, incluidos los pactos o capitulaciones matrimoniales, este art. 9.2 CC aparece complementado por una norma específica: el art. 9.3 CC. Se trata de una norma cuya redacción ha suscitado interpretaciones opuestas en la doctrina.

Algunos autores estiman que el art. 9.3 CC señala la Ley reguladora de los pactos o capitulaciones matrimoniales. La redacción legal del precepto no refleja lo que el legislador quiso establecer. Esto

es, una norma de conflicto de leyes cuyo supuesto de hecho fueran los pactos y capitulaciones matrimoniales y no "la validez de tales pactos y capitulaciones matrimoniales"⁹².

Otros expertos jurídicos consideran, por el contrario, que el art. 9.3 CC no indica la Ley reguladora de tales acuerdos, sino que es una norma que ofrece varias Leyes estatales aplicables para "salvar la validez" de los pactos o capitulaciones matrimoniales que pudieran resultar nulos con arreglo a la Ley designada por el art. 9.2 CC. Según esta segunda interpretación, el art. 9.3 CC no es una norma de conflicto *standard* sino una cláusula salvatoria de la validez de estos pactos o capitulaciones matrimoniales en casos internacionales. Esta tesis sostiene que la "validez" de los pactos y capitulaciones matrimoniales, cuando existan, no se rige por el art. 9.2 CC, que conduce a una sola y única Ley aplicable. Dicha validez se regirá por el art. 9.3 CC, precepto que incrementa las posibilidades de considerar válidos los pactos y capitulaciones matrimoniales respecto del art. 9.2 CC, ya que ofrece una serie de puntos de conexión alternativos y hasta cinco posibles Leyes estatales con arreglo a las cuales pueden ser válidos los pactos y capitulaciones matrimoniales. Esta tesis parece preferible. Se ajusta mejor al tenor legal, y desarrolla con exactitud los principios inspiradores fundamentales de la norma central en la materia, el art. 9.2 CC. Esta tesis ha sido apoyada de modo expreso por la DGRN (RDGRN [30^a] 23 marzo 2018 [capitulaciones y Ley rumana]; RDGRN [34^a] 13 noviembre 2015 [capitulaciones matrimoniales y cónyuges de nacionalidad portuguesa y marroquí])⁹³.

66. El art. 9.3 CC es una norma de conflicto especial en relación con el art. 9.2 CC y ello puede deducirse con facilidad interpretativa de varios datos.

En primer lugar, se deduce de la colocación sistemática del precepto, pues el art. 9.2 CC recoge, en primer término, la regla general, mientras que, tras ella, el art. 9.3 CC contiene una regla específica, que se enuncia después, tras el art. 9.2 CC.

En segundo lugar, se extrae del supuesto de hecho del art. 9.2 CC, que se presenta como un supuesto de hecho general, que incluye, de modo inequívoco, la precisión de la Ley aplicable a todos los efectos del matrimonio, personas y patrimoniales y por tanto, también a los efectos jurídicos derivados de los pactos y capitulaciones matrimoniales en los casos internacionales. Frente este precepto, el supuesto de hecho del art. 9.3 CC es mucho más reducido: sólo se ocupa de precisar la Ley aplicable a la validez de los pactos y capitulaciones matrimoniales en casos internacionales.

En tercer lugar, es perceptible también porque la primera conexión recogida en el art. 9.3 CC es la conexión que recibe y copia del art. 9.2 CC. A partir de ahí, el art. 9.3 CC especializa su respuesta y añade más puntos de conexión. En consecuencia, desde el punto de vista de la técnica jurídica, este art. 9.3 CC no era necesario. Su ausencia no habría provocado laguna legal alguna. Si existe es porque el legislador ha querido alcanzar un resultado que no podía lograr con el art. 9.2 CC.

67. El art. 9.3 CC persigue potenciar la validez de los pactos y capitulaciones matrimoniales que pudieran resultar nulos con arreglo a la Ley estatal determinada en virtud del art. 9.2 CC. Desde este punto de vista, sencillo es detectar que el art. 9.3 CC es una norma de conflicto que permite a las partes posibilidades de selección de la Ley aplicable a los pactos y capitulaciones matrimoniales que no caben en el contexto del art. 9.2 CC. Así los cónyuges de la misma nacionalidad pueden redactar sus pactos y capitulaciones matrimoniales con arreglo a la Ley del país de residencia habitual de cualquiera de ellos y escapar así a su Ley nacional común. También los cónyuges pueden redactar sus pactos y capitulaciones matrimoniales sin necesidad de que éstos consten en documento público. Además, los cónyuges pueden

⁹² El representante más acreditado de esta corriente es, sin duda, M.A. AMORES CONRADÍ EN J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado parte especial*, Madrid, 1995, pp. 329-354; M.A. AMORES CONRADÍ, "Las relaciones entre cónyuges en el nuevo Derecho internacional de la familia: valores jurídicos y técnicas de reglamentación", *ADC*, 1987, pp. 89-138; Id., "La nueva ordenación de la ley aplicable a los efectos del matrimonio", *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, núms. 11-12, enero-agosto 1991, pp. 44-51; M.A. AMORES CONRADÍ, "Art. 9.2 y 3 CC", AA.VV, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO Y S. DÍAZ ALABART, tomo I, vol.II, 2^a ed., Ed.Revista de Derecho privado / Edersa, Madrid, 1995, pp. pp. 181-205; Id., "Régimen económico matrimonial (Derecho internacional privado)", en VV.AA., *Enciclopedia jurídica básica*, dirigida por A. MONTOYA MELGAR, Ed.Civitas, Madrid, 1995, pp. 5692-5693.

⁹³ RDGRN 5 marzo 2018 [BOE núm. 69 de 20 marzo 2018]; RDGRN [34^a] 13 noviembre 2015 [JUR 2016/115973].

también redactar sus pactos y capitulaciones matrimoniales después de la celebración del matrimonio. El art. 9.3 CC existe, por tanto, para aumentar las posibilidades de validez de los pactos y capitulaciones matrimoniales, pues el art. 9.2 CC podría llevar, con cierta facilidad, a considerar que unos concretos pactos y capitulaciones matrimoniales son nulos con arreglo a la Ley a la que conduce dicho art. 9.2 CC.

68. Resulta preciso seguir un enfoque analítico de estas dos tesis para ponderar sus ventajas e inconvenientes.

- 1º) Como antes se ha avanzado, ciertos autores consideran que el art. 9.3 CC constituye una norma de conflicto totalmente independiente del art. 9.2 CC y que ofrece puntos de conexión alternativos que señalan la Ley reguladora de estos pactos o capitulaciones matrimoniales. De este modo, la Ley aplicable a los pactos o capitulaciones matrimoniales es la Ley que rige los efectos del matrimonio *ex* art. 9.2 CC o bien la Ley nacional o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento. Esta lectura simplifica la comprensión del precepto. Sin embargo, presenta ciertos inconvenientes: (a) La letra del art. 9.3 CC no colabora pues el supuesto de hecho de dicha norma de conflicto no está constituido por los "pactos o capitulaciones matrimoniales" sino por la "validez" de tales acuerdos. La norma es clara al respecto; (b) El enfoque del art. 9.2 CC juega también en contra de esta interpretación. Este art. 9.2 CC tiene como objetivo asegurar la unidad de la Ley aplicable a todos los efectos del matrimonio, existan o no existan "pactos o capitulaciones matrimoniales". Esta lectura del art. 9.3 CC rompe la unidad legal perseguida por el legislador; (c) Existen otras normas del DIPr. español que tienen como supuesto de hecho la "validez" de un acto jurídico. Así el art. 9.8 CC [ley aplicable a la sucesión *mortis causa*] precisa que la Ley reguladora de la sucesión por causa de muerte es la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, pero que las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento "conservarán su validez". Es decir que la ley que rige la sucesión *mortis causa* es la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, pero si con arreglo a dicha Ley los testamentos y pactos sucesorios no resultaren válidos, entonces todavía pueden ser considerados válidos si se ajustan a la Ley del país cuya nacionalidad ostentaba el testador en el momento de su otorgamiento. El objetivo de esta disposición es "salvar la validez" de testamentos y pactos sucesorios que serían nulos y para ello, el legislador añade una nueva Ley aplicable a la validez de tales actos jurídicos: la Ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento. La estructura de este art. 9.8 CC es la misma que la que muestra el art. 9.3 CC. Por ello, es más razonable pensar que el legislador español ha seguido la misma línea en el art. 9.8 CC y en el art. 9.3 CC, de modo que este precepto señala, exclusivamente, la Ley aplicable a la "validez" de los pactos o capitulaciones matrimoniales y no la Ley aplicable a los pactos o capitulaciones matrimoniales; (d) No existen en los países occidentales normas de conflicto que señalen la Ley aplicable a los pactos o capitulaciones matrimoniales. En los países europeos existen normas de conflicto que precisan la Ley aplicable al régimen económico matrimonial pero no la Ley aplicable a los pactos o capitulaciones matrimoniales. Ello invita a pensar que es difícil aceptar que el legislador español haya sido tan original y haya sido el único de su entorno que ha formulado una norma de conflicto que fija la Ley aplicable a estos pactos o capitulaciones matrimoniales; (e) La posición en la que aparecen las conexiones en el art. 9.3 CC ofrece también una poderosa clave de comprensión del sistema. La primera Ley aplicable que debe regular la validez de los pactos o capitulaciones matrimoniales es la Ley a la que remite el art. 9.2 CC. Posteriormente, el legislador ofrece otras leyes con arreglo a las cuales se puede salvar la validez de estos pactos o capitulaciones matrimoniales: la Ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento. Por tanto, parece claro que el art. 9.3 CC opera como una excepción al art. 9.2 CC en cuya virtud se trata de salvar la validez de

los pactos o capitulaciones matrimoniales que serían considerados no válidos con arreglo a la Ley reguladora de los efectos del matrimonio determinada por el art. 9.2 CC. Por todas estas razones, esta interpretación no parece compartible, mientras que la tesis que sostiene que el art. 9.3 CC es una cláusula salvatoria de la validez de los pactos o capitulaciones matrimoniales se muestra más sólida.

- 2º) Como antes también se ha indicado, una segunda lectura del art. 9.3 CC sostiene que el objetivo de este precepto no es establecer la “Ley aplicable” a los pactos y capitulaciones matrimoniales. Eso ya lo hace el art. 9.2 CC con meridiana claridad. El objetivo real del art. 9.3 CC es bien diferente. Este precepto opera como “cláusula salvatoria” de los pactos y capitulaciones matrimoniales que pudieran resultar nulos con arreglo a la Ley estatal determinada en virtud del art. 9.2 CC. Con otras palabras, puede afirmarse que la “validez” de los pactos y capitulaciones matrimoniales, cuando existan, no se rige por el art. 9.2 CC, que conduce a una sola y única Ley aplicable. Dicha validez se regirá por el art. 9.3 CC, precepto que incrementa las posibilidades de considerar válidos los pactos y capitulaciones matrimoniales respecto del art. 9.2 CC, ya que ofrece una serie de puntos de conexión alternativos y hasta cinco posibles Leyes estatales con arreglo a las cuales pueden ser válidos los pactos y capitulaciones matrimoniales. En efecto, el art. 9.3 CC indica que los pactos o capitulaciones matrimoniales serán válidos cuando sean conformes a la Ley que rija los efectos del matrimonio *ex art. 9.2 CC*, pero también cuando se ajusten a la Ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento. Es decir: el art. 9.3 CC “añade” a la Ley que rige los efectos del matrimonio, otras posibles Leyes estatales que pueden aplicarse para solventar la cuestión de la “validez” de las capitulaciones matrimoniales. Si el art. 9.3 CC no existiera, dicha validez habría que juzgarla, exclusivamente, con arreglo a una sola Ley, la Ley que rige los efectos del matrimonio *ex art. 9.2 CC*. De este modo, el art. 9.3 CC favorece la “validez” de los pactos o capitulaciones matrimoniales en los casos internacionales (RDGRN [5ª] 25 septiembre 2007 [capitulaciones otorgadas por española e italiano ante Notario italiano])⁹⁴. El art. 9.3 CC determina, por tanto, la Ley aplicable a la “validez” de tales pactos o capitulaciones matrimoniales, y nada más. El resto de cuestiones jurídicas relativas al régimen económico del matrimonio se rigen por la Ley designada a través del art. 9.2 CC. Naturalmente, cuanto más extensos y detallados sean los pactos y capitulaciones matrimoniales, más amplio será el ámbito de la Ley designada por el art. 9.3 CC y más restringido será el ámbito de la Ley designada por el art. 9.2 CC. Y viceversa. Esta lectura del art. 9.3 CC ha sido aceptada de manera expresa por la DGRN (RDGRN [34ª] 13 noviembre 2015 [capitulaciones matrimoniales y cónyuges de nacionalidad portuguesa y marroquí]: “y en cuanto a las capitulaciones matrimoniales, el apartado 3 del art. 9 CC no determina una Ley aplicable, sino que señala las distintas leyes que pueden ser empleadas como parámetros de validez, de manera que los pactos o capitulaciones sobre régimen económico de matrimonio serán válidos siempre que sean conformes bien a la Ley que rija los efectos del matrimonio (en este caso la Ley española, como se ha visto), bien a la Ley de la nacionalidad (portuguesa o marroquí) o bien a la de la residencia habitual de las partes al tiempo del otorgamiento (nuevamente la española en esta ocasión). En consecuencia (...), la Ley española es perfectamente aplicable al caso (...) la validez de las capitulaciones no depende de su constancia en el Registro civil, teniendo la indicación registral carácter voluntario y a efectos únicamente de la publicidad a terceros”)⁹⁵. En conclusión, para poder indicar las capitulaciones matrimoniales en el Registro Civil español es preciso acreditar la validez de las mismas y para ello se acude al art. 9.3 CC.

⁹⁴ RDGRN [5ª] 25 septiembre 2007 [JUR 2007/315032].

⁹⁵ RDGRN [34ª] 13 noviembre 2015 [JUR 2016/115973].

C) Caracteres del art. 9.3 CC

a) Acuerdos interconyugales cubiertos por el precepto

69. El art. 9.3 CC indica: “*Los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio serán válidos cuando sean conformes bien a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento*”.

70. La expresión “pactos y capitulaciones matrimoniales” es un “concepto amplio propio del DIPr.” que se emplea como supuesto de hecho del art. 9.3 CC. Se trata de una expresión amplia: “*pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio*”, sobre la que diversas observaciones son necesarias.

La expresión “pactos o capitulaciones” comprende todo acuerdo entre los cónyuges relativo a la “economía matrimonial”. Nótese la utilización de la conjunción disyuntiva “o” en el precepto. Significa ello que los “pactos” a los que se refiere el precepto son equivalentes a las “capitulaciones matrimoniales”. Equivalentes en cuanto a su función, que también consta expresamente en el art. 9.3 CC. Es decir, esta norma determina la Ley aplicable a todo acuerdo entre los cónyuges que se dirija, exclusivamente, a regular la economía del matrimonio, acuerdos “*por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio*”. Si la norma hubiera empleado la conjunción copulativa “y” (= “pactos y capitulaciones matrimoniales”) entonces y sólo entonces el art. 9.3 CC sería aplicable a todo acuerdo entre los cónyuges regule o no la economía del matrimonio. Sin embargo, como se ha visto, ello no es así. Así, el precepto no se aplica a unos acuerdos entre cónyuges que establecen reglas para la liquidación de los gananciales, porque tales acuerdos no establecen ni modifican el régimen económico del matrimonio (RDGRN [46^a] 3 marzo 2017 [capitulaciones matrimoniales]). Por tanto, el art. 9.3 CC fija la Ley aplicable a la validez de los siguientes acuerdos: (a) Las “capitulaciones matrimoniales” en el sentido del art. 1325 CC, esto es, las capitulaciones matrimoniales en “el sentido español” (= un acuerdo interconyugal que, desde los ojos del Derecho civil español, puede y debe ser considerado como “capitulaciones matrimoniales”). Así, los acuerdos entre los cónyuges firmados en documento privado o meramente orales no pueden ser calificado como “capitulaciones matrimoniales”, porque para el Derecho español sólo son tales los que constan en escritura pública (arts. 1325 y 1327 CC); (b) Cualquier otro tipo de pacto o negocio celebrado entre los cónyuges y que regule su “economía matrimonial”, con total independencia del nombre (*nomen juris*) que reciba con arreglo a un Derecho extranjero o del nombre o título que las partes hayan dado a su negocio (SAP Baleares 9 junio 2006)⁹⁶. Este es el aspecto más relevante de la dicción literal del supuesto de hecho del art. 9.3 CC, su virtualidad para incluir en el mismo los acuerdos interconyugales que regulan la economía del matrimonio pero que no podrían ser considerados “capitulaciones matrimoniales” según el Derecho civil español. De ese modo se evitan los complejos problemas de calificación característicos del DIPr. En efecto, si el art. 9.3 CC sólo se refiriese a la Ley aplicable a las “capitulaciones matrimoniales”, sería difícil aplicarlo a la validez de acuerdos interconyugales que regulan la economía del matrimonio pero que no son, técnicamente y desde el prisma del Derecho español, “capitulaciones matrimoniales”. En todo caso, el supuesto concreto, el acuerdo entre los cónyuges relativo a la economía de su matrimonio debe ser “internacional”. De ese modo, la posibilidad de ajustar sus capitulaciones o pactos a las Leyes a las que se refiere el art. 9.3 CC sólo es operativa si el supuesto presenta “elementos extranjeros” (con confusión y sin aludir al art. 9.3 CC: RDGRN [9^a] 3 octubre 2011 [matrimonio consular islámico celebrado en España entre contrayentes marroquíes])⁹⁷.

Sin embargo, no son “pactos o capitulaciones matrimoniales” y quedan excluidos de este art. 9.3 CC los siguientes acuerdos: (a) Pactos entre los cónyuges sin relación con la “economía matrimonial”, como por ejemplo, las donaciones entre cónyuges al margen de capitulaciones (erróneamente: STS 5 junio 2000), la creación de una sociedad civil o mercantil entre los cónyuges, los pactos para regular

⁹⁶ SAP Baleares 9 junio 2006 [CENDOJ 07040370042006100244].

⁹⁷ RDGRN [9^a] 3 octubre 2011 [JUR 2012/301410].

un posible divorcio o separación entre los cónyuges, los pactos en cuya virtud los cónyuges regulan sus obligaciones personales derivadas del matrimonio, como la prestación de ayuda en el hogar, las relaciones sexuales dentro o fuera del matrimonio y otras⁹⁸; (b) Pactos entre los cónyuges que sirven para fijar el “lugar de residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio”; (c) Las manifestaciones de los cónyuges en escritura notarial cuya única finalidad es confirmar el régimen económico matrimonial determinado por la Ley (RDGRN [1ª] 5 mayo 2011 [escritura de manifestaciones en favor del régimen económico de separación de bienes recogido en el Código de Familia de Cataluña], RDGRN [5ª] 22 noviembre 2005)⁹⁹; (d) Los acuerdos de los cónyuges para regular un divorcio o separación conyugal en el futuro o en el presente; (e) Acuerdos sobre la liquidación del régimen económico matrimonial; (f) Pactos relativos a la sucesión *mortis causa* entre los cónyuges. El art. 9.3 CC no es aplicable a estos acuerdos (RDGRN [3ª] 8 enero 2004)¹⁰⁰; (g) *Pactos sobre liquidación de los gananciales*. Estos pactos no establecen ni modifican el régimen económico del matrimonio (RDGRN [46ª] 3 marzo 2017 [capitulaciones matrimoniales])¹⁰¹. En un mismo documento (*instrumentum*) pueden constar capitulaciones matrimoniales y otros acuerdos o pactos de carácter personal o patrimonial, pero tales otros acuerdos no forman parte de las capitulaciones matrimoniales y se rigen por sus propias disposiciones legales. Como indica C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, en el contenido estrictamente patrimonial de los pactos o capitulaciones matrimoniales deben distinguirse dos tipos de disposiciones¹⁰²: (i) *Atribuciones capitulares*. Se trata de donaciones y entregas de bienes y activos que un cónyuge hace al otro, o que hace a la sociedad conyugal, o que terceras personas realizan a uno o a los dos cónyuges con el objetivo de ayudar al levantamiento de las cargas del matrimonio ya se haya celebrado éste o deba aún celebrarse. Tales atribuciones capitulares no modifican el régimen económico matrimonial. No regulan la economía del matrimonio y por tanto están excluidas del art. 9.3 CC; (ii) *Estipulaciones capitulares*. Son éstas las que disponen de un contenido normativo que regulará la economía de la familia. La Ley que rige dichas disposiciones se determina con arreglo a los arts. 9.2 y 9.3 CC.

b) Puntos de conexión alternativos y autonomía conflictual oculta

71. El art. 9.3 CC contiene puntos de conexión alternativos, con el objetivo de favorecer la validez de los pactos o capitulaciones matrimoniales en los casos internacionales (RDGRN [5ª] 25 septiembre 2007 [capitulaciones otorgadas por española e italiano ante Notario italiano])¹⁰³. En efecto: tales pactos o capitulaciones matrimoniales serán válidos si se redactan con arreglo a lo dispuesto en cualquiera de estas Leyes: 1º) Ley que rige los efectos del matrimonio según el art. 9.2 CC; 2º) Ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges al tiempo del otorgamiento del pacto. Por ello, en teoría, pueden ser hasta cinco los Derechos nacionales distintos que pueden hacer válidos los pactos económicos entre los cónyuges. Para que tales pactos puedan ser declarados nulos o ineficaces, ninguno de los ordenamientos a los que se remite el art. 9.3 CC debe considerar válidos dichos pactos.

72. El art. 9.3 CC sigue, claramente, un *Better-Law Approach*. El art. 9.3 CC es una “norma de conflicto materialmente orientada”. La selección de la concreta Ley aplicable a la validez de las capitulaciones matrimoniales depende del contenido del Derecho estatal aplicable y del resultado de la aplicación del mismo a unos concretos pactos o capitulaciones matrimoniales. Si los efectos de un matrimonio entre iraquí y española se rigen por la Ley española *ex* art. 9.2 CC, y los capítulos son nulos con arreglo a la Ley española, la validez de tales capitulaciones quedará sujeta a la Ley iraquí sólo si dicha

⁹⁸ STS 5 junio 2000 [CENDOJ 28079110012000102037].

⁹⁹ RDGRN [1ª] 5 mayo 2011 [JUR 2012/147877]; RDGRN [5ª] 22 noviembre 2005 [R. 2006/224].

¹⁰⁰ RDGRN [3ª] 8 enero 2004 [R. 2004/2371].

¹⁰¹ RDGRN [46ª] 3 marzo 2017 [BIMJ n. 2206 marzo 2018].

¹⁰² C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales”, en C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*, Colex, Madrid, 2007, pp. 197-222.

¹⁰³ RDGRN [5ª] 25 septiembre 2007 [JUR 2007/315032].

Ley considera, por el contrario, que las capitulaciones son válidas. Por tanto, la aplicación de la Ley iraquí depende de su contenido material y del resultado que la aplicación de dicho ordenamiento jurídico produce en el caso concreto. La selección de la Ley aplicable a la validez de los pactos o capitulaciones matrimoniales depende, en el art.9.3 CC, de datos y circunstancias materiales y no sólo de la conexión o proximidad del caso con uno u otro Estado.

73. Al determinar la Ley reguladora de la validez de los pactos o capitulaciones matrimoniales este precepto persigue favorecer la validez sustancial de tales acuerdos. Éstos serán nulos sólo si ninguna de las Leyes recogidas en el art. 9.3 CC considera que tales capitulaciones son válidas (RDGRN 23 noviembre 2006 [acuerdo prenupcial entre cónyuge español y pakistaní firmado en Pakistán], RDGRN [5ª] 25 septiembre 2007 [capitulaciones otorgadas por española e italiano ante Notario italiano])¹⁰⁴.

74. El art. 9.3 CC faculta a los cónyuges para redactar sus pactos o capitulaciones matrimoniales válidamente con arreglo a cualquiera de las Leyes estatales a las que se refiere el art. 9.3 CC. Por tanto, existe una "autonomía de la voluntad conflictual" de los cónyuges, si bien limitada y oculta. En realidad, el art. 9.3 CC concede a los cónyuges la posibilidad de elegir la Ley estatal con arreglo a la cual desean redactar sus pactos para que éstos resulten válidos (SAP Madrid 10 julio 2007 [capitulaciones otorgadas en Holanda y régimen de comunidad de mobiliario del Derecho holandés])¹⁰⁵. Un resultado idéntico al que ahora produce el art. 9.3 CC se alcanzaría si el precepto se expresara en términos similares a éstos: *"los cónyuges podrán ajustar la validez de sus pactos o capitulaciones matrimoniales a la Ley que rige los efectos del matrimonio, a la ley nacional de cualquiera de ellos o a la ley de la residencia habitual de cualquiera de ellos"*.

75. Las Leyes susceptibles de elección por los cónyuges y que ofrece el art. 9.3 CC son limitadas. Los cónyuges no pueden elegir libremente la Ley estatal que deseen para que regule la validez de sus pactos o capitulaciones matrimoniales. Existe una "rosa de Leyes estatales" y los cónyuges deben seleccionar aquella Ley estatal con arreglo a la que desean redactar sus pactos o capitulaciones matrimoniales. Si los cónyuges redactan sus pactos o capitulaciones matrimoniales de modo que son válidos exclusivamente con arreglo a una Ley estatal no incluida en la "rosa de Leyes" contemplada en el art. 9.3 CC, entonces tales pactos o capitulaciones matrimoniales serán nulos. Las Leyes que el art. 9.3 CC ofrece como parámetros legales para "hacer válidos" los pactos o capitulaciones matrimoniales son la Ley que rige los efectos del matrimonio ex art. 9.2 CC, así como la Ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cada contrayente en el momento de redacción de las capitulaciones. Por tanto, el art. 9.3 CC ofrece hasta un máximo de cinco Leyes estatales. Cuanto "más internacional" es el matrimonio, más Leyes estatales podrán elegir los cónyuges para regir sus pactos o capitulaciones matrimoniales. Esta limitación de Leyes elegibles a las cinco máximas posibles carece, en realidad, de una razón de ser sólida y clara. No existe ningún argumento definitivo para impedir a los cónyuges la redacción de sus pactos o capitulaciones matrimoniales con arreglo a la Ley estatal que prefieran. Las capitulaciones son contratos. En relación a los contratos internacionales, las partes pueden elegir la Ley estatal que mejor se acomode a sus intereses (art. 3 Reg. Roma I). Así, en el caso de que cónyuges de la misma nacionalidad redacten unos pactos o capitulaciones matrimoniales que sólo resultan válidos con arreglo a la Ley del país de celebración del matrimonio, tales acuerdos son nulos. En efecto, la Ley del país de celebración del matrimonio no está incluida en la rosa de Leyes recogida en el art. 9.3 CC. Sin embargo, estos acuerdos son contratos. Resulta paradójico que los contratantes puedan elegir como Ley reguladora de su contrato la Ley del país de su celebración pero no puedan elegir como Ley reguladora de sus pactos o capitulaciones matrimoniales esa misma Ley, la Ley del país de celebración de tales pactos.

76. El art. 9.3 CC se refiere, con acierto, a las "partes". En efecto, los cónyuges pueden redactar sus pactos o capitulaciones matrimoniales antes de contraer matrimonio, caso en el que todavía no son

¹⁰⁴ RDGRN 23 noviembre 2006 [JUR 2008/112558]; RDGRN [5ª] 25 septiembre 2007 [JUR 2007/315032].

¹⁰⁵ SAP Madrid 10 julio 2007 [CENDOJ 28079370222007100531].

"cónyuges" sino "partes" (J. RODRÍGUEZ RODRIGO). Por otra parte, es relativamente frecuente que otros sujetos, -padres, terceros, otros parientes-, participen en las capitulaciones matrimoniales, en las que pueden incluir donaciones por razón de matrimonio u otras transmisiones patrimoniales. Tales sujetos no son "partes" a efectos del art. 9.3 CC. No pueden elegir la Ley aplicable a estos pactos o capitulaciones matrimoniales porque no participan en el diseño de la economía matrimonial que consta en los pactos o capitulaciones matrimoniales.

c) Capitulaciones redactadas con arreglo a varias leyes estatales (*dépeçage*)

77. Muy controvertida en la doctrina resulta la posibilidad de considerar válidos los pactos o capitulaciones matrimoniales que se ajustan a varias de las Leyes recogidas en el art. 9.3 CC. Es decir, se trata de estimar válidos unos pactos o capitulaciones matrimoniales porque algunas de sus disposiciones se ajustan a una de las Leyes recogidas en el art. 9.3 CC y otras se acomodan y son válidas con arreglo a otra de las Leyes a las que se refiere dicho precepto. Los pactos o capitulaciones matrimoniales se dividen, así, en "partes" o "segmentos" que se ajustan a Leyes diferentes, todas ellas contempladas en el art. 9.3 CC. A favor de este fraccionamiento puede indicarse que el art. 9.3 CC persigue favorecer la validez de estos pactos o capitulaciones matrimoniales, que permite unificar la Ley aplicable a los bienes inmuebles y la Ley aplicable al régimen económico matrimonial que recae sobre tales inmuebles, que el art. 9.3 CC no prohíbe esta elección múltiple de la Ley aplicable, y que, entre otros factores, es una opción permitida en otros sistemas de DIPr. (art. 15 EGBGB Alemania). En contra también muchos argumentos existen: (a) Este favor, que, es cierto, constituye un muy sólido principio vertebrador del art. 9.3 CC, no es ilimitado ni incondicional. Tiene límites muy claros trazados por el legislador español; (b) La dicción de la norma no ayuda pues es claro que se refiere siempre a "la ley" que rija los efectos del matrimonio y a "la ley" de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes. Esto es, siempre se expresa en singular, por lo que parece que el legislador tuvo in mente siempre la misma idea: que las partes podían ajustar la validez de sus capitulaciones a una sola de las Leyes indicadas en el art. 9.3 CC. No pueden, por tanto, "trocear" sus capitulaciones y someter unos capítulos a una Ley y otros a otra Ley estatal distinta; (c) En ningún momento el precepto admite que las partes puedan ajustar ciertos capítulos a una Ley de las nombradas en el art. 9.3 CC y otros capítulos a otra Ley estatal diferente. Existen preceptos legales que sí admiten expresamente esta posibilidad (art. 3.1 *in fine* RR-I). Por tanto, puede sostenerse que cuando el legislador lo ha querido admitir, así lo ha expresado y que cuando calla, es porque niega la posibilidad de *dépeçage* legal del contrato; (d) Aunque resulta recurrente en la doctrina afirmar que el art 9.3 CC admite la autonomía de la voluntad conflictual, en realidad, ello no es así. El precepto citado en ningún momento otorga a los cónyuges la posibilidad de elegir la Ley aplicable a los pactos y capitulaciones matrimoniales, como tampoco lo hace el art. 11 CC en relación con la Ley aplicable a la forma de los actos. Las normas de conflicto con puntos de conexión simplemente alternativos no conceden a las partes la facultad de elección de Ley sino que aumentan las posibilidades de validez del acto. Por tanto, no puede afirmarse que el *dépeçage* jurídico de los pactos y capitulaciones matrimoniales es consecuencia directa de la autonomía de la voluntad que vertebra el art. 9.3 CC, pues *non causa pro causa* (= el hecho de que existan varias conexiones en el precepto no es consecuencia de la previa admisión de la autonomía de la voluntad conflictual de los cónyuges). En conclusión, puede sostenerse que, como línea de principio, no parece que deba admitirse que los cónyuges elijan Leyes estatales diferentes para regular distintos aspectos de sus capitulaciones matrimoniales (*dépeçage*). Pueden ajustar sus pactos o capitulaciones matrimoniales a una sola de las Leyes recogidas en el art. 9.3 CC.

d) Cambio del contenido de los pactos o capitulaciones matrimoniales

78. Los cónyuges pueden "alterar" el régimen jurídico de sus relaciones patrimoniales, en todo o en parte. Basta con que una de las Leyes a las que remite el art. 9.3 CC permita tal cambio. El hecho de que la Ley reguladora del régimen económico matrimonial determinada con arreglo al art. 9.2 CC

no permita que los cónyuges alteren dichas capitulaciones, es irrelevante, siempre que una de las Leyes designadas por el art. 9.3 CC permita la modificación de las capitulaciones anteriores o el cambio o alteración del régimen legal antes aplicable a la economía matrimonial.

e) Reenvío y art. 9.3 CC

79. El reenvío de retorno (art. 12.2 CC) no es un mecanismo obligatorio. Debe utilizarse para potenciar valores jurídicos dignos de protección según el Derecho español y debe respetar el principio inspirador del art. 9.3 CC, norma de conflicto en la materia. El principio básico de dicha norma es la preservación de la validez legal de fondo de los pactos o capitulaciones matrimoniales (*favor contractus*). De ello se extraen varias consecuencias relevantes: 1º) El reenvío de retorno puede admitirse si produce como resultado final la validez de las capitulaciones matrimoniales; 2º) El reenvío de retorno debe rechazarse si hace nulos o ineficaces los pactos o capitulaciones matrimoniales, porque vulnera un principio inspirador del art. 9.3 CC, esto es, su propósito de favorecer la validez de los pactos o capitulaciones matrimoniales.

80. El art. 9.3 CC sólo determina la Ley aplicable a la “validez” de fondo de los pactos o capitulaciones matrimoniales (RDGRN [5ª] 25 septiembre 2007 [capitulaciones otorgadas por española e italiano ante Notario italiano])¹⁰⁶. El art. 9.3 CC no precisa la Ley aplicable al régimen económico matrimonial. El art. 9.3 CC tampoco determina la Ley aplicable a los pactos o capitulaciones matrimoniales. En realidad, diversos aspectos jurídicos relacionados con los pactos o capitulaciones matrimoniales escapan al art. 9.3 CC: (a) La capacidad requerida para otorgar pactos y capitulaciones matrimoniales; (b) El consentimiento para otorgar dichos pactos; (c) La forma de los pactos o capitulaciones matrimoniales; (d) Todos los aspectos legales relativos a los pactos o capitulaciones matrimoniales que sean distintos a la mera “validez” de los mismos, tales como su aplicación práctica, su interpretación o la liquidación del régimen económico matrimonial establecido en virtud de los pactos o capitulaciones matrimoniales del os que se trate.

f) Pactos de elección de Ley contenidos en capitulaciones matrimoniales

81. En ocasiones, los cónyuges redactan sus pactos y capitulaciones matrimoniales e incorporan a los mismos ciertas cláusulas que constituyen auténticos “acuerdos de elección de la Ley aplicable”, observa K. SIEHR¹⁰⁷. En tales “acuerdos de elección de la Ley aplicable” los cónyuges someten sus pactos o capitulaciones matrimoniales a una concreta Ley estatal, como suele hacerse en los contratos internacionales. Ejemplo: en unas capitulaciones matrimoniales entre cónyuges españoles con residencia habitual en Berlín se contiene una cláusula que expresa: “*estas capitulaciones se regirán por la Ley alemana*”. Sobre la validez de estos pactos de elección de Ley aplicable al régimen económico matrimonial y a las capitulaciones matrimoniales cabe introducir ciertas observaciones.

En primer lugar, el art. 9.3 CC no regula estos acuerdos de elección de Ley. No los prohíbe pero tampoco los admite de modo expreso. La doctrina mayoritaria entiende que tales acuerdos de “elección de Ley” deben admitirse, deben considerarse válidos y posibles y deben surtir efectos. Varios argumentos apoyan esta tesis favorable a estos acuerdos de elección de Ley: (a) Si se permite a los cónyuges, en Derecho material español, regular a voluntad sus relaciones patrimoniales, es lógico que se permita que en DIPr. puedan elegir la Ley aplicable al régimen económico matrimonial, buen argumento defendido con ahínco por M.A. AMORES CONRADÍ¹⁰⁸; (b) El supuesto de hecho amplísimo del art. 9.3 CC cubre todo

¹⁰⁶ RDGRN [5ª] 25 septiembre 2007 [JUR 2007/315032].

¹⁰⁷ K. SIEHR, “Divorce of muslim marriages in secular courts”, *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques (Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon)*, Dalloz, París, 2008, pp. 809 y ss.

¹⁰⁸ M.A. AMORES CONRADÍ, “Art. 9.2 y 3 CC”, AA.VV, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, dirigidos

tipo de “acuerdos” que afectan a la economía matrimonial, lo que debe incluir también los “pactos de elección de Ley” aplicable a las capitulaciones matrimoniales, como bien expone J.M. FONTANELLAS MORELL en su magnífico trabajo¹⁰⁹. En verdad, un acuerdo de elección de Ley en cuya virtud los cónyuges indican que sus capitulaciones matrimoniales quedan sujetas al Derecho del Estado X, es una disposición que forma parte de las capitulaciones matrimoniales o que, incluso, puede considerarse, sin temor, como un pacto o capitulación matrimonial en sí mismo. Por tanto, son posibles y son válidos si se ajustan al art. 9.3 CC. La jurisprudencia también acepta estos pactos de elección de Ley en los capítulos (SAP Barcelona 3 abril 2012 [cónyuges holandeses])¹¹⁰.

En segundo lugar y a diferencia de lo que dispone el Reglamento Roma I o el art. 10.5 CC en relación con los contratos internacionales, y como se ha indicado, el art. 9.3 CC no faculta a las partes para elegir la Ley aplicable a los contratos matrimoniales, pactos o capitulaciones matrimoniales. Admitir la posibilidad de estos acuerdos de elección de Ley es posible pero siempre dentro de su marco legal, esto es, en el contexto del art. 9.3 CC. Por tanto, estos acuerdos de elección de Ley aplicable a los pactos o capitulaciones matrimoniales deben considerarse como “acuerdos de puntualización de la Ley aplicable” en el marco del art. 9.3 CC. De ese modo, los cónyuges pueden señalar que han redactado sus capítulos con arreglo a la Ley elegida por ellos mismos, siempre que se trate de una Ley de las contempladas por el art. 9.3 CC. Debe quedar claro que el alcance jurídico de estos acuerdos de elección de Ley es limitado porque es el mismo art. 9.3 CC el que los limita. Esta limitación operativa debe entenderse en tres sentidos: (i) La Ley elegida por los cónyuges sólo regula la “validez de fondo” de los pactos o capitulaciones matrimoniales y no otros aspectos jurídicos de las capitulaciones matrimoniales, como por ejemplo, su interpretación o la liquidación del régimen económico matrimonial pactado. La explicación es sencilla: el art. 9.3 CC sólo regula la validez de los pactos o capitulaciones matrimoniales, por lo que las partes sólo pueden elegir la Ley estatal aplicable a la “validez” de dichos pactos o capitulaciones matrimoniales, pero no la Ley aplicable a otros extremos relativos a tales pactos o capitulaciones matrimoniales; (ii) las partes sólo pueden elegir como Ley aplicable a sus pactos o capitulaciones matrimoniales una de las Leyes recogidas en el art. 9.3 CC: la elección de Ley no es, pues, totalmente libre como sí lo es la elección de la Ley aplicable a los contratos internacionales; (iii) Si la Ley elegida por los cónyuges hace nulos los pactos o capitulaciones matrimoniales pero otra de las Leyes contempladas por el art. 9.3 CC sí que los hace válidos, debe considerarse que dichos pactos o capitulaciones matrimoniales son válidos en virtud de la estructura alternativa de los puntos de conexión del art. 9.3 CC. Las partes no pueden alterar la estructura alternativa de los puntos de conexión recogidos en el art. 9.3 CC, precepto claro e imperativo. Estas consideraciones llevan inevitablemente a una transparente conclusión: los acuerdos de elección de Ley aplicable a los pactos o capitulaciones matrimoniales presentan una escasa utilidad práctica. Se limitan a señalar la Ley aplicable, exclusivamente, a la validez de dichos pactos o capitulaciones matrimoniales, sólo pueden recaer en una de las Leyes contempladas por el art. 9.3 CC y, finalmente, en el caso de que la Ley elegida no haga válidos los capítulos pero otra de las Leyes a las que se refiere el art. 9.3 CC sí los haga válidos, se aplicará esta otra ley y no la ley elegida.

En tercer lugar, debe recordarse que la capacidad para elegir la Ley aplicable a los pactos o capitulaciones matrimoniales se rige por la Ley nacional respectiva de cada parte (art. 9.1 CC) y que el consentimiento de las partes debe regirse por la Ley presuntamente elegida, de forma similar a los contratos (art. 10 Reg. Roma I). Ello evita el *Forum Shopping*. La Ley presuntamente elegida por los cónyuges determinará si el consentimiento ha sido real e informado, sin o con vicios. La Ley aplicable a la forma del pacto de elección de Ley, por último, se determina con arreglo al art. 11 CC y sus puntos de conexión alternativos.

por M. ALBALADEJO Y S. DÍAZ ALABART, tomo I, vol.II, 2ª ed., Ed.Revista de Derecho privado / Edersa, Madrid, 1995, pp. pp. 181-205; Id., “Régimen económico matrimonial (Derecho internacional privado)”, en Vv.AA., *Enciclopedia jurídica básica*, dirigida por A. MONTOYA MELGAR, Ed.Civitas, Madrid, 1995, pp. 5692-5693.

¹⁰⁹ J.M. FONTANELLAS MORELL, “Reflexiones sobre el apartado 3 del artículo 9 del Código Civil”, en Mª.T. ARECES PIÑOL, *Estudios jurídicos sobre persona y familia*, Granada, 2008, pp. 355-370.

¹¹⁰ SAP Barcelona 3 abril 2012 [CENDOJ 08019370122012100279].

g) Pactos de elección de Ley aplicable al régimen económico matrimonial

82. En otras ocasiones, los cónyuges redactan “acuerdos de elección de Ley aplicable” en cuya virtud señalan cuál es la Ley estatal que desean que regule su régimen económico matrimonial. Ejemplo: dos cónyuges franceses con residencia habitual en Madrid redactan un acuerdo en cuya virtud indican que “*Convenimos y deseamos que el régimen económico de nuestro matrimonio sea el establecido por la Ley del State de California*”. Sobre la validez de estos pactos de elección de Ley aplicable al régimen económico matrimonial y a las capitulaciones matrimoniales cabe afirmar lo que sigue.

83. Los arts. 9.2 CC y 9.3 CC no permiten a las partes elegir la Ley aplicable a su régimen económico matrimonial. Tales preceptos sólo permiten: (a) Elegir la Ley aplicable a todos los efectos del matrimonio, lo que incluirá, sin duda, el régimen económico matrimonial pero en ningún caso permiten elegir la ley aplicable, exclusivamente, al régimen económico matrimonial y tal elección sólo es posible entre cónyuges que tenían distinta nacionalidad en el momento de la celebración del matrimonio (b) Elegir la Ley aplicable a los pactos o capitulaciones matrimoniales en el marco y con las limitaciones que establece el art. 9.3 CC.

84. El hecho de que la cláusula de elección de Ley aplicable al régimen económico matrimonial sea nula como tal elección de Ley no significa que no pueda surtir otros efectos. En definitiva, esta disposición acordada por los cónyuges es un “pacto o capitulación matrimonial” y puede salvar su validez mediante el art. 9.3 CC. En efecto, la validez de esta cláusula debe valorarse a la luz de cualquiera de las leyes a las que remite el precepto citado. Si una de dichas leyes permite a las partes pactar su régimen económico matrimonial a través de unos pactos o capitulaciones matrimoniales que incorporan por referencia el régimen económico matrimonial vigente en un concreto Estado, tales pactos o capitulaciones matrimoniales deben considerarse válidos.

85. Los arts. 9.2 y 9.3 CC se separan con total claridad de numerosos sistemas extranjeros de DIPr. que sí permiten a los cónyuges elegir, directamente, la Ley aplicable a su régimen económico matrimonial, ya sea éste legal o pactado (art. 30.1 Ly de Derecho internacional privado de Italia 1995; art. 15.2 EGBGB; art. 52.1 Leyu federal suizas de Derecho internacional privado de 1987; art. 14.I Ley de Derecho internacional privado de Turquía 1982, así como la jurisprudencia francesa en la materia). En DIPr. español, esta posibilidad no existe.

D) Ámbito de la Ley designada por el art. 9.3 CC

a) Cuestiones reguladas por la Ley a la que remite el art. 9.3 CC

86. El art. 9.3 CC señala la Ley aplicable a la “validez” de los pactos y capitulaciones matrimoniales. La expresión “validez” presenta un contenido amplio pero dicho contenido no puede ir más allá de la misma expresión “validez”. En consecuencia, la Ley designada por el art. 9.3 CC rige estos aspectos jurídicos.

- 1º) *Elaboración de los pactos y capitulaciones matrimoniales válidos.* Desde una perspectiva material, el Derecho estatal designado por el art. 9.3 CC regulará: a) La posibilidad de estipular, modificar o sustituir válidamente los pactos y capitulaciones matrimoniales; b) El “contenido obligatorio” o régimen imperativo de tales pactos y/o capitulaciones; c) Los acuerdos que los cónyuges pueden alcanzar, es decir, el ámbito de la autonomía material de los cónyuges reconocido por la ley y las cuestiones sobre las que los cónyuges no pueden alcanzar acuerdos en sus pactos o capitulaciones matrimoniales.
- 2º) *Interpretación de los pactos o capitulaciones matrimoniales.* El art. 9.3 CC guarda silencio sobre la Ley aplicable a este aspecto. Ahora bien, se trata de una cuestión muy estrechamen-

te conectada a la validez de estos acuerdos que debe ser resuelta en el contexto de dicho precepto. Por tanto, si los pactos matrimoniales sólo resultan válidos con arreglo a una de las Leyes recogidas en el art. 9.3 CC, dicha Ley debe regir la interpretación de dichos pactos. Otra solución resultaría contraria al *favor contractus* que inspira el art. 9.3 CC y carecería de toda lógica.

3º) *Liquidación del régimen económico matrimonial*. Procede realizar una distinción que combine adecuadamente el art. 9.2 y el art. 9.3 CC para resolver esta espinosa cuestión.

- (a) Si los pactos o capitulaciones matrimoniales establecen un entero régimen económico matrimonial elaborado *ad hoc* por los cónyuges, o bien establecen un entero régimen económico matrimonial por remisión a disposiciones legales concretas que regula el régimen económico matrimonial, la Ley aplicable a la liquidación de dicho régimen económico matrimonial debe ser la Ley estatal que, con arreglo al art. 9.3 CC, considere válidos los pactos. Es la solución más coherente con el art. 9.3 CC: la única Ley que regula la validez de los pactos o capitulaciones matrimoniales debe regir también su liquidación.
- (b) Si los pactos o capitulaciones matrimoniales se limitan a modificar o a establecer “aspectos puntuales” del régimen económico matrimonial, la liquidación de dicho régimen económico matrimonial debe realizarse con arreglo a la Ley reguladora de los efectos del matrimonio, determinada con arreglo al art. 9.2 CC.

87. En este sentido, y más en concreto, con arreglo a lo que expone C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, la Ley designada por el art. 9.3 CC regulará¹¹¹: (i) si los cónyuges pueden elegir y hasta qué punto, uno de los regímenes económicos matrimoniales previstos legalmente. Así, en el Derecho de ciertos países escandinavos, no existe una relación concreta de regímenes económicos matrimoniales. Por ello, los cónyuges no pueden elegir entre uno y otro. Deben, por fuerza, limitarse a alterar el régimen económico matrimonial previsto en la Ley, que normalmente es un régimen de comunidad de bienes, para acercarlo lo más posible a un sistema de separación de bienes, indica P. QUINZÁ REDONDO¹¹². Por otro lado, el Derecho alemán, griego, italiano, maltés, rumano o polaco sólo permiten a los cónyuges optar por un régimen económico matrimonial de los previstos expresamente en la Ley; (ii) la posibilidad de los cónyuges de introducir alteraciones en los regímenes económicos matrimoniales previstos legalmente; (iii) la posibilidad de los cónyuges de configurar un entero régimen económico matrimonial propio no previsto en la Ley (= diseño *ad hoc* del régimen económico matrimonial), tal y como permiten el Derecho español, francés, austríaco o portugués; (iv) si los cónyuges pueden adoptar un régimen económico matrimonial propio de un Derecho extranjero o de una unidad territorial no estatal con un ordenamiento jurídico específico, como Aragón o Baleares; (v) si los cónyuges pueden, simplemente, limitarse a excluir el régimen económico matrimonial previstos legalmente; como régimen general; (vi) si las capitulaciones matrimoniales pueden recoger un inventario de los bienes aportados al matrimonio por los cónyuges y/o por terceras personas; (vii) si las capitulaciones matrimoniales pueden contener en sus disposiciones y hasta qué punto, previsiones patrimoniales que no regulan la economía matrimonial, como donaciones de bienes futuros en caso de fallecimiento, mejoras y promesas de mejorar y otros; (ix) las limitaciones a los pactos capitulares entre los cónyuges, como las constituidas por el régimen matrimonial primario, y las que impone la moral, el orden público, las leyes, las buenas costumbres o el principio de igualdad de derechos entre los cónyuges; (x) si, en el caso de que las capitulaciones matrimoniales vulneren alguno de los límites legales, dichas capitulaciones matrimoniales resultan nulas en su integridad o sólo parcialmente nulas o anulables; (xi) las causas de invalidez de las capitulaciones matrimoniales, y en particular si les son aplicables las reglas de nulidad y anulabilidad propias de los

¹¹¹ C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales”, en C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*, Colex, Madrid, 2007, pp. 197-222.

¹¹² P. QUINZÁ REDONDO, *Régimen Económico Matrimonial Aspectos Sustantivos y Conflictuales*, Tirant, València, 2016, pp. 45-49.

contratos, si las capitulaciones matrimoniales pueden anularse o rescindirse por haber sido concluidas en fraude de acreedores; (xii) si es preciso que otros otorgantes de las capitulaciones matrimoniales que no hayan sido los cónyuges, deben intervenir en una eventual modificación de las mismas; (xiii) si para la modificación de las capitulaciones matrimoniales es preciso que haya transcurrido un lapso temporal determinado desde que se acordó el régimen económico matrimonial anterior, o si es necesaria aprobación judicial de dicha modificación, como sucede en ciertos casos contemplados por el Derecho francés y también si pueden modificarse las capitulaciones matrimoniales por vía judicial.

88. En cuanto al orden público internacional español (art. 12.3 CC), éste operará frente a leyes extranjeras que permitan la conclusión de capitulaciones matrimoniales en las que uno de los cónyuges quede situado en una posición de "desigualdad radical e irrevocable", en expresión de C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ o aquéllas que permitan pactos o disposiciones que, resulten o no perjudiciales para un cónyuge en mayor o menor grado, le colocan en una situación de desventaja por una mera razón de sexo¹¹³.

89. Cuando los cónyuges en sus pactos y capitulaciones matrimoniales, eligen un concreto régimen económico matrimonial recogido sólo en una de las leyes a las que se refiere el art. 9.3 CC, ésta será la Ley que concretará si dicho régimen ha sido correctamente diseñado por los cónyuges y es válido. Si los cónyuges han elegido un régimen económico matrimonial recogido en varias leyes de las mencionadas en el art. 9.3 CC, será aplicable la que haga válido dicho régimen con los menores requisitos legales.

b) Ley aplicable a la interpretación de las capitulaciones matrimoniales y la liquidación del régimen económico matrimonial y art. 9.3 CC

90. Con arreglo al art. 9.3 CC pueden ser varias las Leyes estatales que consideren "válidos" los pactos o capitulaciones matrimoniales. En dicho caso, surge un agudo problema: ¿Qué concreta Ley estatal de entre las que hacen válidos los pactos o capitulaciones matrimoniales debe regular la liquidación del régimen económico matrimonial íntegramente pactado en capitulaciones matrimoniales y/o la interpretación de las mismas? Varias tesis se han sostenido.

91. Ciertos autores, -es el caso de W. WENGLER, P.M. PATOCCHI y J.M. FONTANELLAS-, han sostenido una tesis que podría denominarse "tesis de la jerarquización de conexiones"¹¹⁴. Entienden tales expertos que, en estos supuestos, existe una jerarquía entre las conexiones recogidas en el art. 9.3 CC, pues dicho precepto se integra en el art. 9 CC y en el "estatuto personal", sector que aparece regulado por unos criterios muy claros. De este modo, la Ley que rige los efectos del matrimonio determinada con arreglo al art. 9.2 CC debe prevalecer y deberán observarse las exigencias de forma *ad solemnitatem* que dicha Ley estatal prescribe. Se trata de una tesis inteligente y bien intencionada, perfectamente expuesta y desarrollada por J.M. FONTANELLAS¹¹⁵. Sin embargo, esta lectura puede conducir a resultados paradójicos. En efecto, resulta incoherente e inviable en el caso de que la Ley reguladora de los efectos del matrimonio, determinada con arreglo al art. 9.2 CC, no considere válidas las capitulaciones matrimoniales en el contexto del art. 9.3 CC. En dicho supuesto, resultaría absurdo interpretar unas capitulaciones matrimoniales o liquidar el régimen establecido en las mismas con arreglo a un Derecho estatal que las considera "nulas".

¹¹³ C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, "La economía del matrimonio. Capitulaciones matrimoniales", en C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia, Colex, Madrid, 2007, pp. 197-222.7

¹¹⁴ W. WENGLER, "The general principles of Private International Law", *RCADI*, 1961, vol.104, pp. 279-469, concur. pp. 354-459; P.M. PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel (De quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe)*, Ginebra, Georg, 1985, pp. 90-92; J.M. FONTANELLAS MORELL, "Reflexiones sobre el apartado 3 del artículo 9 del Código Civil", en M^a.T. ARECES PIÑOL, *Estudios jurídicos sobre persona y familia*, Granada, 2008, pp. 355-370.

¹¹⁵ *Vid.* nota anterior.

92. Otros expertos indican que es más apropiado seguir la tesis de los vínculos más estrechos. Parece más adecuado, en efecto, que las capitulaciones matrimoniales se interpreten con arreglo a una Ley que las considera “válidas” y que el régimen económico fijado por unas capitulaciones matrimoniales se liquide con arreglo a una Ley estatal que también las considera “válidas”. En consecuencia, la Ley que debe regir la interpretación de las capitulaciones matrimoniales y la liquidación del régimen capitular, debe ser la “Ley del país más vinculado con la situación matrimonial”, siempre que se trate de una Ley estatal designada por el art. 9.3 CC y que con arreglo a la cual, tales acuerdos sean considerados “válidos”. Es una solución también seguida en otros países (Sent. Cass. Francia 23 mayo 2006)¹¹⁶. Esta opción interpretativa se desarrolla correctamente en el contexto del art. 9.3 CC y no en el contexto del art. 11 CC. En la órbita del art. 9.3 CC, todas las Leyes designadas por tal precepto se hallan en el “mismo nivel” y no existen datos que permitan identificar una Ley más o menos “exigente” a la hora de interpretar las capitulaciones “matrimoniales” o de “liquidar” el régimen económico matrimonial. Por tanto, un razonamiento estrictamente “localizador” en favor de la Ley del país más vinculado con la concreta situación jurídica, permitirá reducir los costes conflictuales en estos casos.

c) Capacidad para otorgar pactos o capitulaciones matrimoniales

93. La capacidad para estipular capitulaciones matrimoniales se rige por la Ley nacional de cada cónyuge (art. 9.1 CC) (STS 1 julio 1955)¹¹⁷. Por tanto, la Ley nacional determinará si el sujeto es capaz o incapaz para otorgar las capitulaciones, y también si es sólo “relativamente incapaz”, de modo que puede otorgar las capitulaciones si su capacidad es completada mediante la intervención de otro sujeto, como el padre, tutor, etc. (art. 9.1 CC). La Ley nacional de cada cónyuge indicará si sigue o no el famoso adagio, tan difundido, “*habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*”.

94. En el caso de “incapacidad relativa” del cónyuge, el art. 9.6 CC indica que la Ley de la residencia habitual del sujeto regirá la cuestión de precisar quiénes deben completar el consentimiento del cónyuge, los modos de completar la capacidad y finalmente, las consecuencias, -nulidad o anulabilidad-, de la falta de intervención de estos sujetos.

d) Consentimiento para otorgar pactos o capitulaciones matrimoniales

95. El consentimiento prestado para otorgar capitulaciones matrimoniales puede estar afectado por vicios: error, dolo, violencia, etc. El DIPr. español carece de norma expresa que designe específicamente la Ley aplicable a esta cuestión. El art. 9.1 CC no parece el precepto aplicable, ya que el consentimiento para otorgar las capitulaciones matrimoniales no es un consentimiento que afecte al “estado civil”. Por ello, y ante la laguna, parece más conveniente dar aplicación al art. 9.3 CC, que se refiere a la validez de los “pactos y capitulaciones matrimoniales” en general. En conclusión, la Ley que rige el régimen jurídico de este consentimiento es la Ley que regula la validez de las capitulaciones matrimoniales *ex* art. 9.3 CC. Esta solución es similar a la que recoge el Reglamento Roma I de 17 junio 2008 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (art. 3.5 y 10 RR-I). La Ley estatal presuntamente elegida por los cónyuges / partes es la Ley que decidirá si el consentimiento de tales sujetos en relación con la Ley elegida, es válido o no lo es.

¹¹⁶ Sentencia de la Cour de Cassation, Chambre civile 1 (Francia), 23 mayo 2006, *Bulletin*, 2006, I, n. 262 p. 230; <https://beta.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007052616>.

¹¹⁷ STS 1 julio 1955 [R.2391].

e) Ley aplicable a la forma de los pactos o capitulaciones matrimoniales

96. Para fijar la ley aplicable a forma de los pactos o capitulaciones es aplicable el art. 11 CC (RDGRN 10 enero 1973)¹¹⁸. El art. 11 CC favorece la validez formal de estos acuerdos mediante un sistema de puntos de conexión alternativos. Sobre el art. 11 CC y la validez formal de las capitulaciones cabe precisar varios extremos.

97. Las capitulaciones matrimoniales constituyen un acuerdo de gran impacto práctico en la vida económica de los cónyuges y también de los terceros. Su importancia patrimonial es tan grande que numerosos Estados sólo admiten las capitulaciones matrimoniales otorgadas en documento público o en escritura pública. Esta exigencia formal estricta hace que los cónyuges puedan reflexionar sobre la conveniencia o no de firmar tales capitulaciones matrimoniales y además permiten obtener el consejo del notario antes de su conclusión. La forma solemne notarial se exige en Derecho civil español común (art. 1327 CC), así como en Derecho alemán, austríaco, lituano, francés, belga, entre otros ordenamientos. Pues bien, cuando la Ley estatal que rige la validez de las capitulaciones o pactos, determinada *ex art. 9.3 CC*, exige una forma jurídica de otorgamiento sin la cual el acto no es válido, -forma *ad solemnitatem*-, ésta debe ser necesariamente observada. Así lo indica el art. 11.2 CC. Si no es observada dicha forma solemne, entonces el pacto o capitulación será nulo por defecto de forma *ad solemnitatem*. Varias observaciones resultan útiles: (a) En Derecho civil común español, los arts. 1327 y 1280.3 CC exigen otorgamiento en escritura pública. Si las capitulaciones matrimoniales se rigen, *ex art. 9.3 CC*, por la Ley sustantiva española, pero no se han otorgado en “escritura pública”, serán nulas de pleno derecho (*vid. con aspectos de Derecho transitorio*, STS 20 noviembre 2011 [matrimonio civil contraído por españoles en México en 1940])¹¹⁹; (b) Si las capitulaciones matrimoniales no se rigen por el Derecho español, no es correcto afirmar que se exige la forma solemne a tales capitulaciones bajo pena de nulidad radical de dicho negocio *ex art. 1327 CC*. Ello dependerá, lógicamente, de la Ley estatal que rija el fondo de dichas capitulaciones según el art. 9.3 CC y no de la *Lex Fori* (con error: SAP Asturias 6 septiembre 2013 [divorcio entre cónyuges ingleses])¹²⁰.

98. Cuando las capitulaciones son válidas, en cuanto al fondo, con arreglo a dos o más Derechos estatales de los designados por el art. 9.3 CC, ¿cuál es, entonces, la Ley que regula el “fondo” de las capitulaciones, Ley que es preciso determinar a efectos del art. 11.2 CC? Debe prevalecer aquella Ley estatal señalada por el art. 9.3 CC que, haciendo válidas las capitulaciones en cuanto al fondo, exija “menos formalidades” para la validez formal de tales capitulaciones. Esta solución constituye un desarrollo interpretativo del art. 11.2 CC, y no del art. 9.3 CC. En consecuencia, dicho desarrollo debe aparecer guiado por el principio del *favor validitatis*, principio que vertebra el art. 11 CC, y no por los principios que constituyen la arquitectura legal del art. 9 CC y del “estatuto personal”. Ello implica que resulte plenamente justificado dar aplicación a la Ley estatal que exige requisitos formales más livianos para dar por válidas las capitulaciones matrimoniales. Esta solución es la que ha mantenido de forma brillante la DGRN (RDGRN [5ª] 25 septiembre 2006 [capitulaciones otorgadas por española e italiano ante Notario italiano]).

99. Si los pactos y capitulaciones matrimoniales se otorgan ante autoridad diplomática o consular española, su forma se registrará, necesariamente, por la Ley española (art. 11.3 CC).

100. En cuanto a la publicidad registral de los pactos o capitulaciones matrimoniales en casos internacionales, debe indicarse que la Ley que regula la validez de las capitulaciones *ex art. 9.3 CC* determina si es necesaria la inscripción de las mismas en algún Registro oficial como “requisito para su validez” (art. 1327 CC) o como “requisito para su oposición a terceros” (art. 77.II LRC). Sin embargo,

¹¹⁸ RDGRN 10 enero 1973, *Anuario DGRN*, p. 421.

¹¹⁹ STS 20 noviembre 2011 [CENDOJ 28079110012011100831].

¹²⁰ SAP Asturias 6 septiembre 2013 [CENDOJ 33044370042013100262].

la Ley del Estado a cuyo cargo se halla el Registro concreta las “modalidades” de la publicidad registral: inscripción, mención, anotación, y efectos de dichas modalidades de acceso a los Registros Públicos. Las capitulaciones matrimoniales inscritas en el Registro de un país extranjero pero no inscritas en España, no son oponibles a terceros de buena fe en el caso de que el Derecho español rija la oposición a terceros de tales capitulaciones matrimoniales.

V. Reflexiones finales

101. La entrada en escena del poderoso Reglamento 2016/1103 del Consejo de 24 junio 2016 [régimenes económicos matrimoniales] no debe hacer perder de vista al operador jurídico que este Reglamento no tiene carácter retroactivo. En consecuencia, los efectos, personales y patrimoniales, derivados de los matrimonios celebrados antes del 29 enero 2019 se rigen por la Ley a la que conducen las normas de conflicto de leyes de cada Estado miembro. Ello significa, para España, que los arts. 9.2 y 9.3 CC conservan un ámbito operativo relevante y así será durante muchos años. Por otro lado, ambas disposiciones se aplican en casos de Derecho interregional.

102. El contexto temporal de estos arts. 9.2 y 9.3 CC es relevante. Se trata de preceptos legales que, en su momento, supusieron la constitucionalización plena del sistema matrimonial español de Derecho internacional privado. Sus valores, son, pues, su mayor mérito. Ambos preceptos acabaron con odiosas discriminaciones contra la mujer, contra la selección de la Ley aplicable basada en una inexistente “superioridad legal del varón sobre la mujer”. La Ley nacional del marido queda eliminada del sistema y ello es mérito de estas dos disposiciones legales, lo que no es una escasa virtud¹²¹. En tal sentido, proyectados hacia el futuro, los arts. 9.2 y 9.3 CC seguirán destilando una justicia conflictual plenamente respetuosa con la igualdad de los cónyuges ante la Ley.

103. Desde el punto de vista técnico, los arts. 9.2 y 9.3 CC revelan ciertas carencias en el legislador español. El art. 9.2 CC se presenta como la norma central y unificadora del sistema, como el pivote central del mismo. El art. 9.2 CC trata de concentrar todos los efectos del matrimonio bajo la aplicación de la misma Ley, lo que resulta positivo. Su técnica jurídica es acertada. El precepto proporciona la necesaria seguridad jurídica a la hora de fijar la Ley aplicable a los efectos del matrimonio. Por ello, en palabras de S. DNES, cuando el art. 9.2 CC ha sido aplicado por los tribunales españoles, ha dado lugar a una litigación eficiente, en el que, salvo excepciones muy puntuales, las soluciones relativas a la selección de la Ley aplicable son claras y estables¹²².

Frente a dicho precepto, el art. 9.3 CC se muestra como un complemento conflictual del art. 9.2 CC y no anduvo ahí tan fino el legislador español de 1990. Se trata de una norma de conflicto con un supuesto de hecho limitado a la “validez” de los pactos y capitulaciones matrimoniales. Una norma que trata de ampliar las posibilidades de concluir unos contratos matrimoniales válidos. Su objetivo es loable, no así su técnica jurídica. El legislador no consideró que los contratos matrimoniales merecieran una norma de conflicto propia y ello complicó la lectura del precepto por los tribunales. El art. 9.3 CC, así, se presenta como un mero complemento del art. 9.2 CC. En momentos en los que la autonomía de los particulares se muestra como el criterio más eficiente en Derecho Privado, los contratos matrimoniales, en su sentido más amplio, carecen de una norma de conflicto propia que indique la Ley aplicable a todo su régimen jurídico. Falla, ahí, tanto la técnica jurídica empleada, la cláusula salvatoria, como el valor que defiende la norma, pues los contratos matrimoniales deberían ser contemplados como el vértice del sistema y no como un complemento de una norma de conflicto con puntos de conexión objetivos fijados al margen de la voluntad de las partes.

¹²¹ J. MEEUSEN, “Comparing Interstate and European Conflict of Laws from a Constitutional Perspective: Can the United States Inspire the European Union?”, *American journal of comparative law*, 2019-3, pp. 637-676.

¹²² S. DNES, “Promoting efficient litigation?”, en P. BEAUMONT ET AL., *Cross-border litigation in Europe*, Oxford, Hart, 2017, pp. 463-473.

104. En cuanto al orden de las conexiones retenidas por el art. 9.2 CC, todo se ha dicho y se ha escrito. Sumergidos todos en un mundo globalizado que se caracteriza por la liquidez de las relaciones sociales, personales y jurídicas y por la velocidad futurista en las circunstancias de los particulares, el art. 9.2 CC presenta una escalera de conexiones anclada en un pasado manciniano. Demasiado protagonismo para la Ley nacional común, que con cadenas de oro ata a los cónyuges toda la vida para que sea dicha Ley la que rijan los efectos de su matrimonio, según ha demostrado A. RODRÍGUEZ BENOT¹²³.

Poca sensibilidad multicultural refleja el art. 9.2 CC. Como escribe J. SCHACHERREITER, la aplicación de la Ley nacional no es el único modo de mostrar respeto por una cultura jurídica. Es más, puede resultar una condena infinita para ciertas personas cuando resulta muy complicado para las mismas el cambio de nacionalidad y las personas en cuestión se identifican ya más con la Ley del país de acogida¹²⁴. Escaso relieve atribuido a la autonomía de la voluntad conflictual, situada en segundo lugar y sometida a requisitos formalistas. Emergente papel el que corresponde a la Ley de la residencia habitual de los cónyuges tras el matrimonio, pero no suficiente, pues se sitúa como la tercera conexión. Por otro lado, no se tiene en cuenta que la residencia común puede cambiar a otro país y fijarse en el mismo durante largos años. Falta flexibilidad en la conexión para adaptarse a la vida móvil del siglo XXI. El art. 9.2 CC revela ciertas dosis de neo liberalismo conflictual, en la expresión de P. KINSCH¹²⁵. Sin embargo, le falta el impulso final que haga de los cónyuges los verdaderos protagonistas del diseño legal de sus relaciones jurídicas, le falta un mayor neo liberalismo y eso, en la tercera década del siglo XXI, se revela como una carencia de política jurídica.

De todos modos, con F. JIZENG, cabe recordar que los derechos humanos pueden resultar impulsados y protegidos por las normas de conflicto¹²⁶. En dicho sentido, estos dos preceptos merecen un juicio positivo, ya que, a pesar de ciertas carencias técnicas y valorativas, han contribuido a la movilidad internacional de los cónyuges, a la estabilidad legal de sus relaciones jurídicas a través de las fronteras, a la seguridad jurídica preventiva y a la auto-gestión de sus relaciones jurídicas en casos conectados con distintos Estados.

¹²³ A. RODRÍGUEZ BENOT, "El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho internacional privado", *CDT*, 2010, vol 2, n. 1, pp. 186-202.

¹²⁴ J. SCHACHERREITER, "Das Verhängnis von Ethnozentrismus und Kulturrelativismus in der Rechtsvergleichung - Ursachen, Ausprägungsformen und Strategien zur Überwindung", *RabelsZ*, 2013.II, pp. 272-299.

¹²⁵ P. KINSCH, "Trois visions de l'avenir d'un droit international privé néolibéral", en *Liber amicorum Angelo Davì: La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, vol. I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 165-193.

¹²⁶ F. JIZENG, "The Relative Universality of Human Rights: Theory and Practice", *Human Rights*, n. 2, March 2013 (<https://ssrn.com/abstract=2593957>).

PODERES PÚBLICOS Y COMPETENCIA. EN BUSCA DEL EFECTO ÚTIL DEL DERECHO DE COMPETENCIA

PUBLIC POWER AND COMPETITION LAW. LOOKING FOR EFFICIENCY IN COMPETITION LAW ENFORCEMENT

MARÍA PILAR CANEDO ARRILLAGA

Cátedra Jean Monnet en Derecho Transnacional en la Facultad de Derecho

Universidad de Deusto

Consejera en la CNMC

Recibido: 06.06.2020 / Aceptado: 18.06.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5609>

Resumen: El derecho de la competencia ha experimentado una extraordinaria evolución en los últimos años tratando de conseguir una mayor efectividad en la consecución del objetivo de protección del interés general. Para ello, entre otras vías, se han analizado modos de fiscalizar el papel jugado por los poderes públicos, tanto en sus funciones legislativas como ejecutivas, en la creación, mantenimiento o no retirada de los problemas de competencia en el funcionamiento de la sociedad. Tal control puede realizarse desde diferentes áreas del ordenamiento y, dentro del derecho de la competencia, con herramientas de promoción y defensa. Este estudio analiza la relación entre estas posibles reacciones del ordenamiento y concluye, con una perspectiva de búsqueda de la máxima eficiencia, que la misma debe ser de interdependencia y refuerzo mutuo y no de exclusión.

Palabras clave: competencia, promoción, defensa, poderes públicos, buena regulación, bienestar social, administración, impugnación de normas y actos, facilitador.

Abstract: competition law has experienced a dramatic change in former times trying to reach a higher level of effectiveness in protecting general interest. In doing so, it looks for ways to monitor burdens to competition that can be created, maintained or not removed by Public Powers (as policy makers or enforcers). This control can come from different areas of the legal order and, if using a competition law perspective, it can use an advocacy or enforcement approach. This study analyses the relation among all those possible reactions of the legal system and concludes that, looking for efficiency, it must be one of interdependence and mutual reinforcement instead of one of exclusion.

Keywords: competition, advocacy, enforcement, public Powers, better regulation, social welfare, administration, challenge in court of rules and administrative acts, facilitator.

Sumario: I. Introducción. II. La actuación de los poderes públicos. 1. Promoción de la competencia. A) Principios que inspiran la actuación de los poderes públicos. B) Diferentes niveles en la promoción de competencia. 2. Defensa de la Competencia y poderes públicos. A) El concepto de operador económico. B) La intervención en una infracción de una entidad que no interviene en el mercado. La figura del facilitador. C) Un posible análisis de la potestad normativa desde la perspectiva de la defensa de la competencia. III. Sobre la relación entre la Defensa de la competencia y otras reacciones posibles del ordenamiento. 1. Relación entre el Derecho de la competencia y otras áreas del ordenamiento. 2. La relación entre las vías de promoción y defensa de la competencia. A) La solución reciente de las Autoridades de competencia en España. B) Una jurisprudencia no unánime. C) Análisis de las posibles soluciones. IV. Conclusión.

I. Introducción

1. Los poderes públicos, en sentido amplio, cumplen funciones diversas en nuestro ordenamiento que, en numerosas ocasiones generan afectación y merecen por tanto atención desde una perspectiva de competencia.

Una de esas funciones está vinculada con la capacidad del Estado de crear las normas jurídicas que rigen el funcionamiento de nuestra sociedad, especialmente cuando tales normas se encargan de establecer o controlar la operativa de los mercados o de determinados sectores económicos¹. Por otra parte, las administraciones en sentido amplio tienen, especialmente en Estados Sociales y Democráticos y de Derecho como el nuestro, la relevante labor de prestar servicios a los ciudadanos para garantizar diversos derechos inherentes al mencionado Estado Social.

En ambos supuestos (generación de normas o toma de decisión administrativa) cabe la posibilidad de que se produzcan limitaciones a la competencia que en algunos casos están justificadas, pero en otros pueden no estarlo. El poder público realiza un análisis de diversos intereses en conflicto y puede, justificadamente, considerar que prevalecen valores superiores a la competencia. Tal decisión debe realizarse en todo caso partiendo del parámetro fundamental de protección del interés general y debe ser posible someterlo a control para determinar la adecuación de la decisión adoptada al objetivo pretendido.

La valoración de tales decisiones públicas desde una perspectiva de competencia ha variado a lo largo del tiempo.

2. Históricamente las posibles restricciones en la competencia generadas de cualquier modo por los poderes públicos se consideraban integradas dentro de las prerrogativas que les eran inherentes.

A los entes de carácter público se les presumía la capacidad para realizar la ponderación de todos los intereses en presencia en cada decisión a tomar. Del mismo modo se les suponía la discrecionalidad para decidir entre las diferentes opciones sin necesidad de realizar justificaciones profundas de las motivaciones que fundaban sus actos. Por ello estas conductas quedaban fuera de las labores de fiscalización de las autoridades de competencia, que se limitaban a la función de defensa de la competencia vinculada al análisis de infracciones generadas por operadores privados.

3. Sin embargo, pronto se mostró la evidencia de que la competencia no solo puede ser afectada, sino que a menudo lo es, por numerosas políticas públicas, por actuaciones institucionales y por intervenciones gubernamentales en los mercados. Por ello, en las primeras décadas de los años 90 se desarrolla una nueva rama de actuación de las autoridades de competencia que les exige incidir de manera más amplia en el análisis de las reglas que rigen la sociedad y los mercados y en la forma en que son aplicadas por las administraciones.

El objetivo de esta actuación es verificar si existen formas de mejorar el funcionamiento de la economía para promover más adecuadamente la protección del interés general por medio del análisis de las actuaciones de carácter público en sentido amplio.

Ese estudio constituye el objeto fundamental de las tareas de promoción de la competencia que, como veremos, emplean como herramienta, esencialmente, decisiones de las autoridades de competencia no vinculantes para los poderes públicos².

La evolución de las labores de fiscalización de la actuación pública ha puesto de manifiesto que la existencia de colaboración en forma de *soft law* puede no ser suficiente para conseguir los objetivos pretendidos y, en consecuencia, se plantea la posibilidad, no exenta de gran controversia, de incluir a los poderes públicos en procedimientos de defensa de la competencia³.

¹ J.DE LA CRUZ FERRER, *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, en <http://www.cerecom.org/publicaciones/LIBRO%20PRINCIPIOS%20REGULACION%20C3%93N%20CAP%201.pdf>.

² M.GRACIA MONTANARI, "The ICA's advocacy activity: Proposals for the annual law on competition 2014", en *Italian Antitrust Review*, Vol. 1, N. 3, 2014, pp. 235 a 240.

³ Véase, por ejemplo, la Resolución de la CNMC de 26 de julio de 2018, Expte. S/DC/0565/15 LICITACIONES DE APLICACIONES INFORMÁTICAS, en <https://www.cnmc.es/expedientes/sdc056515>.

4. Se plantea igualmente la relación entre ambas vías de acción: la defensa y la promoción de la competencia. Esta cuestión ha cobrado especial relevancia debido a una jurisprudencia no unánime a este respecto y a las extraordinarias consecuencias prácticas que, como veremos, podría tener considerar que un poder público no puede ser declarado responsable de infracciones de defensa de la competencia en absoluto o que no puede serlo en los supuestos en que su actuación puede abordarse con herramientas de promoción.

5. La finalidad de este trabajo es hacer un análisis de los objetivos pretendidos por la normativa de promoción y defensa de la competencia en relación con los poderes públicos para justificar la doble conclusión que ya avanzamos. Las conclusiones se plantean ya en este momento para que el lector pueda vislumbrar desde el inicio la razón de ser de la argumentación que se plantean.

La primera hipótesis supone que la vía de la promoción es útil y eficaz para analizar las limitaciones a la competencia de los poderes públicos y puede considerarse imprescindible, pero que puede en algunos casos no ser suficiente para alcanzar los objetivos de protección del bienestar social pretendidos. En algunos casos la vía de defensa, que implica considerar a los poderes públicos responsables de la comisión de infracciones de competencia, es la más o incluso la única vía para conseguir la adecuada protección del interés general.

Esta primera premisa sirve de base a la que será la segunda: considerar que no cabe defensa de la competencia en los supuestos en que pueden realizarse impugnaciones puede resultar contrario al efecto útil del derecho de la competencia y por tanto ambas vías deben necesariamente considerarse herramientas complementarias y en ningún caso excluyentes.

II. La actuación de los poderes públicos desde la perspectiva de competencia

1. Promoción de la competencia

6. La promoción de la competencia plantea, entre otras cuestiones, diversas formas de relación entre las autoridades de competencia y los poderes públicos⁴. El objetivo es conseguir que se reduzcan barreras de entrada en los mercados, se promueva la liberalización de los servicios y el comercio y se minimicen las intervenciones innecesarias del Estado en la economía⁵.

Tal relación afecta, como veremos a continuación, a los poderes ejecutivo y legislativo y se basa en principios bien asentados en nuestro ordenamiento.

Los distintos niveles de interacción entre las autoridades de competencia y los poderes públicos difieren en gran medida dependiendo de los objetivos pretendidos y de las situaciones analizadas.

A) Principios que inspiran la actuación de los poderes públicos

7. La intervención de la administración en la economía está amparada en nuestro ordenamiento jurídico por la propia Constitución Española.

La actuación administrativa se regula en el artículo 103.1 de la Constitución Española que consagra el principio de eficacia y pleno sometimiento de la administración a la Ley y al Derecho. Tal sometimiento se entiende, dentro de la Unión Europea, no solo al Derecho nacional sino a aquellos preceptos del Derecho de la Unión que le resultan de aplicación.

La exigida eficacia en la actuación de la Administración se contiene igualmente en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que recoge el derecho de los ciudadanos a una buena administración.

⁴ OECD SECRETARIAT, *Strategies for Competition Advocacy: Background Paper*, DAF/COMP/LACF(2010)4 en <http://www.oecd.org/competition/latinamerica/2010LACF-Strategies-for-competition-advocacy.pdf>.

⁵ BANCO MUNDIAL, *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, 1998, Capítulo 6.

Dentro de tal sometimiento al Derecho y de la exigencia de eficiencia, el principio de garantía de la libre competencia juega un papel esencial.

8. El control de la actuación de los poderes públicos desde la perspectiva de competencia no se limita a los poderes ejecutivos sino que afecta igualmente a los legislativos.

Para analizar la actuación de los poderes públicos desde la perspectiva de competencia debe partirse de la aplicación de lo que ha venido en denominarse principios de buena regulación (*Better Regulation* en su denominación inglesa)⁶.

Los mismos, de origen anglosajón, implican que la intervención del Estado en la economía tan solo debe producirse en los supuestos en que la misma resulte necesaria para resolver un fallo de mercado o para proteger lo que la jurisprudencia europea ha dado en denominar Razones de Imperioso Interés General (RIIG). En defecto de ambos, se entiende que el mercado regula de la manera más adecuada su funcionamiento y la intervención estatal puede interferir de manera disfuncional en la asignación adecuada de los recursos.

Sin embargo, cuando exista fallo de mercado o una RIGG, la ausencia de intervención pública genera una respuesta inadecuada del mercado que permite a algunos operadores (por ejemplo los monopolistas) una acumulación excesiva de rentas que resulta contraria al interés de la sociedad.

Estos principios de buena regulación se centran en la identificación del fallo de mercado o la RIGG y analizan la decisión pública (existente o propuesta) que incide negativamente en la competencia desde la perspectiva de verificar si resulta necesaria para proteger el interés general (principio de necesidad), si genera discriminación entre los posibles destinatarios y si, entre todas las medidas posibles de intervención se ha optado por la menos restrictiva (principio de proporcionalidad)⁷.

9. Tales principios fueron considerados por las autoridades de competencia durante años provenientes fundamentalmente de las reglas instauradas de los precedentes de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁸. Son especialmente interesantes las recientes Conclusiones del Abogado General en el asunto *Cali Apartments* al contener referencia a varios precedentes y una descripción del modo de identificación de una razón imperiosa de interés general y al examen de la proporcionalidad⁹

“Es jurisprudencia asentada que la protección conferida por el artículo 16 de la Carta implica la libertad para ejercer una actividad económica o mercantil¹⁰. La libertad de empresa no es una prerrogativa absoluta, sino que debe tomarse en consideración atendiendo a su función dentro de la sociedad¹¹. Por lo tanto, la libertad de empresa puede estar sometida a un amplio abanico de intervenciones del poder público que establezcan limitaciones al ejercicio de la actividad económica en aras del interés general. En principio, con arreglo al artículo 52, apartado 1, de la Carta, cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades en ella reconocidos deberá ser establecida por la ley, respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades, respetar el principio de proporcionalidad y responder efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás¹²

⁶ C. GÓMEZ ASENSIO, *La mejora regulatoria (Better Regulation) Aplicaciones en materia de contratación pública*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

⁷ OECD, *Product Market Regulation OECD PMR Indicators*, 2018, en <http://www.oecd.org/economy/reform/indicators-of-product-market-regulation>.

⁸ Véase por ejemplo la Sentencia de 24 de marzo de 2011 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-400-08. Comisión contra España.

⁹ Conclusiones del Abogado General Michal Bobek de 2 de abril de 2020, As. C-724/18 y C-727/18, *Cali Apartments* contra Procureur général près la cour d'appel de Paris, Ville de Paris, de 2 de abril de 2020, ECLI:EU:C:2020:251

¹⁰ Sentencias de 22 de enero de 2013, *Sky Österreich* (C283/11, EU:C:2013:28), apartado 42; de 17 de octubre de 2013, *Schaible* (C101/12, EU:C:2013:661), apartado 25; y de 4 de mayo de 2016, *Pillbox 38* (C477/14, EU:C:2016:324), apartado 155.

¹¹ Véanse las sentencias de 22 de enero de 2013, *Sky Österreich* (C283/11, EU:C:2013:28), apartado 45 y la jurisprudencia citada; de 17 de octubre de 2013, *Schaible* (C101/12, EU:C:2013:661), apartado 28; y de 21 de diciembre de 2016, *AGET Iraklis* (C201/15, EU:C:2016:972), apartado 85.

¹² Véanse, por ejemplo, las sentencias de 22 de enero de 2013, *Sky Österreich* (C283/11, EU:C:2013:28), apartados 46 a 48, y de 20 de diciembre de 2017, *Polkomtel* (C277/16, EU:C:2017:989), apartado 51.

10. Recientemente estos principios han sido convertidos en norma jurídicamente vinculante para los poderes públicos españoles por medio de la entrada en vigor del artículo 129 de la Ley de Procedimiento Administrativo¹³. El citado precepto, bajo el título *Principios de buena regulación*, establece que tanto en la iniciativa legislativa como en la reglamentaria, las administraciones deben respetar los principios de “necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia”.

El legislador español determina no solo que deben respetarse los citados principios, sino que debe realizarse una adecuada motivación por parte del órgano proponente de tal concurrencia.

Tal exigencia de motivación resulta coherente con la posibilidad abierta a los ciudadanos afectados (o a la autoridad de competencia) de controlar que los poderes se ejercen dentro de los márgenes previstos en el ordenamiento (nacional y europeo). Es decir, no existe una potestad absoluta del poder público de definir las RIIG ni determinar los modos de protegerlas sino que recae sobre el órgano proponente una obligación de explicitarlas y acreditar de manera motivada que las limitaciones propuestas sirven a su consecución. De hecho, para conseguir este objetivo el precepto exige que las normas definan claramente sus objetivos y justificación.

La norma establece expresamente que “en virtud de los principios de necesidad y eficacia, la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general, basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser el instrumento más adecuado para garantizar su consecución”. Además “en virtud del principio de proporcionalidad, la iniciativa que se proponga deberá contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir con la norma, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios”¹⁴.

El precepto exige también una garantía adecuada del principio de seguridad jurídica y en consecuencia impone a las iniciativas normativas que sean coherentes con el ordenamiento nacional y europeo de forma que se genere “un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas”. Además la norma exige que se posibilite el acceso “sencillo, universal y actualizado” a las normas en vigor y los documentos propios de su proceso de elaboración para respetar el principio de transparencia¹⁵.

En la misma línea de consecución de una adecuada protección del interés general, y yendo más allá de los principios expuestos, la norma establece que las iniciativas normativas deben evitar la “imposición de cargas administrativas innecesarias o accesorias y racionalizar, en su aplicación, la gestión de los recursos públicos” en aplicación del principio de eficiencia.

Por primera vez en el ordenamiento español se establece la exigencia de que cuando una norma afecte a “los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, se deberán cuantificar y valorar sus repercusiones y efectos y supeditarse al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”.

11. Este precepto ha sido declarado parcialmente contrario al orden constitucional por considerar que invade competencias que las comunidades autónomas “tienen estatutariamente atribuidas en orden a organizarse y regular la elaboración de sus leyes”. Por ello determina el Tribunal Constitucional que el precepto no resulta aplicable a las iniciativas legislativas de las Comunidades Autónomas¹⁶.

¹³ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. BOE nº 236, de 2 de octubre de 2015. BOE-A-2015-10565.

¹⁴ Las mismas exigencias se subrayan por la Comisión Europea en ejemplos como EUROPEAN COMMISSION, *Study on the Assessment of the Regulatory Aspects Affecting the Collaborative Economy in the Tourism Accommodation Sector* in the 28 Member States (580/PP/GRO/IMA/15/15111J) en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/c7a7b5bb-526d-11e8-be1d-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF>.

¹⁵ Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas, y de transparencia financiera de determinadas empresas, BOE nº 81, de 4 de abril de 2007.

¹⁶ Véanse la Sentencia del Tribunal Constitucional 55/2018, de 24 de mayo de 2018. Recurso de inconstitucionalidad 3628-2016. Interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas. Competencias sobre procedimiento administrativo: nulidad de diversos extremos de los preceptos relativos a los registros electrónicos de apoderamientos, los principios de buena regulación y que identifican los títulos competenciales habilitantes para la aprobación de la ley; inconstitucionalidad de distintos preceptos que regulan la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria; interpretación conforme

Es decir, el Tribunal no cuestiona que los mismos principios deban ser respetados por el legislador autonómico, sino que tan solo determina que el legislador estatal no puede establecer tales imposiciones a los autonómicos.

B) Diferentes niveles en la promoción de la competencia

12. Las tareas de promoción de la competencia en relación con los poderes públicos comenzaron realizándose de modo informal por medio de contactos entre las entidades encargadas de las tomas de decisión y quienes deben velar por el respeto a los principios de competencia. Sin embargo, las exigencias de transparencia, independencia y control de las autoridades de competencia pronto hicieron evidente que resulta necesario que las colaboraciones entre los poderes públicos y las autoridades de competencia se arbitren por cauces más formales¹⁷.

De este modo, las autoridades de competencia nacionales más avanzadas del mundo comienzan a crear direcciones de promoción de la competencia con el mismo nivel de relevancia y jerarquía que las direcciones de instrucción en materia de defensa¹⁸.

En España la Ley 15/2007 introduce por primera vez referencias a la promoción de la Competencia y la CNC crea una Dirección de promoción de la competencia adaptándose a las mencionadas corrientes internacionales¹⁹.

13. Las direcciones de promoción son encargadas del estudio general del funcionamiento de los mercados con el fin de poder realizar, basándose en datos técnicos e independientes, una evaluación de políticas públicas, de sectores económicos, de propuestas de normas o de acciones de las administraciones. Se trata de este modo de ofrecer a los poderes públicos análisis independientes de los ámbitos en los que sería beneficioso para la sociedad acometer cambios normativos, o de facilitar herramientas para la toma de decisión en procedimientos ya comenzados²⁰.

Del mismo modo, cabe que de tales análisis se derive la convicción de que existe una decisión del poder público ya adoptada que resulte contraria a la competencia en cuyo caso el mero asesoramiento no resulta suficiente y puede considerarse necesario otro tipo de intervención para remover los obstáculos y favorecer el bienestar social.

a) Herramientas de promoción destinadas a ofrecer asesoramiento técnico a los poderes públicos

14. Varias son las herramientas fundamentales de trabajo en la promoción de la competencia y tienen objetivos, metodologías y procedimientos de elaboración muy diferentes. De hecho, muchas

de la disposición relativa a la adhesión de las administraciones territoriales a las plataformas y registros de la Administración General del Estado. Voto particular. BOE núm. 151, de 22 de junio de 2018, pp 63925 a 63967, (ECLI:ES:TC:2018:55) y la Sentencia del Tribunal Constitucional 50/1999, de 6 de abril de 1999. Recursos de inconstitucionalidad 521/1993 y 547/1993 (acumulados). Promovidos, respectivamente, por la Junta de Castilla y León y por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña contra determinados preceptos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Voto Particular, BOE núm. 100, de 27 de abril de 1999, pp. 85 a 95.FFJJ 7 y 8.

¹⁷ H. BOUTHINON-DUMAS/ V. DE BEAUDORT/ F. JENNY/ A.MASSON, *Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence*. Larcier. Bruxelles, 2013.

¹⁸ Véase ADVOCACY WORKING GROUP ICN *Advocacy and Competition Policy* Naples, Italy, 2002 en https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/AWG_AdvocacyReport2002.pdf.

¹⁹ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, BOE nº 159, de 4 de julio de 2007. Texto consolidado <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-12946>.

²⁰ OCDE, "Key points of the Roundtables on Changes in Institutional Design" in *Draft Summary Record: Annex to the summary record of the 123rd meeting of the Competition Committee held on 15 - 19 June 2015. 29 January 2016*. DAF/COMP/M(2015)1/ANN9, en [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/M\(2015\)1/ANN9&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/M(2015)1/ANN9&doclanguage=en)

veces se define la promoción de la competencia de manera negativa como todas aquellas medidas que fomentan la competencia y no pueden considerarse defensa²¹.

15. Los estudios de mercado o informes sectoriales suponen la realización de “un análisis económico y regulatorio exhaustivo que analiza en profundidad la dinámica de la competencia en un mercado o sector productivo, identificando las restricciones existentes en dicho mercado que dificultan o impiden una asignación eficiente de los recursos. El Estudio alcanza conclusiones y propone recomendaciones para paliar o eliminar dichas restricciones”²².

En los estudios, las autoridades de competencia toman la decisión independiente de analizar mercados en que pueden estar produciéndose problemas o disfunciones. Se trata de verificar si las normas que los regulan pueden estar contribuyendo a frenar esos problemas o paliarlos o, por el contrario, contribuyen a que se incrementen los efectos negativos en la sociedad generando barreras injustificadas de entrada o salida del mercado o de ejercicio para los operadores ya instalados.

El hecho de que los estudios supongan una decisión autónoma de la autoridad de competencia hace que no estén sometidos a plazos por lo que su nivel de profundidad puede ser mayor (y en consecuencia también su valor). Además la selección de temas el número de informes que se publiquen (junto evidentemente con el impacto que puedan tener) son una forma de evaluar a la autoridad que los realiza.

16. Las autoridades de competencia realizan **guías** de divulgación de la cultura de competencia y buena regulación entre poderes públicos, empresas, consumidores y otros entes interesados, indicando -de manera adaptada a los destinatarios- modos de conseguir una adecuada garantía del interés general por la vía de la inclusión de los principios de competencia en las diferentes tomas de decisión²³.

Del mismo modo, fundamentalmente dentro de la Unión Europea, realizan análisis de la actuación del Estado en materia de **ayudas públicas** y su incidencia en el mercado y la neutralidad competitiva²⁴.

17. Los informes de proyectos normativos son análisis a petición de parte que tienen ordinariamente plazos cortos y exigen una respuesta ágil y en ocasiones puede que, en consecuencia, menos profunda. De ello no puede sin embargo deducirse que tengan necesariamente menor valor, dado que su inmediatez puede precisamente permitir ver su eficacia de manera más rápida.

El objetivo de la autoridad de competencia es ofrecer al poder público un análisis de los efectos que la norma propuesta puede tener en el mercado para enriquecer el análisis llevado a cabo por el órgano proponente. Se trata de incluir en la reflexión un estudio de los efectos que pueden tener las medidas propuestas. Muchas veces los efectos en el mercado de determinadas medidas resultan tangenciales de los objetivos realmente buscados y quien realiza la propuesta puede no ser consciente de las implicaciones negativas que pueden tener sus decisiones. En esos supuestos la colaboración de la autoridad de competencia podría ayudar a reconsiderar determinadas medidas por innecesarias.

Otras veces, cierta restricción es necesaria para alcanzar el objetivo pretendido por el legislador pero el mismo puede ser alcanzado por vías diferentes que tienen menos efectos negativos en el mercado.

En algunos casos las medidas propuestas generan discriminación entre los afectados por la norma.

Todas estas cuestiones pueden ser puestas de manifiesto por la autoridad de competencia durante la tramitación de la norma jurídica lo que puede llevar al poder público a modificar el contenido de

²¹ OCDE, *Competition advocacy: challenges for developing countries*, en <http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/32033710.pdf>.

²² A. MAUDES, *Metodología para la elaboración de Estudios de Mercado en la CNMC*, Madrid, octubre 2013, MET/DP/01/13, en <https://www.cnmc.es/file/126383/download>.

²³ Véase CNMC, *Guías*, en <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/promocion-de-la-competencia/guias>.

²⁴ Véase CNMC, *Ayudas Públicas*, en <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/promocion-de-la-competencia/ayudas-publicas>; OECD, "Executive Summary of the Discussion of the Roundtable on Competitive Neutrality in Competition Policy" in *Draft Summary Record: Annex to the summary record of the 123rd meeting of the Competition Committee held on 15 - 19 June 2015. 29 January 2016*. DAF/COMP/M(2015)1/ANN7, en <http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/M%282015%291/ANN7&doclanguage=en>, y COMISION EUROPEA, *Ayudas de Estado* https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/jobs-and-economy-during-coronavirus-pandemic/state-aid-cases_es.

la propuesta de forma que se reconsideren sus objetivos o, sin hacerlo, se diseñen nuevas herramientas menos restrictivas para lograrlos.

18. Del mismo modo cabe que la autoridad de competencia analice, bajo los parámetros referidos, **normas ya existentes** (en los ordinariamente denominados informes de posición).

Este es el caso, no inhabitual, de normas que se crean en determinadas circunstancias socioeconómicas que son objeto de modificación por la evolución social sin que el ordenamiento jurídico experimente cambios equivalentes. Ello puede tener como consecuencia que restricciones que tuvieron su razón de ser en determinados momentos históricos dejen de tenerla y comiencen a crear distorsiones carentes de fundamento.

En estos supuestos las autoridades de competencia tienen la potestad de realizar informes dirigidos a los poderes públicos y a la sociedad lo que puede contribuir a cambios normativos que supongan la remoción de obstáculos innecesarios de manera que se potencie la protección del interés general.

19. En cualquier caso no podría concluirse que la eficacia de un análisis de los tipos anteriores se limite a su efecto directo e inmediato en una modificación de la actuación del órgano proponente²⁵.

Una de las labores de promoción de la competencia es, precisamente, contribuir al desarrollo de una conciencia social sobre las ventajas que la competencia genera en los más desfavorecidos de la sociedad. Tal ventaja se verifica fundamentalmente en forma de mejores precios que permiten acceder a más y mejores productos y servicios democratizando el acceso a ellos; puede observarse también en forma de mayores posibilidades de elección, de más innovación, de creación de empleo, de reducción de las ventajas no merecidas que han podido tener determinados operadores solo por ser los tradicionales o vinculados con el poder. Indirectamente, se generan ventajas de competitividad de la economía y en consecuencia de mejores condiciones de vida para la sociedad.

El hecho de que las autoridades de competencia realicen y publiquen sus informes basados en datos (que puedan rebatir los ofrecidos a menudo por los lobbies empresariales) ayuda a generar esa conciencia que puede producir efectos positivos en la conciencia social a medio plazo.

b) Las funciones de impugnación

20. Dentro de las tareas de promoción, la cooperación con los poderes públicos se complementa en algunos ordenamientos, como el español, por una labor de fiscalización por las autoridades de competencia de las actuaciones realizadas por los poderes públicos que va más allá de la mera colaboración.

De esta forma, identificadas barreras o trabas injustificadas generadas por los poderes públicos, sea en el ámbito de la regulación o de la actuación administrativa, éstas pudieran suprimirse del ordenamiento por medio de su impugnación²⁶.

Esta función resulta crucial para evitar que se generen problemas en los mercados que resultan negativos para el interés de las empresas y los ciudadanos o en última instancia de la sociedad no solo por las limitaciones a la competencia a que se pone fin gracias a la actuación de los tribunales, sino incluso por las restricciones que no llegan a crearse por los poderes públicos, conscientes del riesgo de impugnación de sus decisiones²⁷. Es decir, esta función no solo tiene implicaciones de reparación sino que incluso tiene un efecto de prevención.

²⁵ J.HILKE, *Improving relationships between competition policy and sectoral regulation*, 2006 en <http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/38819635.pdf>.

²⁶ J.GUILLÉN CARAMÉS, "La promoción de la competencia como refuerzo al ejercicio de potestad sancionadora por parte de las autoridades de competencia : en especial, la impugnación de la actividad administrativa contraria al Derecho de la Competencia" en *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia, capítulo VI La impugnación por las Autoridades de Competencia de la actuación de las Administraciones Públicas*. Ed. Civitas, D.L. 2013, pp. 369 a 399.

²⁷ A.TONAZZI/M.PACILLO, "Some thoughts on "Advocacy: a driver for change", ICN Workshop, 12-13 December 2013, Rome", en *Italian Antitrust Review*, Vol. 1, N. 1, 2014, pp. 111 a 113.

21. El ordenamiento jurídico español establece que la autoridad de competencia en cumplimiento de sus funciones, “está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados”²⁸.

Tal capacidad supone que, más allá de la cooperación, la autoridad de competencia puede solicitar del poder judicial que ponga fin a las restricciones a la competencia generadas por los poderes públicos en aras de conseguir un incremento en los estándares de protección del interés general.

22. La capacidad de impugnación, incluida en nuestro ordenamiento en el año 2007, se enfrentó a importantes dificultades de interpretación derivadas en parte del escaso desarrollo normativo y en parte del enfrentamiento que esta potestad supone a la tradicional autonomía de los poderes públicos para ejercer sus prerrogativas con un amplio margen de discrecionalidad para alcanzar los objetivos pretendidos por la vía que se considerara más adecuada y sin grandes exigencias de motivación.

La aprobación de normas como el artículo 129 de la LPA vienen a aclarar las exigencias de las administraciones y en consecuencia a facilitar la tarea de la autoridad de competencia no exenta, sin embargo, de dificultades de interpretación.

23. Nuestro legislador no ha reconocido a las autoridades de competencia legitimación activa para plantear la constitucionalidad de las normas jurídicas ante el TC.

Sin embargo el Derecho de la Unión Europea exige que se inapliquen las normas internas que no respetan sus principios esenciales²⁹.

Por ello, nada obstaría a que la autoridad de competencia impugnara las normas internas de cualquier rango contrarias a la competencia, siempre que contravengan el Derecho de la Unión. En caso de duda el tribunal interno podría solicitar la interpretación del Tribunal de Justicia por medio de la presentación de una cuestión prejudicial.

Por el contrario, en el caso de que se trate de normas con rango de Ley que no generen controversia con el derecho de la Unión, la labor de la autoridad de competencia se limita a la promoción *soft*. La misma tomaría la forma de mera colaboración por medio de la realización de informes (no vinculantes) que tratan de aportar al proponente de una norma nueva, o al responsable de una existente, razones que le lleven a modificar su posición. No sería posible la impugnación.

24. De cualquier modo, en el caso de normas con rango inferior a la Ley o de actos de la administración pública, la normativa española permite la impugnación siguiendo los tramites procesales correspondientes.

El artículo 44.1 de la Ley de la Jurisdicción establece que, cuando una Administración interponga recurso contencioso-administrativo contra otra, podrá requerirle previamente para que derogue la disposición o anule o revoque el acto en cuestión³⁰.

El requerimiento deberá producirse en el plazo de **dos meses** contados desde la publicación de la norma o desde que la Administración requirente hubiera conocido o podido conocer el acto (párrafo 2) salvo lo dispuesto en la legislación de régimen local (párrafo 4) que establece el plazo de **un mes**³¹.

25. Estos plazos tan escasos desde que se adopta la norma o el acto administrativo suponen una extraordinaria limitación a la capacidad de impugnación de las autoridades de competencia.

²⁸ Véase el artículo 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, BOE nº 134, de 5 de junio de 2013 y artículo 13.2 de la citada LDC para las autoridades autonómicas.

²⁹ Véase el *leading case* Sentencia del TJUE de 22 de junio de 1989, Fratelli Constanzo, SpA, As. 103/88, ECLI:EU:C:1989:256 y sus muchas confirmaciones posteriores Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2017, As. C-628/15, The Trustees of the BT Pension Scheme y Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs, ECLI:EU:C:2017:687.

³⁰ Dentro del ordenamiento interno, véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2018, de 20 de diciembre, BOE núm. 22, de 25 de enero de 2019, ECLI:ES:TC:2018:140.

³¹ Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, BOE nº 167, de 14 de julio de 1998.

³² Véase el artículo 65 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

La evidencia demuestra que en la mayoría de casos cuando se detectan las restricciones a la competencia que puede suponer la actuación pública tales plazos ya han transcurrido y por tanto, de no arbitrase medios alternativos para reevaluar las medidas, los problemas de competencia pueden dilatarse en el tiempo de manera no acorde con la exigida protección del bienestar social.

c) El caso específico de la contratación pública

26. Uno de los ámbitos en que con más intensidad se han producido labores de promoción de la competencia en relación con los poderes públicos es la contratación administrativa³².

27. Sin entrar en disfunciones en la contratación que pueden resultar ajenas a la competencia (como pueden ser sin duda las que implican supuestos de corrupción) la contratación pública se desarrolló históricamente bajo parámetros en que no se tenían en cuenta, al menos de manera expresa, las ventajas que se derivan de la existencia de competencia entre oferentes en los contratos³³. De este modo, se primaba la seguridad con que la administración podía llevar a cabo los procesos de contratación, la rapidez o incluso la comodidad de los poderes adjudicadores, frente a la posibilidad de incrementar la calidad de los servicios recibidos, la innovación, la entrada de nuevos operadores o el precio³⁴.

La gravedad de esta cuestión y sus negativos efectos para el bienestar de la sociedad comenzó a ponerse de manifiesto por organizaciones internacionales³⁵. Especialmente importante es la contribución de la OCDE que subrayó que la existencia de conductas colusorias de las empresas relacionadas con la contratación pública podía suponer un grave quebranto para el interés general en las sociedades en que tales conductas se producían e hizo hincapié en el diseño de mecanismos para tratar de frenarlas³⁶.

De ahí que la mayoría de autoridades de competencia del mundo dedicaran gran parte de su capacidad de promoción a hacer conscientes a las administraciones de que tales conductas debían ser evitadas y a fomentar la colaboración entre autoridades de competencia y poderes adjudicadores para contribuir a tal fin³⁷.

28. La existencia de conductas de colusión entre operadores privados en relación con la contratación pública analizados desde la perspectiva clásica de la defensa de la competencia (o *bid rigging*) dejaba de lado las posibles responsabilidades de la administración en la conducta³⁸. Sin embargo pronto se pudo verificar que la administración podía jugar en las citadas prácticas diversos papeles (más o menos activos) pero dignos de atención.

Resulta innegable que en muchos supuestos la administración contratante carece de posibilidad de conocer la existencia de un acuerdo entre las empresas que presentan ofertas. Sería el caso, por ejemplo, de acuerdos sofisticados de reparto de licitaciones de varias administraciones entre un grupo de empresas con prácticas de subcontrataciones entre ellas, compensaciones secretas o boicots, rotaciones,

³² S.ARROWSMITH/P. KUNZLIK (Eds.), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions* Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

³³ C.CABANES/ B.NEVEU, *Droit de la concurrence dans les contrats publics. Pratiques anticoncurrentielles, abus de position dominante, controls et sanctions*, Paris, Le Moniteur, 2008.

³⁴ F.JIMÉNEZ LA TORRE/ J.CORONADO SALEH, "Análisis económico de la colusión en mercados de subastas: pujas fraudulentas (*Bid rigging*)", en S.MARTÍNEZ LAGE/ A.PETIBÓ JUAN, (Dir.), *Los acuerdos horizontales entre empresas*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, págs. 213 a 242.

³⁵ C.DE KONICK/ P.FLAMEY(Eds.), *European Public Procurement Law. Part II: Remedies. The European Public Procurement Directives and 15 years of Jurisprudence of the Court of Justice of the European Communities—Texts and Analysis*, The Hague, Kluwer Law International, 2009.

³⁶ OCDE, *Lineamientos de la OCDE para combatir la colusión entre oferentes en contrataciones públicas*, París, 2009. [DAF/COMP(2009)1/FINAL]. Accesible en http://www.oecd.org/daf/competition/Recommendation_fighting-bid-rigging-2012-ES.pdf.

³⁷ R.C.MARSHAL/L.M. MARX, *The economics of Collusion. Cartels and Bid rigging*, The MIT Press, Massachusetts, 2012.

³⁸ M.P.CANEDO ARRILLAGA, "Algunas consideraciones jurídicas en torno a prácticas de «*Bid Rigging*»", en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 36, 2013, pp. 9-19.

ofertas de cobertura.... Existen otros muchos casos, sin embargo, en que no puede llegarse a la misma conclusión y el poder adjudicador puede tener una responsabilidad por acción o por omisión³⁹.

Por ello las autoridades de competencia comenzaron, empleando herramientas de asesoramiento técnico, realizando guías de promoción de la competencia que ponían el foco en determinados indicios que podrían despertar en los órganos de contratación la intuición de que alguna conducta contraria a derecho podría estar produciendo. En ese caso se animaba a las autoridades contratantes a realizar colaboraciones informales con las autoridades de competencia para que estas analizaran la solvencia de tales indicios⁴⁰.

Estos documentos -generales (guías) o referidos a pliegos concretos de contratación (informes concretos)- hacían hincapié en que la actuación de los poderes públicos que también puede generar problemas de competencia⁴¹. Por ejemplo, la selección de unos procedimientos de contratación frente a otros que genera clara incidencia en el resultado de la contratación. La existencia de procedimientos abiertos y transparentes abre la posibilidad de que todo operador capacitado pueda presentar sus ofertas. Ello genera la adecuada tensión competitiva que induce mejoras de calidad, innovación y precio que son inherentes a la incertidumbre en el resultado de la selección. Lo mismo sucede con la generación y tipo de lotes; el favorecimiento de entrada de PYMES; la publicidad de los contratos; los plazos de presentación de ofertas; las exigencias concretas incluidas en los pliegos de contratación; la adaptación de las exigencias a los objetivos del contrato y la desaparición de exigencias concretas obtenidas de la copia de otros pliegos o tendientes a dirigir la selección a los operadores incumbentes o a algunos preseleccionados por razones diferentes a las publicadas... Todo ello deviene fundamental en la reflexión de los poderes adjudicadores⁴².

29 Se comienza igualmente a cuestionar la regulación de contratación pública desde la perspectiva de competencia para plantearse los problemas que genera, por ejemplo, la existencia de contratos de extraordinaria duración, de prórrogas, de modificaciones o de requisitos no proporcionales al objetivo pretendido o directamente no relacionados con el mismo. Todo ello sucede, en buena medida, de la mano de las exigencias de la UE⁴³.

Por su parte el artículo 132 de la LCSP establece los principios que deben regir los procesos de contratación y afirma que “los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad”. Estos principios esenciales a la competencia se explicitan en la afirmación expresa de que no cabe limitar la participación en una contratación por la forma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación, salvo en los casos de contratos reservados para ciertas entidades⁴⁴.

El precepto realiza una afirmación de la máxima trascendencia consistente en que la contratación no puede ser concebida por el poder adjudicador “con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios”.

Por otra parte se establece expresamente la obligación de los órganos de contratación de velar en todo el procedimiento por la salvaguarda de la libre competencia. Todos los órganos de contratación, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o los equivalentes autonómicos tienen la obligación de remitir a las autoridades de competencia los hechos de los que tengan conocimiento y que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia⁴⁵.

³⁹ F.MARCOS FERNÁNDEZ, “Las prohibiciones de prácticas anticompetitivas (TFUE y LDC) ¿es infractor quien facilita la comisión de las conductas prohibidas?” en *Anuario de la competencia*, N° 1, 2016, pp.381-413.

⁴⁰ A.SÁNCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, 2nd ed Oxford, Hart Publishing, 2012.

⁴¹ Véase por ejemplo IPN 068/11: Proyecto de Real Decreto por el que se modifica la letra d- de la cláusula 8 del pliego de cláusulas generales para la construcción conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión aprobado por el decreto 215/1973 de 25 de enero en <https://www.cnmc.es/expedientes/ipn-06811>.

⁴² F. MARCOS FERNÁNDEZ “¿Puede sancionarse a las Administraciones Públicas cuando no actúan como operador económico si restringen la competencia o promueven conductas anticompetitivas?” en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, ISSN-e1698-739X, N°. 1, 2018.

⁴³ Véase EUROPEAN COMMISSION, *Public Procurement*, en https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement_en.

⁴⁴ Lo que se refiere a las recogidas en la disposición adicional cuarta.

⁴⁵ Véase igualmente el artículo 150, pendiente de desarrollo reglamentario, que establece que los órganos de contratación

30. Las citadas normas, en relación con todas las anteriores, no dejan lugar a duda sobre la posibilidad que se abre a la autoridad de competencia para impugnar ante los tribunales las decisiones referidas a la contratación que generen problemas de competencia.

Las limitaciones a la competencia pueden producirse por inclusión en los pliegos de exigencias no relacionadas con el objeto del contrato, por generación de discriminación, cierre de mercado o cualquier otra limitación a la competencia carente de justificación desde la perspectiva de los principios de necesidad o proporcionalidad.

Dentro del margen de apreciación de los poderes adjudicadores, lo mismo podría llegar a decirse de las decisiones de los poderes adjudicadores en favor de determinados tipos de contratación no favorables a la competencia (como es por antonomasia el procedimiento abierto) cuando la opción no encuentre justificación en la protección del interés general.

2. Defensa de la Competencia y poderes públicos

31. Como hemos reflejado, la promoción de la competencia abrió una primera vía para analizar las actuaciones de los poderes públicos desde una perspectiva de competencia. Sin embargo, pronto se puso de manifiesto que en algunos casos la labor de los poderes públicos genera una incidencia en el mercado en que las herramientas de promoción (incluso incluyendo la impugnación) pueden resultar insuficientes para restituir las condiciones de competencia en un mercado.

Por ello se plantea la posibilidad de fiscalizar ciertas actuaciones de los poderes públicos bajo el prisma estricto de la Ley de Defensa de la Competencia. Es decir, se trata de analizar en qué medida un poder público puede ser considerado responsable de una conducta de cártel, de abuso de posición de dominio o de competencia desleal con afectación al interés general (tipos contenidos en los artículos 1, 2 y 3 de la LDC).

No cabe en este momento poner en duda que el ejercicio de una potestad pública no exime a la administración del cumplimiento de la legalidad y, en consecuencia, de la aplicación de las normas de defensa de la competencia⁴⁶. Se plantea sin embargo cuál es la posible y la más eficiente reacción ante posibles conductas que no respeten tal regulación.

32. Obviamente existe una clara diferencia entre la fiscalización de la capacidad legislativa y de la ejecutiva de los poderes públicos y las diferentes funciones jugadas por el poder público en cada supuesto analizado.

Para realizar el análisis debe considerarse que los poderes públicos operan en los mercados directamente en algunas ocasiones pero que en un muy elevado número de casos inciden en su funcionamiento sin operar en el mismo.

Procede por tanto comenzar analizando si un poder público puede ser sujeto de una infracción de competencia. Posteriormente debe analizarse si el hecho de que el poder público no opere en el mercado supone o no un límite a la aplicación de la normativa de defensa de la competencia o si en este ámbito del derecho administrativo sancionador caben figuras diferentes de la autoría.

A) El concepto de operador económico

33. Las infracciones que constituyen la base de la normativa de defensa de la competencia se definen habitualmente en referencia a los operadores económicos que las llevan a cabo. Tanto la normativa

deben trasladar los indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación la autoridad de competencia con carácter previo a la adjudicación del contrato, a efectos de que a través de un procedimiento sumarísimo se pronuncie sobre aquellos.

⁴⁶ E.NAVARRO VARONA/M.RAMBAL, “La aplicación de las normas de defensa de la competencia a las Administraciones Públicas que no actúan como operadores económicos en el mercado” en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, nº 31, 2013, págs. 23 a 34.

nacional como la europea definen los tipos empleando el término “empresa” al referirse a los sujetos, lo cual parecería excluir a los poderes públicos de tal capacidad.

Bajo esta interpretación la defensa de la competencia quedaría limitada a los operadores privados y el control de las tareas de las administraciones u otros poderes públicos quedaría reducido a las herramientas de promoción.

34. Sin embargo, de cara a la aplicación de la normativa de defensa de la competencia la jurisprudencia ha ido perfilando un concepto autónomo de operador económico cuya definición es extraordinariamente amplia para no dejar fuera conductas nocivas para la sociedad. De este modo se entiende que es operador económico a efectos de aplicar la normativa de defensa de la competencia cualquier entidad que ejerza cualquier actividad de trascendencia económica con independencia de su estatuto jurídico y de su modo de financiación.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea manifiesta, en su Sentencia *EasyPay and Finance Engineering* (ap. 37)⁴⁷:

“A este respecto procede señalar, en una primera fase, que, por un lado, a efectos de aplicación de las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de competencia, una empresa es cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación. Por otro lado, constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado (véase la sentencia *Compass-Datenbank*, C138/11, EU:C:2012:449, apartado 35)”⁴⁸.

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo ha establecido que “en el ámbito del Derecho de la competencia opera un concepto amplio y funcional de empresa, de manera que lo relevante no es el estatus jurídico económico del sujeto que realiza la conducta sino que su conducta haya causado o sea apta para causar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado”⁴⁹.

35. Surge entonces la cuestión de si **los poderes públicos**, en la personificación correspondiente en cada caso, pueden o no considerarse operador económico.

Pocas dudas pueden surgir al respecto cuando, en cumplimiento de las funciones que le son propias, una administración abre un procedimiento de contratación pública que permite a operadores económicos que compiten en el mercado realizar ofertas para conseguir su selección con vistas a prestar el citado servicio. Parece indudable que la administración en ese caso puede considerarse una entidad que ejerce actividad económica y al determinar las condiciones en que tal contratación se desarrolla incide directamente en el mercado.

La competencia es, precisamente, uno de los principios que la Ley considera que debe inspirar el proceso de contratación y la administración tiene la obligación de ser garante de su respeto. No en vano, el artículo 1 de la Ley de contratos, que establece el objeto y finalidad de la Ley, mantiene que la misma debe garantizar los principios de libertad de acceso a las licitaciones; publicidad y transparencia de los pro-

⁴⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 2015 Asunto C-185/14 (ECLI:EU:C:2015:716).

⁴⁸ La misma sentencia establece que «para rechazar la calificación de actividad económica, la mencionada actividad debe formar parte indisociable, por su naturaleza, por su objeto y por las normas a las que está sujeta, del sistema nacional de pensiones de jubilación (véase, por analogía, la sentencia *Aéroports de Paris/Comisión*, C82/01 P, EU:C:2002:617, apartado 81)» indisolubilidad que no se verifica en el caso analizado.

Véase, entre otras, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de julio de 2010, Asunto *Knauf Gips KG v Commission*, C-407/08 P, ECLI:EU:C:2010:389 o las sentencias del TJUE de 12 de julio de 2012, As. C-138/11 *Compass-Datenbank*, ECLI:EU:C:2012:449 y de 28 de febrero de 2013, As. C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, ECLI:EU:C:2013:127 y Sentencia del tribunal de justicia (Sala Segunda) de 14 de marzo de 2019, As. C-724/17, *Fenin C-205/03 P o Skanska* en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62017CC0724&from=ES>, ECLI:EU:C:2019:204.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2015, Recurso 294/2013, relativa a la Resolución de la CNC de 14 de abril de 2009 (ECLI : ES:TS:2015:800) (Expediente 639/09, Colegio Farmacéuticos Castilla la Mancha accesible en <https://www.cnmc.es/expedientes/63908>).

cedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores así como asegurar una eficiente utilización de los fondos públicos mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa⁵⁰.

La CNMC ha manifestado que “las intervenciones de las administraciones públicas en las actividades económicas deben responder a los principios (...) de necesidad, proporcionalidad y no discriminación, sin que puedan introducir restricciones y barreras a la competencia que no estén justificadas en un fallo de mercado o en una razón imperiosa de interés general de las establecidas por el TJUE. Ello es igualmente aplicable al ámbito de la contratación pública”⁵¹. Recuerda igualmente este órgano administrativo la doctrina asentada en virtud de la cual la administración **debe** actuar de manera conforme al interés general y **debe** evitar restricciones y barreras a la competencia que no estén justificadas por su vinculación con razones imperiosas de interés general. También declara que en el ámbito de la contratación pública los principios de competencia efectiva; transparencia y eficiencia en el gasto público; no discriminación e igualdad de trato entre los potenciales candidatos **son imperativos** para los poderes adjudicadores.

Esta línea de argumentación implica que son precisamente esos principios los que están en la esencia y el sentido originario de la normativa de contratación pública con fundamento “más allá de nuestras fronteras”, tal como reconoce el Preámbulo de la Ley de Contratos del Sector Público⁵².

Esta regulación, tiende, estableciendo procedimientos garantistas, a permitir a todos los operadores capacitados intervenir en los procesos de contratación en igualdad de condiciones para conseguir la máxima eficiencia en el gasto público y la máxima calidad en los productos y servicios contratados. No en vano, los objetivos que inspiran la Ley son “lograr una mayor transparencia en la contratación pública” para “conseguir una mejor relación calidad-precio”. Por ello la Ley de Contratos establece la obligación de los órganos de contratación de velar por que el diseño de los criterios de adjudicación esté diseñado para alcanzar los citados objetivos. Expresamente se establece que “el sistema legal de contratación pública que se establece en la Ley persigue que la contratación pública “se utilice como instrumento para implementar” una serie de políticas entre las que se encuentra la de competencia.

Cuando la Administración toma la decisión de prestar un servicio por medio de un contrato público, la Ley de contratos del Sector Público establece una serie de obligaciones procedimentales complejas que tienen el objetivo de garantizar los principios de transparencia para “conseguir una mejor relación calidad-precio” por ello debe ser objeto de la normativa de defensa de la competencia⁵³.

36. No existe duda de que, cuando la administración actúa como operador económico, está sometida al derecho de la competencia⁵⁴.

Por ello puede concluirse que cuando la actuación de un poder público puede subsumirse dentro del amplio concepto de operador económico, puede ser sujeto activo de una infracción de competencia si llega a acuerdos que cumplan los requisitos del artículo 1 de la LDC o abusa de su posición de dominio en los términos del artículo 2 o competencia desleal con afectación al interés público tal como se tipifica en el artículo 3⁵⁵.

⁵⁰ Véase la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, BOE-A-2017-12902.

⁵¹ Resolución de la CNMC de 28 de febrero de 2019 Expte. SAMAD/03/16, ESTACIONAMIENTO REGULADO AYUNTAMIENTO DE MADRID, accesible en la url: https://www.cnmc.es/sites/default/files/2377357_1.pdf.

⁵² Véase el punto primero del citado Preámbulo cuando establece referencias a la «actividad normativa de instituciones de carácter internacional, como es el caso de la OCDE, de UNCITRAL –en el ámbito de la ONU–, o, especialmente, de la Unión Europea». Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, BOE-A-2017-12902.

⁵³ Resolución de 26 de julio de 2018, Expte. S/DC/0565/15 LICITACIONES DE APLICACIONES INFORMÁTICAS, https://www.cnmc.es/sites/default/files/2122881_3.pdf y Resolución de 4 de diciembre de 2018, Expte. SAMAD/01/18, CONTRATACIÓN PÚBLICA DE COMUNICACIONES MÓVILES, https://www.cnmc.es/sites/default/files/2327928_0.pdf.

⁵⁴ Véanse las sentencias del TJUE de 12 de julio de 2012, As. C-138/11 Compass-Datenbank, ECLI:EU:C:2012:449 y de 28 de febrero de 2013, As. C-1/12, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, ECLI:EU:C:2013:127.

⁵⁵ En nuestro ordenamiento, ni los artículos 1, 2 o 3 ni el 61 de la LDC determinan que tan solo las empresas puedan desarrollar

B) La intervención en una infracción de una entidad que no interviene en el mercado. La figura del facilitador

37. En un número relevante de casos los poderes públicos inciden en los mercados sin participar directamente en ellos y por tanto debe plantearse si tal participación puede generar responsabilidad desde la perspectiva de la aplicación de la normativa de defensa de la competencia⁵⁶.

38. La jurisprudencia ha asentado la posibilidad de establecer responsabilidad en materia de competencia a aquellas entidades que participen en una conducta en calidad de **facilitadores de una infracción de competencia**. En virtud de esta jurisprudencia, se considera que debe admitirse en el Derecho Administrativo sancionador la imputación de responsabilidad al margen de la condición de autor de una infracción.

A pesar de que la LDC no recoge expresamente (en contra de lo que sucede en otras legislaciones sectoriales) figuras de participación en una infracción diferentes a la autoría -dado que la del instigador contenida en el artículo 64.2.b) es una agravante que se aplica a los autores de las conductas.

Lo mismo sucede con el Derecho Europeo de Competencia que no recoge expresamente esta posibilidad.

39. A pesar de este silencio normativo, la jurisprudencia europea ha aclarado que existe la posibilidad de determinar responsabilidad en una infracción de competencia sin que exista título de autoría.

La Sentencia *Treuhand I* del entonces Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea estableció que cualquier operador -persona física o jurídica- independientemente de que participe o no en el mercado afectado por la infracción debe ser considerado **facilitador** de la conducta y por tanto responsable de la misma en el caso de que **contribuya de manera decisiva y activa a la realización de la práctica anticompetitiva**⁵⁷.

En un asunto similar -el denominado *Treuhand II*- se analiza si resulta exigible o no que el facilitador del cártel opere de manera activa como empresa, sea en el mercado afectado por la conducta o en otro conexo. En el citado supuesto se dictó una sentencia por el ahora Tribunal General en la que se dispone que no cabe establecer esta exigencia⁵⁸. Si bien esta sentencia fue recurrida en casación, el Tribunal de Justicia desestimó el recurso formulado por la empresa confirmando plenamente la anterior resolución⁵⁹.

40. La Sala Tercera del Tribunal Supremo español fue más allá en la citada construcción cuando confirmó no solo la posible aplicación de la figura del facilitador en el ordenamiento español, sino que la misma pudiera ser ejercida por una administración.

En su Sentencia de 18 de julio de 2016 el TS confirma la resolución de la CNC en que se consideró que la Consejería de Agricultura de la Junta de Andalucía era responsable **como facilitadora** de un cártel llevado a cabo por un grupo de productores de vino de Jerez, conocido y auspiciado por la Junta.

La actuación administrativa se sanciona, teniendo en cuenta el papel activo de la Consejería en las reuniones, que iba más allá de sus funciones propias⁶⁰. De hecho, el Tribunal Supremo considera

las conductas colusorias. El hecho de que el artículo 63 se refiera a los agentes económicos y empresas se debe a que el precepto determina la cuantía máxima de las sanciones referida a un porcentaje de su volumen de negocios, "criterio que, ciertamente, no resulta adecuado cuando la conducta se reprocha a una administración o entidad jurídico pública; lo que no excluye, sin embargo, que ésta pueda haber incurrido en una conducta prohibida de las definidas en el artículo 1 de la propia Ley" (STS de 2016).

⁵⁶ E.LINDE PANIAGUA, "¿Libre competencia e interés general en la Ley de contratos del sector público?", en *Revista de Derecho de la Unión Europea*. nº30. nº31. Reflexiones en torno a la competencia en la Unión Europea. Construyendo un estándar europeo de protección de los derechos humanos, Ediciones Académicas S.A., Madrid, 2016, págs. 203 a 221.

⁵⁷ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 2008 asunto *Treuhand I*, T-99/04, (ECLI:EU:T:2008:256).

⁵⁸ Sentencia del Tribunal General de 6 de febrero de 2014, As T-27/10, (ECLI:EU:T:2014:59).

⁵⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 2015, As. C-194/14 P, (ECLI:EU:C:2015:717).

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016, Recurso 2946/2013, (ECLI: ES:TS:2016:3525), dictada respecto de la Resolución de 6 de octubre de 2011 de la CNC en el expediente S/167/09 productores de uva y vino de Jerez accesible en <https://www.cnmc.es/expedientes/s016709>.

que la participación en la actividad económica y en la infracción del artículo 1 LDC no excluye las categorías tradicionales del derecho penal como son el instigador o inductor, el cooperador necesario, etc.

El Tribunal Supremo afirmó que la administración debía reputarse responsable del cártel sancionado, a pesar de que no actuaba como operador económico, teniendo en cuenta que su papel fue activo y que el mismo iba más allá de sus funciones propias. Por lo tanto la mera aptitud de la conducta realizada para causar “un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado” resulta suficiente para considerar a la administración responsable de la infracción⁶¹.

Debe recordarse en este sentido, la doctrina apuntada en la citada Sentencia de referencia en virtud de la cual no puede pretenderse “sustraer del ámbito de aplicación del Derecho de la Competencia cualquier conducta que se realice al amparo de una norma sino, únicamente, aquellas conductas a las que una Ley autorice con la específica finalidad, expresa o implícita- de excluirlas del ámbito de aplicación de las prohibiciones”.

41. Muy recientemente el Tribunal Supremo ha vuelto a manifestarse en la misma línea en el recurso planteado por TEXPOL contra la resolución AIO de la CNMC⁶².

La cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en interpretar los artículos 1 y 61.1 de la LDC, en relación con el artículo 1 del TFUE y la jurisprudencia aplicable, a fin de determinar el grado de responsabilidad (o, en su caso, su exclusión) de aquellas empresas que tienen conocimiento de la dinámica de una práctica colusoria o la facilitan, pero no compiten en el mercado afectado.

El TS afirma que “constituye infracción en materia de competencia la conducta de una empresa que participa activamente en los actos de constitución de un cártel aunque dicha empresa no comercialice productos en el mercado principal de referencia pero si lo haga en un mercado conexo del de referencia, y cuya intervención activa en las prácticas colusorias debe ser corregida mediante la imposición de la correspondiente sanción, debiendo interpretarse en dicho sentido los artículos 1 y 61.1 LDC en relación con el artículo 101 TFUE”.

El TS llega a dicha conclusión al considerar que “No hay nada en la redacción del artículo 101 TFUE, apartado 1, que indique que la prohibición que establece se refiera únicamente a las partes en los acuerdos o prácticas concertadas que operen en los mercados afectados por éstos. La intervención de una empresa en los actos constitutivos de un cártel, aun cuando no comercialice productos en el mercado principal de referencia pero sí en un mercado vinculado o conectado al mismo- puede considerarse una conducta típica con arreglo a lo dispuesto en el artículo 61.1 LDC en relación con el artículo 1 del mismo texto legal y con el artículo 101 TFUE (...) Lo contrario permitiría sentar un criterio de impunidad en relación con aquellas conductas colusorias de empresas vinculadas que, sin embargo, no comercializan productos en el mercado principal de referencia”.

Afirma el TS que “lo mismo cabe decir, no solo si el partícipe activo no forma parte del mercado de referencia, por su condición de partícipe en un mercado conexo como sucede en este caso, sino también, por su condición de Autoridad administrativa”.

42. Todo cuanto antecede permite concluir que la condición jurídica del infractor y el hecho de que actúe o no como operador económico no son factores determinantes para apreciar la existencia de una infracción.

⁶¹ Resultan de especial interés por la aproximación ofrecida por la Autoridad Suiza de Competencia considerando la existencia de abuso de posición de dominio de los poderes adjudicadores cuando realizan inadecuadamente contratos públicos las resoluciones DPC 2007/4, p. 517, Beschaffung von Leichten Transport- und Schulungshelikoptern durch armasuisse y DPC 2008/2, p. 356-357, Verbesserung des Rechtsschutzes bei Beschaffungen durch armasuisse.

⁶² Mediante Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera) de 21 de mayo de 2020, se ESTIMA el recurso de casación número 7880/2018, interpuesto por la CNMC contra la SAN de 29 de mayo de 2018 (rec. 369/2016), que se anula y se DESESTIMA el recurso contencioso administrativo interpuesto por la entidad Textil Planas Oliveras, S.A. (TEXPOL) contra la RCNMC de 26 de mayo de 2016 (expediente S/DC/0504/14 AIO), confirmando la infracción declarada por la CNMC y la multa impuesta.

Lo relevante es la incidencia real de la conducta de la entidad en el mercado o la aptitud de la acción pública para impulsar, generar o reforzar los efectos restrictivos de la conducta en la que participa.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha confirmado la posibilidad de declarar la responsabilidad de una entidad como facilitador en una infracción de competencia, aunque no opere en el mercado afectado ni en mercados conexos, siempre que contribuya de manera decisiva y activa a la realización de una conducta anticompetitiva y que el Tribunal Supremo español ha precisado que nada obsta a que sea un poder público quien actúe en tal condición.

El hecho de que las citadas Sentencias se refieran a conductas multilaterales (artículo 1 LDC) en nada obsta para que la citada doctrina pueda aplicarse a conductas de la Administración tipificadas como abuso de posición de dominio (artículo 2 LDC) o competencia desleal con afectación al interés general (artículo 3 LDC) si se cumplen las exigencias citadas ya que la doctrina definida se refiere con carácter general a las **infracciones de competencia** y al **nivel de autoría** del sujeto activo sin que ninguna de las valoraciones impida la aplicación a cualquier tipo infractor.

C) Un posible análisis de la potestad normativa desde la perspectiva de defensa de la competencia

43. Desde una perspectiva de Defensa de la Competencia, a Ley española establece, en su artículo 4, que tan solo algunas conductas están exentas de fiscalización por parte de las autoridades de competencia y que tales exenciones deben estar recogidas normas con rango de Ley.

El precepto establece expresamente que las prohibiciones contenidas en la LDC se aplican a restricciones que se deriven del ejercicio de “otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal”. El precepto identifica, de manera evidente, que tales afirmaciones se realizan “sin perjuicio de” las disposiciones de la Unión Europea.

Del mismo se deducen varias conclusiones.

44. En primer lugar que en el ordenamiento jurídico español las autoridades de competencia pueden evaluar bajo la perspectiva de la Defensa (que es la abordada en la Ley de Defensa de la Competencia) todas las actuaciones de los poderes públicos independientemente de su rango normativo, siempre que éstas puedan considerarse contrarias a la normativa de la Unión Europea, dados los principios de primacía y efecto directo que tienen las normas europeas⁶³.

38. “Tal como ha declarado el Tribunal de Justicia en reiteradas ocasiones, el mencionado deber de excluir la aplicación de una normativa nacional contraria al Derecho de la Unión no solamente incumbe a los jueces y tribunales nacionales, sino también a todos los órganos del Estado —incluidas las autoridades administrativas— encargados de aplicar, en el marco de sus respectivas competencias, el Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 22 de junio de 1989, Costanzo, 103/88, EU:C:1989:256, apartado 31; de 9 de septiembre de 2003, CIF, C-198/01, EU:C:2003:430, apartado 49; de 12 de enero de 2010, Petersen, C-341/08, EU:C:2010:4, apartado 80, y de 14 de septiembre de 2017, The Trustees of the BT Pension Scheme, C-628/15, EU:C:2017:687, apartado 54)”.

39. De lo anterior se deduce que el principio de primacía del Derecho de la Unión no impone la obligación de garantizar la plena eficacia de las normas de la Unión únicamente a los órganos judiciales, sino también a todos los demás órganos e instituciones del Estado miembro.

De cuanto antecede puede concluirse la obligación del poder público de respeto a la normativa de la UE en su toma de decisión. Del artículo 129 de la LPA la obligación de respetar los principios de buena regulación tal como los hemos desarrollado.

La doctrina del facilitador implica que no es necesario operar en el mercado para ser facilitador de una conducta contraria a la competencia y que puede serlo un poder público.

⁶³ Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de diciembre de 2018 As. C378/17, Minister for Justice and Equality, Commissioner of An Garda Síochána y Workplace Relations Commission, ECLI:EU:C:2018:979.

La confluencia de todos esos elementos nos lleva a no excluir la posibilidad de que un poder público fuera considerado responsable como facilitador de una conducta contraria a la competencia cuando crea una norma que favorece una conducta contraria a la competencia en contravención de tales exigencias.

45. Dentro del ordenamiento jurídico español, siempre que no exista afectación a la normativa europea, el legislador ha decidido que corresponde a los parlamentos correspondientes la ponderación entre los diferentes intereses que pueden entrar en conflicto con el de competencia.

De este modo, en el caso de que el legislador considere que existe un valor superior a la competencia digno de protección, debe introducir las posibles barreras a la competencia en normas con rango de Ley.

Cuando esto suceda las autoridades de competencia carecerán de capacidad de analizar la situación desde una perspectiva de defensa de la competencia.

Sin embargo si existen normativas de rango inferior a la Ley contraria a la competencia y que facilite la existencia de barreras de entrada a ciertos operadores o discriminaciones no necesarias ni proporcionales a una RIGG también podrían analizarse desde la perspectiva de competencia dependiendo de los casos.

III. Sobre la relación entre la Defensa de la Competencia y otras reacciones posibles del ordenamiento

46. Hemos referido diversas posibilidades de reacción de las autoridades de competencia ante las restricciones a la competencia generadas por poderes públicos.

El análisis de su relación con otras posibles reacciones del ordenamiento jurídico y la existente entre las dos funciones entre sí parece procedente, dado que las autoridades de competencia están afectadas por el principio de eficacia de la actuación administrativa contenido en la Constitución. Además, en la medida en que las autoridades de competencia nacionales tienen la obligación de aplicar la normativa europea de competencia, debe garantizar su efecto útil lo que tiene una relevante trascendencia.

1. Relación entre el Derecho de la competencia y otras áreas del ordenamiento

47. Subyace en la actuación de algunas autoridades de competencia la concepción de que su capacidad de acción debería decaer si existen otras normativas que resulten de aplicación para valorar la legalidad de los actos llevados a cabo por las administraciones⁶⁴.

Tal situación de confluencia puede darse cuando conductas que pueden subsumirse en tipos de la normativa de competencia están también abordados por otras normas como por ejemplo, la normativa penal, la de contratos del sector público, la de concesiones u otras vinculadas; la de protección de los consumidores; la de protección de los trabajadores; la fiscal; la penal, o las normativas sectoriales entre otras.

Esta valoración no puede considerarse al menos en todo caso correcta, tal como desarrollamos a continuación.

48. El hecho de que existan normativas (ordinariamente de Derecho Público) que sancionen, prohíban o al menos regulen de maneras alternativas los hechos que pueden ser enjuiciados por la auto-

⁶⁴ Véanse las mencionadas Resolución de la CNMC de 28 de febrero de 2019 Expte. SAMAD/03/16, ESTACIONAMIENTO REGULADO AYUNTAMIENTO DE MADRID, en https://www.cnmc.es/sites/default/files/2377357_1.pdf; Resolución de la CNMC de 26 de julio de 2018, Expte. S/DC/0565/15 LICITACIONES DE APLICACIONES INFORMÁTICAS, en <https://www.cnmc.es/expedientes/sdc056515>. Del mismo modo la resolución dictada en el Expte. SAMAD/08/18, UNIFORMES DE COLEGIO o Resolución del Consejo de la ADCA en el Expte. S/02/2010 - Distribución de Uniformes Escolares, de 23 de febrero de 2010.

ridad de competencia no debe obstar a la actuación de ésta siempre que la conducta analizada sea subsumible en los tipos de la Ley de Defensa de la Competencia con las interpretaciones jurisprudenciales que la acompañan.

Esta afirmación es más clara en el caso del ordenamiento jurídico español, si existen denuncias, dado que la autoridad de competencia no tiene en este momento la posibilidad de priorizar asuntos y por tanto tiene la obligación de resolver las denuncias presentadas⁶⁵.

De otro modo, se estaría reconociendo una jerarquía de reacciones del ordenamiento que, en el caso de que exista diferencia de bienes jurídicos protegidos, tan solo encuentra su justificación en la prejudicialidad penal. La misma está regulada en la LDC (artículo 47) de una forma restrictiva ya que se establece que tan solo la existencia de una “cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para dictar la resolución o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quien corresponda”. Tal situación no se verifica de manera ordinaria. De hecho podría decirse que resulta extraordinariamente infrecuente que no pueda prescindirse de la instrucción penal para dictar una resolución sancionadora en materia de competencia⁶⁶.

Existen muy escasos supuestos en que un expediente administrativo sancionador en materia de competencia se suspenda por prejudicialidad penal. De hecho, en algunos de ellos tal situación parece que podría estar justificada por una falta de voluntad de analizar las implicaciones de competencia cuando existen otras que pueden considerarse más graves y que por lo tanto, de ser sancionadas cubrirían las funciones de sanción y disuasión de manera suficiente.

Esta valoración desconoce sin embargo las enormes posibilidades de que la conducta no cumpla las exigencias de prueba o gravedad como para merecer sanción penal sin que tras el enjuiciamiento penal sea muy posiblemente reiniciar la tramitación del procedimiento administrativo por prescripción o falta de oportunidad. Ello supone que la conducta quede impune también desde la perspectiva de competencia.

Por ello la interpretación del artículo 47 de la LDC debería realizarse de manera literal y limitarse a los supuestos estrictamente recogidos en el mismo sin que se emplee una posible responsabilidad penal relacionada con los hechos analizados por la autoridad de competencia para archivar el procedimiento administrativo con riesgo de dejar impune una conducta tipificada.

49. Cuando la confluencia de posibles infracciones lo es con alguna otra rama del ordenamiento, ni siquiera la exigencia de prejudicialidad existe por lo que en caso de diferentes intereses jurídicamente protegidos no existe problema en la declaración de varias infracciones del ordenamiento y nada obsta, obviamente, a la sanción desde una perspectiva de competencia.

Incluso puede concluirse que en algunos casos, si se ha declarado la existencia de una infracción de otras normas jurídicas (sectoriales, de contratación, laborales, fiscales...) que genere competencia desleal con infracción del interés general, se facilitaría sensiblemente la incoación y consiguiente sanción por la autoridad de competencia ante una infracción del artículo 3 de la LDC.

50. Finalmente, en el caso de que existiese una confluencia de tipos infractores con identidad de intereses jurídicamente protegidos entre la normativa de competencia y otra rama del ordenamiento, po-

⁶⁵ La normativa española será modificada para introducir priorización de asuntos debido a la normativa europea con los riesgos y ventajas que tal posibilidad plantea. Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del consejo de 11 de diciembre de 2018 encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior. DOUE 11/3 de 14 de enero de 2019.

⁶⁶ Véanse, por ejemplo, asuntos como la Resolución del Consejo de la CNC de 26 de septiembre de 2013 Expte. S/314/10, Puerto de Valencia; Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0293/10 - TRANSCONT. Puerto de Barcelona, de 10 de enero de 2013; STS 3631/2018 - ECLI: ES:TS:2018:3631; las Sentencias del Tribunal Supremo referidas a la resolución de la Autoridad Vasca de la Competencia sobre el transporte horizontal en el Puerto de Bilbao, de 10 de octubre de 2018 N° de Recurso: 4387/2017; o las dictadas por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco a raíz de la resolución de la Autoridad Vasca de la Competencia en el asunto Pinosolo STSJ de 15 de febrero de 2016, ECLI:ES:TSJPV:2016:255.

drían aplicarse de manera analógica las teorías del concurso del derecho penal y plantearse la posibilidad de declarar o no, dependiendo de los casos dos infracciones o imponer dos sanciones (siempre teniendo en cuenta la primera al decidir sobre la segunda).

En cualquier caso lo que no parece tener base jurídica ninguna es defender el archivo o no incoación de un expediente por esta razón, carente de base jurídica en el ordenamiento español.

2. La relación entre las vías de promoción y defensa de la competencia

51. Tal como hemos indicado previamente, existen definiciones negativas de la promoción de la competencia que la conceptúan por comparación con la defensa y consideran que constituye promoción toda aquella actividad de salvaguarda de la competencia que no se enmarca en los tipos infractores de la defensa.

De tal definición podría derivarse que existe una relación excluyente entre ambas funciones. Sin embargo tal conclusión resulta errónea porque promoción y defensa son interdependientes en muchos aspectos. Tales afirmaciones se recogen por los trabajos publicados por la OCDE⁶⁷. La misma organización subraya que las tareas de defensa y promoción no son ni pueden ser excluyentes dado que su interacción genera beneficios cruzados que no pueden ser desdeñados. La promoción de la competencia sirve sin duda a evitar conductas contrarias a la competencia y a detectarlas. La credibilidad de una autoridad de Competencia no puede medirse solo en conductas de promoción sino que requiere, obvia y especialmente, de la defensa⁶⁸. La interacción bidireccional se ha puesto de manifiesto por las más importantes autoridades de competencia del mundo por las ventajas para el interés general que pueden obtenerse del trabajo coordinado en general y en casos concretos⁶⁹.

A. La solución reciente de las autoridades de competencia en España

52. La CNMC ha realizado determinados archivos recientemente de los que podría deducirse que existe una relación excluyente entre las funciones de promoción y defensa de la competencia, al menos en lo tocante a la relación con las actuaciones de los poderes públicos⁷⁰.

⁶⁷ DAF/COMP/LACF(2010)4, citado.

⁶⁸ Transcribo, por su pertinencia en relación a la argumentación realizada las valoraciones de la OCDE “Such a definition suggests that advocacy and enforcement are mutually exclusive, but they are not. In many ways they are interdependent. Thus, as noted above, effective competition advocacy in the privatisation and regulatory reform processes can favourably impact enforcement by creating competitive markets, in which future abuses of dominance and collusion are less likely to occur. Success in building a competition culture has obvious benefits for enforcement: businesses will more readily comply voluntarily with the competition law; businesses and the public will more willingly co-operate with enforcement actions, by providing evidence and the like; and policy makers will more enthusiastically support the mission of the competition agency, in particular by giving more resources to it.

Perhaps less well appreciated is how competition law enforcement can affect competition advocacy. Noted above is the importance of the agency’s credibility and reputation to successful competition advocacy efforts. Such credibility cannot be gained through advocacy alone; it must be enhanced by success in enforcing the competition law. It is imperative that the agency select and successfully prosecute cases that are widely viewed as beneficial to consumers, whether they involve destructive cartels, high profile, anticompetitive mergers or abusive conduct by notorious dominant firms. In the end, a competition agency’s reputation will be built largely upon its record in enforcing the competition law, and this reputation will significantly affect its influence as an advocate in other forums”.

⁶⁹ La Office of Fair Trading (OFT) en el Reino Unido realizó en 2009 una acción en que vinculó defensa (imposición de una sanción a 103 empresas de construcción por un caso de bid rigging) OFT press release of 22 September 2009, Construction firms fined for illegal bid-rigging, en <http://www.oft.gov.uk/news-and-updates/press/2009/114-09>.

⁷⁰ Simultáneamente realizó un informe dirigido a los poderes adjudicadores públicos y privados recomendando que no impusieran a las empresas responsables la prohibición de contratar y dando orientaciones para que se redactaran los pliegos de forma que pudieran evitarse en la medida de lo posible casos semejantes en el futuro. En http://www.oft.gov.uk/shared_of/business_leaflets/general/CE4327-04_Decision_public_1.pdf.

53. Tomemos como ejemplo la resolución dictada en el caso Easypark⁷¹. Los **hechos** de la resolución parten de la existencia de un contrato de concesión que “tiene por objeto la gestión, regulación y control del estacionamiento de vehículos en determinadas zonas y plazas de la vía pública” en una ciudad española para su adjudicación a través de un procedimiento abierto dividido en 4 lotes que se adjudican a sendas UTE.

El pliego de prescripciones técnicas del contrato indica que los parquímetros **tendrán** habilitados una serie de sistemas de pago del servicio por el usuario, sin perjuicio de que **puedan** ser ampliados a través de cualquier otro medio o dispositivo que en el futuro la tecnología permita. Entre ellos se encuentra el pago a través de dispositivos electrónicos móviles. El pliego **exige** a las entidades adjudicatarias la creación de una plataforma **integral** que permita los pagos mediante aplicaciones móviles en todo el territorio afectado por el contrato. Las adjudicatarias definieron que el pago se realizase por medio de tres sistemas de pago, propiedad de tres operadores vinculados con ellas mismas que se diseñaron como interoperables para ser compatibles entre sí permitiendo en pago en todo el territorio con cualquiera de ellas.

Sin embargo, cuando un operador diferente solicitó el acceso a la plataforma para permitir el pago con una aplicación diferente, la administración manifestó que el concesionario podía permitir el pago con las aplicaciones que considerara pertinente y además no facilitó el acceso alegando que el mismo se rige por el Pliego de Prescripciones técnicas.

Posteriormente, como resultado de una Terminación Convencional iniciada por el servicio de instrucción, el Ayuntamiento dictó unas instrucciones que establecían la obligación a las concesionarias de garantizar el acceso a la plataforma a cualquier empresa interesada en participar en el servicio, sin exigir expresamente estableciendo los cauces eficientes para garantizarlo un acceso no discriminatorio a la misma (tal como sería exigible por aplicación de la LDC tanto para el propio ayuntamiento como para las adjudicatarias).

La CNMC manifiesta en su resolución que “el diseño de la propia concesión **debe** evitar la creación de barreras a la competencia innecesarias o desproporcionadas con los objetivos de la concesión, o la extensión de la posición dominante a actividades o mercados conexos que puedan funcionar en condiciones competitivas de mercado” y que “la inclusión del servicio de pago del estacionamiento regulado por medio de Apps como una de las prestaciones del Contrato **podría dar lugar a una restricción injustificada de la competencia si no se garantiza el acceso a operadores potenciales en condiciones de igualdad y no discriminación**”.

Del mismo modo afirma la Sala que “en aquellas situaciones en las que un control público sobre la entrada al mercado se justifica con arreglo a razones de calidad o seguridad, **la elección de un mecanismo de cierre absoluto como la concesión a uno o varios operadores en exclusiva no resultaría congruente con el principio de mínima distorsión**, ya que tal régimen podría sustituirse por un sistema de autorización administrativa. **Tal sería el caso del mercado de servicios de pago del estacionamiento regulado mediante App**, de modo que todas aquellas entidades capacitadas para ofrecer el servicio en condiciones que permitan la recepción de las tasas correspondientes por el Ayuntamiento, bajo determinados parámetros de seguridad, deberían poder entrar en el mercado, si así lo consideran, con el mero cumplimiento de determinados requisitos cuya imposición sólo corresponde a la Administración”.

A pesar de esas afirmaciones, la conclusión a que llega la Sala, de manera mayoritaria, es que el expediente debe ser archivado. Para ello se basa en los siguientes argumentos:

- que “las posibles barreras a la competencia derivadas del diseño y contenido del contrato de concesión de la gestión del servicio de estacionamiento regulado (posible reserva de un mercado conexo al de la concesión) **deben** abordarse desde otra aproximación”⁷².

⁷¹ Véanse nuevamente las mencionadas Resolución de la CNMC de 28 de febrero de 2019 Expte. SAMAD/03/16, ESTACIONAMIENTO REGULADO AYUNTAMIENTO DE MADRID, en https://www.cnmc.es/sites/default/files/2377357_1.pdf; Resolución de la CNMC de 26 de julio de 2018, Expte. S/DC/0565/15 LICITACIONES DE APLICACIONES INFORMÁTICAS, en <https://www.cnmc.es/expedientes/sdc056515>. Del mismo modo la resolución dictada en el Expte. SAMAD/08/18, UNIFORMES DE COLEGIO o Resolución del Consejo de la ADCA en el Expte. S/02/2010 - Distribución de Uniformes Escolares, de 23 de febrero de 2010.

⁷² Véase la resolución SAMAD/03/16, citada.

- que el Ayuntamiento “es, en este caso, de acuerdo con la normativa vigente, un **“órgano de contratación” o “poder adjudicador”** de una concesión de ámbito local para la gestión del estacionamiento regulado” y **por tanto no actúa “como operador económico sino como administración”**. De este modo determina que “las concesiones objeto del expediente no pueden constituir una actuación anticompetitiva o abusiva, debiendo, en su caso, ser impugnadas conforme a otros criterios de legalidad cuyo examen corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”.
- que **“al no participar** la administración en la prestación directa de estos servicios, ni de ningún otro relacionado o conexo, **no es posible poder apreciar una posición de dominio** del mismo en el mercado de servicios de pago del estacionamiento regulado mediante App”.

Es decir, el expediente se archiva porque la administración no puede considerarse operador económico y por considerar que las limitaciones a la competencia denunciadas y acreditadas deberían haberse abordado desde la perspectiva de la promoción de la competencia y no desde la perspectiva de defensa.

54. Esta visión de la situación no es compartida por todas las autoridades de competencia españolas. Así lo han mantenido diversas resoluciones administrativas confirmadas en algunos casos por los tribunales⁷³.

55. Numerosas resoluciones de autoridades de competencia en España han considerado a diversas entidades públicas responsables de infracciones a la normativa de competencia empleando la defensa por considerarla más eficaz que la vía de la impugnación para garantizar un adecuado estándar de protección del interés general.

El Tribunal de Defensa de la Competencia declaró en el año 2000 al Ayuntamiento de Benasque responsable de una conducta de abuso de posición de dominio y competencia desleal. La administración actuaba, indudablemente, en calidad de operador económico⁷⁴.

En el mismo año la misma instancia sancionó un acuerdo para contingentar el número de licencias de taxi que podían trabajar a doble turno a doble turno en Barcelona. Se declaró responsables al *Institut Metropolitano del Taxi*, dependiente del Ayuntamiento de Barcelona como promotor y como firmantes a una serie de sindicatos de taxistas⁷⁵.

La Comisión Nacional de la Competencia declaró en el año 2008 al Ayuntamiento de Peralta responsable de una infracción por llevar a cabo un acuerdo con una asociación de feriantes que impedía la entrada en las fiestas de ciertas entidades. La resolución entiende que el convenio se suscribe para evitar la competencia entre las industrias feriales y similares durante las fiestas locales del municipio y durante los ejercicios 2005, 2006 y 2007⁷⁶. A la entidad firmante se le sanciona por abuso de posición de dominio.

En 2013 la CNC sancionó a un grupo de entidades junto con la administración autonómica y la autoridad portuaria por la realización de un acuerdo de cierre de mercado de transportistas en el puerto⁷⁷.

En 2014 la Autoridad Vasca de la Competencia terminó convencionalmente un expediente contra tres Colegios de Farmacéuticos, las administraciones provinciales vascas y el Gobierno Vasco, por la suscripción de un acuerdo en virtud del cual determinadas oficinas de farmacia prestaban los medicamentos con un determinado descuento a las residencias de ancianos a cambio de que el Gobierno no

⁷³ Véase la Resolución de la Autoridad Vasca de la Competencia, Expte. 07/2011, Contrato Telefónico Ayuntamiento de Bilbao, de 7 de septiembre de 2012, confirmada por Sentencia del Tribunal Supremo Sala Tercera Recurso 940/2012 de 23 de mayo de 2017 y Resolución del Consejo de Defensa de la competencia de Andalucía S/01/2018, JOSÉ MANUEL PASCUAL PASCUA de 2 de marzo de 2018, en http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/pdfs/Resoluci%C3%B3n%20S-01-2018_1.pdf

⁷⁴ Véase la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 25 de octubre de 2000, Expte. R 393/98, Eléctrica de Eriste, en <https://www.cnmc.es/expedientes/r-33698>.

⁷⁵ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 29 de marzo de 2000, Expte. 452/99, Taxis Barcelona, en <https://www.cnmc.es/expedientes/45299>.

⁷⁶ Resolución de la CNC de 7 de mayo de 2008 Expte. 632/07, Feriantes Ayuntamiento de Peralta en https://www.cnmc.es/sites/default/files/35443_7.pdf.

⁷⁷ Resolución del Consejo de la CNC de 26 de septiembre de 2013 Expte. S/314/10, Puerto de Valencia.

realizara un desarrollo reglamentario que permitía la distribución de medicamentos a entidades diferentes de las oficinas de farmacia⁷⁸.

También en 2014 la autoridad andaluza de competencia sanciona al Ayuntamiento de Granada y a dos colegios profesionales por realizar un acuerdo en virtud del cual se cierra el mercado de las inspecciones técnicas de edificios a determinados profesionales⁷⁹.

La ACCO sancionó al Ayuntamiento de Hospitalet de Llobregat por realizar una recomendación referida al traslado de cadáveres⁸⁰.

La Resolución de la Autoridad Catalana de la Competencia, en el Expediente *Institut Municipal de Parcs i Jardins* de Barcelona, impuso una sanción por abuso de posición de dominio al ente dependiente del Ayuntamiento de Barcelona por licitar una exclusiva de suministro de determinadas marcas de productos de helados que posteriormente eran impuestas a los chiringuitos adjudicatarios de las licencias de ocupación en las playas de Barcelona. En el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de exclusiva de marca de productos a distribuir en los quioscos de las playas de Barcelona se fija un canon mínimo anual de 425.000 euros. La resolución fue recurrida por la CNMC por considerar que la conducta no podía ser objeto de defensa de la competencia sino tan solo de actos de promoción pero fue confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña⁸¹.

La AVC llevó a cabo en 2015 un expediente contra una administración provincial y un grupo de ayuntamientos porque habían suscrito un acuerdo en virtud del cual el medio propio de la administración provincial prestaría servicios de diseño de proyectos a los ayuntamientos, cerrando el mercado al sector privado y en condiciones sensiblemente menos eficientes que las ofrecidas por éste⁸².

En 2017 la misma AVC resolvió un expediente de *bid rigging* en el sector del transporte por carretera de Gipuzkoa que se había incoado contra la administración, una empresa pública dependiente del Gobierno Vasco y el funcionario encargado de la contratación Transporte de Gipuzkoa. A pesar del contenido de la Propuesta de Resolución, el Consejo consideró no acreditada la infracción para todos los entes o personas vinculados al poder público⁸³.

El citado asunto resulta especialmente interesante ya que las adjudicaciones de las licitaciones cuya alteración se acreditó en el expediente de defensa fueron impugnadas al considerar la autoridad de competencia que el diseño de los pliegos y la valoración de las ofertas no era acorde a derecho y buscaba que las empresas incumbentes fueran las adjudicatarias de los nuevos concursos. Sin embargo, las impugnaciones fueron desestimadas al considerar los tribunales que se debían haber impugnado los pliegos en lugar de las adjudicaciones, cuestión que no fue posible, dado que la conducta se conoció transcurridos los plazos procesales para esta posibilidad⁸⁴.

⁷⁸ Resolución de la AVC de 4 septiembre 2014, Expte. 10/2012, Servicios Farmacéuticos Residencias 2, en http://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/resoluciones/es_resoluci/Resoluci%C3%B3n%20Servicios%20Farmac%C3%A9uticos%20Residencias%202_web.pdf.

⁷⁹ Resolución del Consejo de Andalucía 18 de junio de 2014S/12/2014 Inspección de edificios Granada en Resolución del Consejo de Andalucía 18 de junio de 2014S/12/2014 Inspección de edificios Granada, en <http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/pdfs/S%2012%202014.pdf>.

⁸⁰ Resolución de la ACCO de 25 de noviembre de 2014, Exp. n.º 40/2011, Servicios Funerarios del Llobregat en http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/actuacions/Resolucio-exp-40-2011-esp.pdf.

⁸¹ Resolución de la l'Autoritat Catalana de la Competència de 14 de julio de 2014 Expediente Institut Municipal de Parcs i Jardins de Barcelona recurrida por la CNMC y confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en Sentencia de 1 de junio de 2017 Recurso 462/2014.

⁸² Resolución de la Autoridad Vasca de la Competencia de 11 de noviembre de 2015, Expte. 7/2013, OBRAS PÚBLICAS ÁLAVA (Arabako lanak), en https://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/resoluciones/es_resoluci/adjuntos/RESOLUCION%20arabako%20lanak%20definitiva%20sin%20firmas.pdf.

⁸³ Resolución de la Autoridad Vasca de la Competencia de 27 de diciembre de 2017, Transporte de viajeros de Gipuzkoa, Proyecto n.º 130-SAN-2016, en https://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/resoluciones/es_resoluci/adjuntos/130_RESOLUCION_TRANSPORTE_GIPUZKOA_web_es.pdf.

⁸⁴ Véanse las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Sala de lo Contencioso de 6 de julio de 2016, Rec. 2285/2016 - ECLI: ES:TSJPV:2016:2285; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso de 14 de diciembre de 2016, Rec. 4211/2016 - ECLI: ES:TSJPV:2016:4211; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso de 20 de diciembre de 2016, Rec 444/2015, ECLI: ES:TSJPV:2016:4210; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso de 2 de marzo de 2017, Rec. 443/2015, ECLI: ES:TSJPV:2017:1191.

La consecuencia de toda la situación es que las empresas infractoras siguen ejecutando los contratos cuyo reparto supuso la imposición de la infracción administrativa de competencia con claro perjuicio para el interés general.

En 2017 la Autoridad Catalana resolvió por terminación convencional un expediente en que se analiza una posible infracción de la LDC generada por “una normativa local destinada a regular la distribución de espacios en la Feria de Sant Ermengol (*Criterios a seguir para la distribución de espacios en la Feria de Sant Ermengol*), aprobada por el Ayuntamiento de la Seu d'Urgell. La ordenanza del Ayuntamiento contenía varios artículos que alteraban “injustificadamente las condiciones de competencia entre las empresas” situando a algunas de ellas “en una posición más ventajosa” favoreciendo a las entidades “que radiquen en el municipio de la Seu d'Urgell y a los expositores que tienen una mayor antigüedad en la participación en la Feria de Sant Ermengol, sin que todo ello sea producto de sus méritos empresariales y, por lo tanto, falsea injustificadamente la competencia en perjuicio de los visitantes/consumidores del citado evento”⁸⁵.

En 2018 la Autoridad Catalana de Competencia (ACCO) dictó una Resolución, APARCAMIENTO SANT JOAN DESPÍ, que analiza unos hechos muy próximos a los previamente expuestos en el asunto de la CNMC y los finaliza por medio de una Terminación Convencional cuyo objeto es paralizar la conducta de manera rápida y eficiente⁸⁶.

En diciembre de 2019, la ACCO dictó una muy interesante resolución en el asunto Radares Meteorológicos⁸⁷. El asunto tiene relevancia, dado que en un asunto de *bid rigging* se declara responsable (junto con las empresas) al funcionario encargado de organizar el contrato en calidad de facilitador. Resulta peculiar, sin embargo, que no se considere incluida a la administración contratante (que al menos tendría responsabilidad in vigilando respecto del funcionario encargado).

56. De cuanto antecede se deduce que hay un nutrido cuerpo de resoluciones dictadas por numerosas autoridades de competencia españolas que se han mostrado favorables a considerar a los poderes públicos como sujetos activos de las infracciones de competencia no solo a título de autores sino también de facilitadores y no solo actuando como operadores económicos sino también ejerciendo potestades públicas. Es decir, sin limitar a la función de promoción la reacción posible de las autoridades de competencia en los casos en que ésta sea posible.

B. Una jurisprudencia no unánime

57. Sobre esta cuestión se ha pronunciado el Tribunal Supremo en varias ocasiones. Ya en 2008 el se pronunció sobre la cuestión a raíz del Código Deontológico de la Abogacía que prohibía la *cuota litis*, lo que había sido calificado por el TDC como una decisión colectiva restrictiva de la competencia⁸⁸. La alta instancia dijo entonces que

“resulta claro que la función de ordenación de las profesiones colegiadas y su regulación deontológica, así como, en concreto, el establecimiento de criterios sobre remuneración, todo ello con carácter vinculante, constituye una potestad de innegable carácter público, sin la cual no podría ser obligatoria para los colegiados (...) la prohibición de la cuota litis en sentido estricto choca frontalmente con lo establecido en el artículo 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia que prohíbe la fijación directa o indirecta de precios así como la de otras condiciones comerciales o de servicio. No cabe duda, en efecto,

⁸⁵ RESOLUCIÓN de la ACCO de 16 de febrero de 2017, Expediente n.º 63/2014, FERIA DE SANT ERMENGOL.

⁸⁶ Resolución de la Autoritat Catalana de la Competencia de 19 de diciembre de 2018. Expediente 79/2016, APARCAMIENTO SANT JOAN DESPÍ

⁸⁷ Resolución de la Autoridad Catalana de Competencia de 23 diciembre de 2019, Expediente 94/2018, Licitaciones Servicio Meteorológico en http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/actuacions/20200121_Resolucion-exp.-94.18-PUB.pdf.

⁸⁸ Sentencia del TS núm. 6610/2008, de 4 de noviembre de 2008, Rec. núm. 5837/2005, relativa a la resolución del TDC de 26 de septiembre de 2002, en el Expte. 528/01, Consejo General de la Abogacía (*cuota litis*).

que la prohibición de la que se habla supone una fijación indirecta de precios mínimos que impide la libertad por parte del profesional de condicionar su remuneración a un determinado resultado positivo. Supone también y por ello mismo una limitación en cuanto a las condiciones en que se presta el servicio profesional. Por las mismas razones se incumple lo prevenido en la Ley de Colegios Profesionales al determinar que el ejercicio de las profesiones colegiadas se ha de realizar en régimen de libre competencia y sujeto "en cuanto a la oferta de servicios y la fijación de su remuneración" a las previsiones de la Ley de Defensa de la Competencia (artículo 2.1, segundo párrafo) y, que los acuerdos, decisiones y recomendaciones de los Colegios con trascendencia económica han de observar los límites del referido artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia”

58. En la mencionada Sentencia Vinos de Jerez, crucial también a estos efectos, el TS manifiesta que “sin duda habrá supuestos en que, por estar dirigida la apreciación de una posible vulneración del derecho de la competencia contra un acto administrativo formalmente adoptado, o contra una disposición de carácter general, la vía a seguir por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia -o, en su caso, por los órganos de las Comunidades Autónomas con atribuciones en materia de defensa de la competencia- será la de la impugnación del acto o disposición ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conforme a lo previsto en los artículos 12.3 y 13.2 de la Ley 15/2007. Pero **la capacidad de reacción de las autoridades** de defensa de la competencia **no puede quedar reducida** a esa vía impugnatoria; **sobre todo cuando se trata de actuaciones materiales** como las que describe la resolución de la Comisión en el caso que estamos examinando⁸⁹.”

De las citadas afirmaciones debe deducirse que el Tribunal Supremo no plantea las vías de la impugnación y sanción como excluyentes entre sí. De la afirmación del Tribunal se deduce, por el contrario, que será necesario realizar un análisis caso por caso (“sin duda habrá supuestos en que”) y también que la capacidad de reacción por la vía de la promoción de la competencia no excluye la vía de la defensa. No en vano el Tribunal mantiene que la capacidad de reacción “**no puede quedar reducida**” a la primera vía “**sobre todo**” cuando se trata de actuaciones como las allí analizadas.

59. Sin embargo, poco después, en su sentencia de 27 de julio de 2017, el Tribunal manifestó algo diferente al entender que, desde el momento en que la LDC atribuye a la autoridad de competencia la posibilidad de impugnación, desaparece la capacidad de estos organismos de “considerar ya por su propia autoridad disconformes a derecho los actos y disposiciones generales de rango inferior a la ley de las Administraciones Públicas”⁹⁰. Afirma el Tribunal que la capacidad de impugnación no solo genera una facultad para la autoridad de competencia sino que “**paradójicamente, (crea) una cierta carga** pues, de no impugnarlos, la Comisión Nacional de la Competencia no podrá desconocer por otras vías la presunción de validez de los actos administrativos de las diferentes Administraciones Públicas (ella misma es un órgano administrativo, no jurisdiccional) **ni considerar, por su propia autoridad, disconformes a derecho las disposiciones reglamentarias**”.

Todo ello no implica que las administraciones no puedan generar problemas de competencia sino que los mismos tan solo podrán ser abordados desde la perspectiva de defensa cuando la actuación de la Administración Pública se produce no en virtud de sus atribuciones de *imperium* sino en su calidad de operador económico que interviene en el mercado y presta sus servicios dentro de un marco de concurrencia con otros agentes.

El TS resolvía en contra de una resolución de la Autoridad Catalana de Competencia que sancionaba a un Colegio Profesional por los acuerdos contrarios al art. 1 LDC consistentes en la introducción

⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016, Recurso 2946/2013, (ECLI: ES:TS:2016:3525), dictada respecto de la Resolución de 6 de octubre de 2011 de la CNC en el expediente S/167/09 productores de uva y vino de Jerez accesible en <https://www.cnmc.es/expedientes/s016709>.

⁹⁰ Sentencia del TS núm. 3131/2017, de 27 de julio, Rec. núm. 965/2015, relativa a la resolución del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia de 25 de julio de 2012, Expte. ACCO 25/2010, COAPI Barcelona. Esta sentencia también se ampara en otras anteriores, muy especialmente en la sentencia del TS núm. 3141/2013, de 14 de junio, Rec. núm. 3568/2010, relativa a la Resolución de la CNC de 3 de marzo de 2009, Expte. 650/08, Funerarias Baleares, de forma que fija jurisprudencia en este sentido.

en los Estatutos, Reglamento de Régimen Interno y Reglamento de turno de valoraciones, de restricciones de la competencia relativas al acceso y ejercicio de la profesión y a la fijación de honorarios mínimos. El Tribunal considera que es necesario hacer una distinción entre la adopción de decisiones manifestadas en acuerdos de los *órganos de gobierno* del Colegio trasladados a la normativa colegial y la recomendación colectiva concretada en la elaboración de una lista de honorarios. Las primeras (normas colegiales y las decisiones previas a su adopción) tendrían naturaleza pública y habrían sido adoptadas gracias a la atribución de competencias de los poderes públicos.

Sin embargo, la recomendación colectiva, debía ser considerada en sí misma (con independencia de que hubiera sido posteriormente incorporada a los estatutos), como una recomendación colectiva que no puede ampararse en las funciones de carácter público del Colegio. En este caso el Colegio estaría actuando como representante asociativo de unos profesionales y en defensa de sus intereses. Por ello estaría actuando como operador económico y por lo tanto su actuación puede constituir una infracción.

60. El análisis jurisprudencial no puede desconocer la visión ofrecida en este punto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En respuesta a una cuestión prejudicial, el Tribunal analiza un reglamento adoptado por un colegio profesional que imponía una serie de obligaciones relativas a la formación de los colegiados⁹¹. El TJUE concluyó que el Colegio creando estas normas se configuraba como un órgano regulador de una profesión y que la conducta podía ser calificada como una decisión colectiva tipificada en el artículo 101 del TFUE. En concreto:

44. Aun suponiendo que dicho Reglamento no tenga influencia directa en la actividad económica de los propios expertos contables, como parece sugerir el órgano jurisdiccional remitente en su tercera cuestión, esta circunstancia no podría por sí sola excluir del ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE una decisión de una asociación de empresas.

45. Una decisión de este tipo puede, en efecto, impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1, no sólo en el mercado en que los miembros de un colegio profesional ejercen su actividad, sino también en aquel otro en el que el propio colegio desarrolla una actividad económica.

46. En segundo lugar, cuando adopta un reglamento como el aquí controvertido, un colegio profesional como la OTOC no ejerce prerrogativas del poder público, sino que se configura más bien como el órgano regulador de una profesión cuyo ejercicio constituye, por otro lado, una actividad económica.

C. Análisis de las posibles soluciones

61. Como se ha podido observar, la jurisprudencia no es unánime respecto de la relación que debería plantearse en los supuestos en que una conducta llevada a cabo por un poder público pudiera ser susceptible de impugnación y de infracción. Por ello, en aras de enriquecer la discusión, recogemos a continuación algunas visiones de los pros y contras de cada una de las posibles interpretaciones.

62. Como hemos visto, ante una conducta que puede constituir una limitación a la competencia y puede ser objeto de impugnación, la autoridad de competencia tendría **varias posibilidades de reacción**.

Podría sin duda emplearse la vía de la promoción *ex ante*, realizando recomendaciones a las administraciones para que opten por soluciones que garanticen el acceso al mayor número posible de

⁹¹ Sentencia de 28 de febrero de 2013, en el asunto C-1/12, *OTOC*. Esta cuestión prejudicial tenía por finalidad analizar la compatibilidad con el artículo 101 TFUE del Regulamento da Formação de Créditos (Reglamento sobre la obtención de créditos) adoptado en mayo de 2007 por la Cámara del Colegio de expertos contables (OTOC), en el marco de un litigio de la autoridad portuguesa de competencia, que imponía a todos los expertos contables la obligación de obtener determinada formación dispensada por la OTOC o aprobada por ésta, y otorgaba la decisión a la OTOC sobre qué organismos de formación estaban autorizados para efectuar acciones de formación. No se trataba por tanto del propio estatuto colegial, sino de un reglamento adoptado en desarrollo de aquel.

operadores y no generen discriminación ni otros problemas de competencia. De este modo se promovería la posibilidad de que los ciudadanos se beneficien de las ventajas que se derivan de la competencia entre los operadores (en precios, prestaciones o calidad del servicio recibido).

En segundo lugar, también existe la posibilidad (aún dentro de la vía de la promoción de la competencia, pero en este caso *ex post*) de impugnar las decisiones administrativas (incluyendo las normas con rango inferior a la Ley).

Sin embargo, esta posibilidad tiene en nuestro ordenamiento jurídico una limitación temporal acusada, dado que los plazos de impugnación son, en general, de dos meses. Transcurrido ese plazo, las posibilidades de impugnación quedan limitadas (siendo tan solo posible impugnar los posibles actos de ejecución).

Por esta razón limitar la vía de la defensa en estos supuestos por el hecho de que una impugnación hubiese sido posible, circunscribe sin base jurídica alguna las posibilidades de reacción de la Administración para actuar de manera eficaz ante restricciones de la competencia que generan un desvalor en el mercado (empresa denunciante) y que reducen el requerido estándar de protección del interés general (ciudadanos que se beneficiarían de la competencia entre los posibles operadores entrantes)⁹².

Además, si se optase por esta interpretación, en el caso de que una autoridad de competencia no tuviese conocimiento de las barreras de entrada en plazo para la impugnación, no existiría vía alguna para compeler a la Administración que ha establecido las barreras injustificadas a eliminarlas durante la vida del contrato. Ello situaría a los adjudicatarios en una posición de indebida ventaja durante un período que dependiendo de los supuestos puede ser prolongado y, lo que es más grave, privaría a los operadores entrantes y a los ciudadanos de derechos amparados por el ordenamiento.

63. La exigida eficacia en la actuación de la Administración -y en consecuencia todas las administraciones y entes públicos, así como de las autoridades de competencia - impide esta interpretación limitativa de las capacidades abiertas por la Ley a las autoridades de competencia.

La misma no podría considerarse conforme con el artículo 103.1 de la Constitución Española que consagra el principio de eficacia y pleno sometimiento a la Ley y al Derecho en la actuación administrativa ni tampoco con el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que recoge el derecho de los ciudadanos a una buena administración.

IV. Conclusión

Las ventajas que la competencia genera en la sociedad son profundas y por ello requieren de un sistema institucional fuerte e independiente de los poderes públicos y económicos que, con determinación y seguridad jurídica, garantice la aplicación de los principios inspiradores de este régimen jurídico.

Cada una de las herramientas previstas en el ordenamiento para verificar las limitaciones a la competencia que se pueden generar por un poder público tiene ventajas que las hacen más o menos adecuadas dependiendo de los supuestos.

Sin embargo, la limitación de las funciones de defensa de la competencia cuando sea posible el recurso a la impugnación que se impondría si se asienta la jurisprudencia reciente mencionada carecería de un fundamento normativo claro e iría en contra del efecto útil del Derecho de la competencia y la requerida eficiencia en la aplicación de los principios de competencia. Esta interpretación vendría a cristalizar, por una mera limitación procedimental, restricciones que generan efectos negativos para el interés general.

Por ello podemos concluir que la vía de la promoción es útil y eficaz para analizar las limitaciones a la competencia de los poderes públicos y puede considerarse imprescindible, pero en algunos casos no resulta suficiente para alcanzar los objetivos de protección del bienestar social pretendidos. En esos supuestos la vía de la defensa de la competencia, que implica considerar a los poderes públicos res-

⁹² A.FELS/ W.NG, "Rethinking Competition Advocacy in Developing Countries", en D.SOKOL/ T.CHENG/I.LIANOS, *Competition Law and Development*, Stanford University Press, England, 2013, pág. 182 a 198.

ponsables de la comisión de infracciones de competencia, es la más o incluso la única vía para conseguir la adecuada protección del interés general.

Considerar que no cabe defensa de la competencia en los supuestos en que pueden realizarse impugnaciones puede resultar contrario al efecto útil del derecho de la competencia. Por ello ambas vías de actuación deben necesariamente considerarse herramientas complementarias y en ningún caso excluyentes.

EFFECTOS LEGALES EN ESPAÑA DE LAS EXPROPIACIONES DE BIENES INMUEBLES EN CUBA. UN FASCINANTE VIAJE POR LA GEOPOLÍTICA Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

LEGAL EFFECTS IN SPAIN OF EXPROPRIATIONS IN CUBA. A FASCINATING JOURNEY THROUGH GEOPOLITICS AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

*Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Murcia*

ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

Recibido: 17.07.2020 / Aceptado: 23.07.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5610>

Resumen: El presente trabajo, mediante un análisis del auto de la audiencia provincial de las Islas Baleares de fecha 18 marzo 2020, aborda la cuestión de la competencia internacional de los tribunales españoles para conocer de los litigios por daños derivados de expropiaciones y confiscaciones de bienes verificadas en otros países. Este estudio pone de relieve la necesidad de perfilar adecuadamente la excepción de inmunidad de jurisdicción, así como la importancia de realizar una calificación correcta de la acción. Del mismo modo, se muestra también que España carece de una normativa como la Ley Helms-Burton vigente en los Estados Unidos de América.

Palabras clave: Expropiaciones en el extranjero, Ley Helms-Burton, inmunidad de jurisdicción, daños, enriquecimiento injusto, declinatoria.

Abstract: This paper deals with the issue of the international jurisdiction of the Spanish courts to hear litigation for damages arising from expropriations and confiscations of property verified in other countries. The study analyzes the order rendered by the Provincial Court of the Balearic Islands (Spain) dated March 18, 2020 and focuses on the need to adequately outline the State immunity exception, as well as the importance of correct characterisation of the issue. Similarly, it is also shown that Spain lacks legal regulations such as the Helms-Burton Act in force in the United States of America.

Keywords: Expropriations abroad, Helms-Burton Act, State immunity, damages, unjust enrichment.

Sumario: I. Revolución y expropiación, espacio y tiempo. II. El auto del Juzgado de Primera instancia de Palma de Mallorca de 2 septiembre 2019. El juzgado rechaza la competencia de los tribunales españoles. III. El auto de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 18 marzo 2020. IV. Efectos jurídicos en España de una expropiación llevada a cabo en país extranjero. V. Reflexiones finales.

I. Revolución y expropiación, espacio y tiempo

1. Hace mucho tiempo en una galaxia muy lejana llamada Cuba..... tuvo lugar una revolución comunista, acompañada, entre otras cosas, de expropiaciones de inmuebles que eran propiedad de familias españolas¹. Tales expropiaciones se llevaron a cabo sin ajustarse a un procedimiento legal y sin indemnización alguna. Fueron, más bien, auténticas confiscaciones, como explica E. SCHAEFFER². En los vientos revolucionarios que todo lo arrasan, parece que tales actos iban a quedar para siempre impunes y que los perjudicados por la agresión a su derecho de propiedad nunca obtendrían reparación por aquellos actos y por los daños sufridos. En los huracanes caribeños desatados por la fuerza revolucionaria, la Ley parece quedar lejos y también parece que el tiempo, ese ladrón que todo se lo lleva, puede ocultar lo que pasó y que, por tanto, jamás volverá a hablarse de aquellas expropiaciones que tuvieron lugar ya hace más de cincuenta años en Cuba, la isla mayor de las Antillas.

2. El anterior parece un relato abstracto. Una reflexión nostálgica e histórica. Sin embargo, no es así. El supuesto abordado por el Auto JPI Palma Mallorca 2 septiembre 2019 demuestra que éste es un caso real³. Unos sujetos españoles reclamaron, ante tribunales mallorquines, una indemnización por daños y perjuicios contra una cadena hotelera, *-Hoteles Meliá-*, cuya sede social se encuentra en Palma de Mallorca. Los actores estimaban que el gobierno cubano había llevado a cabo una expropiación ilegal de unos terrenos situados en Cuba, que eran de propiedad de los hoy demandantes. Dicha ilegalidad la basaban los demandantes en el hecho de que la llamada "expropiación" no fue tal, sino un mero "acto de fuerza": sin procedimiento legal alguno, sin indemnización ninguna, sin audiencia de la parte perjudicada, los bienes fueron arrebatados a sus legítimos propietarios⁴.

Dichos terrenos, llamados "Ingenio Santa Lucía" y donde se cultivaba una deliciosa caña de azúcar cubana, estaban situados en la denominada "playa esmeralda". Lugar ideal para el turismo, pues ya sólo con ese nombre se genera expectación. Posteriormente, los terrenos fueron cedidos por el Estado cubano a Hoteles Meliá. Esta cadena hotelera construyó diversas instalaciones turísticas en los mismos y comenzó a explotar u rentabilizar el complejo turístico. Un buen negocio, qué duda cabe, con los pingües beneficios que proporcionan los turistas transoceánicos que desean disfrutar de las paradisíacas playas cubanas en un entorno muy bien equipado.

Sin embargo, resulta que la familia española que fuera propietaria de tales terrenos confiscados considera que Hoteles Meliá se está lucrando gracias dichos inmuebles cubanos que les fueron injusta e ilegalmente arrebatados por el gobierno de Cuba. Así las cosas, la familia en cuestión ejercita una acción ante los tribunales de Mallorca y solicitan una indemnización por daños y perjuicios a Hoteles Meliá. Los actores afirman que esta empresa se ha enriquecido durante años y siguen enriqueciéndose hoy gracias a lo que, en su opinión, fue una expropiación ilegal e injusta de los que fueran sus terrenos situados en Cuba. Con otras palabras, puede decirse que el gobierno revolucionario cubano confiscó unos terrenos a una familia española, que los entregó posteriormente a una empresa hotelera española, y que ésta los explota y extrae pingües beneficios. La familia española, perpleja, mira la vida pasar durante años y

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de investigación "Los principios del Derecho Romano en el Derecho europeo del siglo XXI - Programa Logos Fundación BBVA de Ayudas a la Investigación en el Área de Estudios Clásicos" (IP Javier Carrascosa, Universidad de Murcia).

² E. SCHAEFFER, "Confiscation", *Encyclopedie Dalloz Droit international*, vol.I, 1968, Paris, pp. 466-470. También G. VAN HECKE, "Confiscations and the Conflict of Laws", *ICLQ*, 1951, pp. 349-357.

³ Auto JPI Palma Mallorca 2 septiembre 2019 [ECLI:ES:JPI:2019:6A].

⁴ Un muy correcto análisis de este caso puede seguirse en J.L. IRIARTE ÁNGEL, "De nuevo sobre el problema de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para resolver litigios derivados de las nacionalizaciones cubanas. Reflexiones sobre el auto de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sec. 3ª) de 18 de marzo de 2020, *Bitácora Millennium*, n.11, 2020 (<http://www.millenniumdipr.com/ba-87-de-nuevo-sobre-el-problema-de-la-competencia-judicial-internacional-de-los-tribunales-espanoles-para-resolver-litigios-derivados-de-las-nacionalizaciones-cubanas>); J.L. IRIARTE ÁNGEL, "La Ley Helms-Burton proyecta su sombra sobre la jurisprudencia española y la legislación de la Unión Europea", *Bitácora Millennium*, n.11, 2020 (<http://www.millenniumdipr.com/ba-86-la-ley-helms-burton-proyecta-su-sombra-sobre-la-jurisprudencia-espanola-y-la-legislacion-de-la-union-europea>). *Vid.* también, de forma más modesta, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "¡Exprópiase! España, Cuba y playa esmeralda" en <http://accursio.com/blog/?p=1112> (8 junio 2020).

años y ve cómo transcurre el tiempo, pero piensa que esta vida es injusta. Se quedaron sin sus terrenos, nadie pagó nada por esa confiscación y ahora resulta que otra empresa, -casualidades de la vida, una empresa también española-, obtiene elevadas ganancias de los terrenos gracias a ese acto confiscatorio que fue, afirman, un completo desprecio a la legalidad. La imaginación es poderosa, sobre todo la imaginación de los profesores de Derecho internacional privado a la hora de diseñar casos prácticos de la asignatura. Sin embargo, por muy fecunda que ésta pueda llegar a ser, siempre la realidad supera toda imaginación. Aquí está la prueba, porque el caso referenciado es real.

II. El auto del Juzgado de Primera instancia de Palma de Mallorca de 2 septiembre 2019. El juzgado rechaza la competencia de los tribunales españoles.

3. Ante la demanda de indemnización de daños y perjuicios por un enriquecimiento injusto, presentada ante los juzgados mallorquines, la primera línea de defensa de los demandados, Hoteles Meliá, cuya sede social se encuentra en Palma de Mallorca, es activar (i) una excepción declinatoria de jurisdicción y (ii) otra excepción de competencia internacional.

4. En primer lugar, los demandados se defienden con un arma procesal de destrucción masiva: la "inmunidad de jurisdicción". Entienden tales demandados que los tribunales españoles, de oficio, deben rechazar el conocimiento del asunto porque carecen, en efecto, de poder jurisdiccional sobre el litigio (art. 21 LOPJ y art. 38 LEC). Afirman, en efecto, que los tribunales españoles no pueden juzgar a un Estado extranjero, Cuba, ya que, en realidad, dichos órganos jurisdiccionales deben decidir sobre la legalidad o ilegalidad de un acto soberano como es una expropiación de unos terrenos llevada a cabo por un Estado extranjero, Cuba, en el territorio de otro país. Y como la expropiación constituye siempre un acto *jure imperium*, un acto soberano, en esta ocasión, del Estado cubano, resulta que el Estado español no puede juzgarlo. Es la inmunidad de jurisdicción. Según esta noción, explican A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "*los órganos jurisdiccionales de un Estado no pueden conocer de un litigio en el que sean demandados por un particular, un Estado extranjero o alguno de sus órganos, así como otros entes internacionales que gozan de tal inmunidad*"⁵. En tal caso, los tribunales de un Estado, se dice, carecen de "jurisdicción" para conocer del asunto. Por ello, esta inmunidad no es una excepción a la "competencia judicial internacional" de los tribunales de un Estado. Es una excepción a la "jurisdicción" de dichos tribunales, que carecen de poder jurisdiccional para conocer del asunto, ya que éste versa sobre un objeto sustraído a la acción de los tribunales de justicia.

5. Consideran los demandados, en segundo lugar, y por si no fuera suficiente el argumento anterior, que los tribunales españoles carecen de competencia internacional para conocer de esta reclamación por enriquecimiento injusto, ya que la acción ejercitada es una acción real que recae sobre inmuebles sitos en otro país, Cuba. La base jurídica de este planteamiento es clara: los jueces españoles no disponen de un foro de competencia internacional para decidir litigios en los que se ha ejercitado una acción real relativa a inmuebles situados en el territorio de otros Estados. Eso sería invadir la soberanía territorial de otro Estado, pues los tribunales de un Estado son los únicos que pueden decidir sobre litigios relativos a derechos reales que se refieren a inmuebles sitos en el territorio de tal Estado (*vid.* art. 24.1 RB I-bis y art. 22.1 LOPJ ambos por analogía).

6. El Auto JPI Palma Mallorca 2 septiembre 2019 da toda la razón a los demandados⁶.

En primer término, estima el juzgador de primera instancia que el actor había ejercitado una acción real ante los tribunales españoles. En consecuencia, estimó que no era internacionalmente com-

⁵ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 18ª edición, Ed.Comares, Granada, 2018, pp. 1280-1282; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª edición, Comares, Granada, 2018, pp. 117-119.

⁶ Auto JPI Palma Mallorca 2 septiembre 2019 [ECLI:ES:JPI:2019:6A].

petente al respecto al corresponder dicha materia a la competencia exclusiva de los tribunales cubanos: bienes inmuebles en Cuba, competencia internacional exclusiva de los tribunales cubanos. De ese modo, evitaba el juzgado entrar en el fondo de la cuestión y pronunciarse sobre si había habido o no "enriquecimiento injusto" que era la causa de pedir del actor.

En segundo lugar, el juzgado precisó que Cuba es un Estado soberano y que gozaba de inmunidad de jurisdicción. Por ello, también decidió no entrar en el fondo del asunto: los tribunales españoles no pueden juzgar a un Estado extranjero, Cuba, que opera *jure imperium*, como Estado que ejerce sus competencias soberanas sobre bienes situados en su propio territorio.

7. En consecuencia, el juzgado mallorquín afirmó que los tribunales españoles (i) carecían de jurisdicción sobre el asunto ya que el Estado cubano no puede ser demandado en España porque goza de inmunidad de jurisdicción y (ii) tampoco disponían los tribunales españoles, *a fortiori*, de competencia internacional para conocer del litigio ya que la acción ejercitada era una acción real sobre bienes inmuebles situados en el extranjero. Por ello, el juzgado no entró en el fondo del asunto. El juzgado mallorquín acoge ambos argumentos de los demandados y estima la declinatoria de competencia internacional y la declinatoria de jurisdicción.

III. El auto de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 18 marzo 2020.

8. Los dos argumentos empleados por el Juzgado de primera instancia son, en buena dogmática jurídica, débiles y parecen poco meditados. Por ello, la estimación de la excepción declinatoria de jurisdicción y de competencia internacional por tal juzgado fue objeto del casi siempre inevitable recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Mallorca. El Auto de AP Baleares de 18 marzo 2020 resuelve la apelación contra la estimación de la declinatoria e imprime un giro radical de 180 grados al estado jurídico de la cuestión⁷.

9. En primer lugar, por lo que se refiere a la inmunidad de jurisdicción, debe recordarse que los tribunales españoles deben apreciar de oficio la existencia de la misma, tan pronto como sea advertida (art. 38 LEC). Lo harán con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal. No es preciso que el Estado cubano alegue la inmunidad de jurisdicción. No obstante, también éste puede hacerla valer, mediante declinatoria, ante el tribunal (arts. 36.2 y 39 LEC), lo que, todo hay que decirlo, no sucedió. Ahora bien, -y aquí radica el *quid* de la cuestión, como resulta evidente-, un pequeño detalle aflora inexorablemente como las amapolas en primavera. En efecto, en este litigio, la acción se ejercita contra una empresa privada (Hoteles Meliá), cuya sede social se halla en España y que ha explotado y explota todavía hoy los terrenos confiscados y situados en Cuba. No se demanda, en ningún momento, al Estado cubano. Cuba no es el demandado en este proceso civil que se desarrolla ante los tribunales mallorquines. Qué cosas tiene el Derecho Procesal.

10. El art. 2 de la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España indica que "*a los efectos de la presente Ley Orgánica, se entiende por: a) Inmunidad de jurisdicción: prerrogativa de un Estado, organización o persona de no ser demandado ni enjuiciado por los órganos jurisdiccionales de otro Estado*"⁸. Se puede invocar la inmunidad de jurisdicción sólo cuando el Estado extranjero sea "demandado" en un proceso ante tribunales españoles. En el presente supuesto, por tanto, el juzgador mallorquín no puede estimar la existencia de una inmunidad de jurisdicción del demandado porque el demandado no es el Estado cubano.

⁷ Auto AP Baleares 18 marzo 2020 [ECLI: ES:APIB:2020:37A].

⁸ Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las organizaciones internacionales con sede u oficina en España y las conferencias y reuniones internacionales celebradas en España (BOE núm. 258 de 28 octubre 2015).

otra vez. La utilización del participio "*enjuiciado*" por el precepto antes citado no cambia ese enfoque. Se refiere este término a una posible reclamación en el orden jurisdiccional penal contra un Estado extranjero visto que hoy día, en Derecho español, *societas delinquere sic potest*. Además, si el Estado cubano no ha sido demandado ante los tribunales españoles, lógicamente no habrá sido notificado y no podría renunciar a su inmunidad de jurisdicción, que es su derecho también. En suma: la inmunidad de jurisdicción sólo se puede apreciar si el demandado es un Estado y no se puede apreciar si el Estado no ha sido demandado ante tribunales españoles, como se deduce con transparente claridad del aludido art. 36 LEC. En este caso, por tanto, el tribunal mallorquín no debió apreciar la inmunidad de jurisdicción del Estado cubano porque éste nunca fue demandado en el proceso que se abrió en España. Son, otra vez, esas cosas del Derecho procesal. En suma, este epatante error del juzgado es corregido por el auto de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares que, con los argumentos vertidos, indica de modo lúcido que los tribunales españoles disponen de jurisdicción para decidir este caso y que la inmunidad de jurisdicción no opera en el mismo, al no ser el Estado cubano demandado ante los tribunales españoles. Por otro lado, es sabido que esta excepción debe interpretarse de modo restrictivo y, como demuestra B. HESS, extenderla más allá de los casos específicamente contemplados por la Ley y que se refieren a actos que, indubitadamente, se califican como *acta jure imperii*, es inapropiado⁹.

11. En segundo lugar, en cuanto al carácter real de la acción y a la incompetencia internacional de los tribunales españoles para juzgar un caso que se refiere a la propiedad de unos inmuebles sitos en Cuba (= excepción declinatoria de competencia internacional), debe arrancarse del art. 24 RB I-bis¹⁰. Este precepto, como es sabido, no protege las competencias exclusivas de Estados no miembros de la UE, como Cuba. El planteamiento del juzgado mallorquín es comprensible: dicho juzgado no deseaba juzgar la legalidad o ilegalidad de una expropiación llevada a cabo por el Gobierno de Cuba sobre bienes situados en Cuba. Sin embargo, su planteamiento resulta jurídicamente infundado. La acción ejercitada por los propietarios originarios de los inmuebles sitos en Cuba presentaba una naturaleza claramente extracontractual. Desean percibir una indemnización derivada de un enriquecimiento injusto, no persiguen que se les devuelva la propiedad confiscada en Cuba. No pretenden los actores que un juzgado español declare que los terrenos confiscados en playa esmeralda les pertenecen. La acción de enriquecimiento injusto ejercitada ante los tribunales mallorquines posee un fundamento puramente recuperatorio tras haberse acreditado unos daños. Nada que ver con una acción real. Es una acción extracontractual, una acción por daños. Visto que no es una acción real sobre bienes inmuebles situados en el extranjero, los tribunales españoles son perfectamente competentes para conocer de la misma. Concorre un clarísimo foro de competencia internacional, pues el domicilio del demandado se encuentra en España (art. 4 RB I-bis). La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca así lo indica. Los tribunales españoles no sólo son internacionalmente competentes para conocer del litigio suscitado, sino que están obligados a conocer del mismo. Los tribunales baleares no pueden recurrir a un *ersatz* del anglosajón *forum non conveniens* y afirmar que, como la expropiación ocurrió en Cuba y los bienes inmuebles están en Cuba, es mejor, y más conveniente que sean los tribunales cubanos los que decidan sobre la indemnización derivada de un posible enriquecimiento injusto de la empresa hotelera española. El sistema europeo de competencia judicial internacional es un sistema de base legal, puramente continental, en el que, si el foro concurre, el juez está obligado a conocer del litigio sean cuales fueren las conexiones del asunto con otros países

12. Como consecuencia de lo anterior, todas las cavilaciones, pensamientos, debates y dudas que surgen en torno a la cuestión de saber si los tribunales españoles pueden conocer de los litigios suscitados por el ejercicio de una acción real sobre bienes inmuebles situados en otros países, son, en

⁹ B. HESS, "Abgrenzung der acta iure gestionis und acta iure imperii: Der BGH verfehlt die völkerrechtliche Dimension der Staatenimmunität", *IPRax*, 2018-4, pp. 351-355.

¹⁰ Reglamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición) (DOUE L 351 de 20 diciembre 2012), conocido como Reglamento Bruselas I-bis.

relación con este caso, improcedentes. En todo caso, valga recordar, siempre con mesura y prudencia, que en el marco del Reglamento Bruselas I-bis, un tribunal español puede conocer de litigios que pertenecen a la competencia judicial exclusiva de terceros Estados no participantes en el Reglamento Bruselas I-bis, si bien la cuestión es controvertida en la doctrina especializada. Los tribunales de un Estado miembro deben conocer del asunto si concurre, según el Reglamento Bruselas I-bis, algún foro de competencia judicial, como la sumisión de las partes o el domicilio del demandado en un Estado miembro. Ésta es la tesis oficial recogida en el Informe oficial P. JENARD / G. MÖLLER de 1990, Informe ALMEYDA / DESANTES / JENARD de 1989 y en el Informe POCAR sobre el Convenio de Lugano II, núm. 93¹¹. En efecto, el Reglamento Bruselas I-bis no contiene una “regla negativa de competencia judicial internacional” que impida a los tribunales de los Estados miembros conocer de estos casos por la razón de que el Reglamento, naturalmente, como recuerda C. THOLE, no protege las competencias judiciales exclusivas de terceros Estados¹². La teoría evita una denegación de Justicia en la UE: nada asegura que la resolución que pudieran dictar en estas materias los tribunales de un tercer Estado no miembro vaya a ser reconocida en los Estados miembros. Debe también destacarse que el TJUE ha seguido esta tesis, pues ha admitido que un tribunal de un Estado miembro puede declararse competente en relación con un litigio relativo a un derecho real sobre un inmueble situado, *de facto*, en un territorio que no está bajo la soberanía de un Estado miembro (STJCE 28 abril 2009, C-420/07, *Apostolides*, FD 35-36)¹³. En el fondo, para esta teoría, el hecho de que exista una competencia exclusiva en favor de tribunales de terceros Estados es un hecho completamente irrelevante en el sistema de competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas I-bis. Dice así el Informe *Jenard / Möller* anejo al Convenio de Lugano de 1988, antes citado: “*Article 16 (1) applies only if the property is situated in the territory of a Contracting State. The text is sufficiently explicit on this point. If the property is situated in the territory of a third State, the other provisions of the Convention apply, e.g. Article 2 if the defendant is domiciled in the territory of a Contracting State, and Article 4 if he is domiciled in the territory of a third State, etc.*”.

13. Queda por decidir una cuestión que no es baladí: la eficiencia de una litigación ante tribunales españoles en casos como éste. Pues bien, puede destacarse, con S. DNES, que visto que la sentencia que pueda dictarse por tribunales españoles puede ejecutarse sin problemas en España sobre bienes que el demandado tiene en España, la litigación basada en el actor seguir es perfectamente eficiente¹⁴. Como ha explicado J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, este foro sólo alcanza un sentido eficiente si recupera su verdadero y pristino significado: se debe litigar donde están los bienes sobre los que puede recaer la actividad ejecutiva, que normalmente, -aunque no siempre-, se hallan situados en el lugar del domicilio del demandado¹⁵. Qué más da que la expropiación tuviera lugar sobre bienes sitos en Cuba si no se solicita ninguna actividad de ejecución en dicho país, sino en España.

IV. Efectos jurídicos en España de una expropiación llevada a cabo en país extranjero.

14. El auténtico *punctum dolens* de este litigio radica en saber si, como cuestión previa a la cuestión principal del enriquecimiento injusto, un tribunal español puede decidir en relación con la legalidad o ilegalidad de una expropiación llevada a cabo por un Estado extranjero sobre bienes inmuebles situados en su territorio.

¹¹ DOUE 13 diciembre 2009.

¹² C. THOLE, “Die Reichweite des Art. 22 Nr. 2 EuGVVO bei Rechtsstreitigkeiten über Organbeschlüsse”, *IPRax*, 2011-VI, pp. 541-547.

¹³ STJCE 28 abril 2009, C-420/07, *Meletis Apostolides vs. David Charles Orams, Linda Elizabeth Orams*, Recopilación, 2009, p. I-357 [ECLI:EU:C:2009:271].

¹⁴ S. DNES, “Promoting efficient litigation?”, en P. BEAUMONT ET AL., *Cross-border litigation in Europe*, Oxford, Hart, 2017, pp. 463-473.

¹⁵ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Foro del domicilio del demandado y Reglamento Bruselas I-is 1215/2012. Análisis crítico de la regla actor *sequitur forum rei*”, *Cuadernos de Derecho transnacional (CDT)*, 2019, vol. 11, n. 1, pp. 112-138.

15. Toda expropiación tiene lugar en virtud y en aplicación del Derecho de intervención del Estado expropiador, como recuerda I. GUARDANS I CAMBÓ¹⁶. La expropiación se lleva a cabo por órganos de un Estado que desarrollan funciones propias de ese Estado (*jure imperium*). Estos actos de expropiación se rigen por normas de Derecho Público de dicho Estado expropiador. Este dato no está en discusión ante los tribunales españoles. Ahora bien, ello no impide que los tribunales españoles puedan decidir el caso que aquí se comenta.

16. Constituye un error, y no leve, afirmar que, en este litigio objeto de las decisiones judiciales mallorquinas de referencia, la Audiencia Provincial de las Islas Baleares ha subrayado que los tribunales españoles pueden juzgar, en un proceso declarativo, si la expropiación de ciertos bienes inmuebles sitos en país extranjero y llevada a cabo por un Estado extranjero, ha sido ajustada a la legalidad o no. Es también un error afirmar que la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, en su auto citado, permite que los tribunales españoles decidan un litigio cuyo objeto es la propiedad de unos bienes inmuebles que han sido expropiados por un Estado extranjero. La Audiencia Provincial de las Islas Baleares jamás ha afirmado tales cosas. Eso es pura apariencia y sostener eso significa que *manca finezza* en el jurista. Cuánto se puede aprender del concepto de "objeto del proceso". Porque el objeto del proceso, en este caso, no es la propiedad de los terrenos sitos en Playa Esmeralda ni tampoco es la legalidad o no de la expropiación llevada a cabo por el gobierno cubano. El objeto del proceso es una simple reclamación de indemnización pecuniaria por daños derivados de un enriquecimiento injusto: una empresa española obtiene ventajas económicas a costa del correlativo empobrecimiento de una familia española.

17. La óptica correcta para abordar este caso es la perspectiva propia del "reconocimiento en España de las decisiones de expropiación acordadas por Estados extranjeros". Los problemas que plantean estos procesos de transferencia obligatoria de propiedad en favor del Estado no constituyen problemas de "Ley aplicable" a la expropiación. Son problemas de "validez extraterritorial" de las decisiones extranjeras de expropiación, como pusiera de relieve el ya clásico estudio de P. MAYER¹⁷. Es decir, se trata de especificar los efectos jurídicos que las medidas expropiatorias adoptadas por autoridades extranjeras producen en el ordenamiento jurídico español. En consecuencia, cuando un tribunal español debe resolver una cuestión jurídica y para ello debe valorar los efectos legales en España de una expropiación llevada a cabo por un Estado extranjero, no vulnera la competencia exclusiva de los tribunales del Estado extranjero para decidir cuestiones relativas a derechos reales inmobiliarios (art. 24.1 RB I-bis y art. 22.1 LOPJ *a contrario sensu*). En tal supuesto, los jueces españoles, simplemente, deciden si procede conceder efectos legales o no conceder efectos legales en España a un acto soberano que tuvo lugar en otro país y ordenado y ejecutado por un Estado extranjero.

18. Las acciones ejercitadas ante tribunales españoles y en las que se reclama una indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de una expropiación ilegal de unos inmuebles sitos en Cuba y llevada a cabo por el Gobierno revolucionario cubano son "acciones extracontractuales". El tribunal español es competente si el domicilio del demandado se encuentra en España (art. 4 RB I-bis), lo que en el caso de especie resulta indiscutible. Así las cosas, el tribunal español debe decidir, previamente al fondo del asunto, sobre el reconocimiento en España de los efectos jurídicos de los actos expropiatorios verificados en Cuba, esto es, sobre el ajuste a Derecho de tales actos expropiatorios. En dicho proceso, aunque es claro que el Derecho cubano rige la expropiación, los efectos jurídicos de la misma en España

¹⁶ I. GUARDANS I CAMBÓ, *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero. De la jurisprudencia comparada al Convenio de Roma de 19-6-1980*, Pamplona, 1992, pp. 230-249.

¹⁷ P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Bibliothèque de droit international privé, vol. XVII, Paris, Dalloz, 1973, esp. n. 159. La tesis ya fue originariamente avanzada por F. MUNCH, "Les effets d'une nationalisation à l'étranger", *RCADI*, 1959, vol.98, pp. 411-504. *Vid.* también P. MAYER / V. HEUZÉ / B. REMY, *Droit international privé*, 12ª ed., Paris, LGDJ, Lextenso, 2019, pp. 434-439. Se supera así el tradicional enfoque de la doctrina italiana sobre el particular, enrocada en valorar la cuestión desde el ángulo de la aplicación extraterritorial de las leyes de expropiación de otros Estados: G. BISCOTTINI, "L'efficacité des actes administratifs  trangers", *RCADI*, 1961, vol.104, pp. 635-695; G. FEDOZZI, "De l'efficacité extraterritoriale des lois et des actes de droit public", *RCADI*, 1929, vol.27, pp. 141-242.

pueden denegarse si los tribunales españoles consideran que la expropiación vulnera el orden público internacional español.

19. En un caso semejante al que aquí se comenta, el caso de la expropiación de la marca *Havana Club*, la STS 30 diciembre 2010, muy bien analizada por A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ / C. MACHO GÓMEZ, entendió que la nacionalización de dicha marca llevada a cabo en 1960 por el Estado cubano infringió el orden público internacional español y no le otorgó efectos legales en España¹⁸. En ese supuesto, cabe recordar que los derechos de la marca de ron “Havana Club” pertenecen, en Cuba y otros países, empresa mixta cubano-francesa (Cubaexport y Pernod Ricard), mientras que en USA, dicha marca pertenece a Bacardí USA, una empresa norteamericana que comercializa en dicho país un ron con la marca “Havana Club”. Esta situación se produce porque la marca “Havana Club” fue creada por la familia española Arechabala en 1935, familia que posteriormente vendió sus derechos sobre dicha marca a la empresa Bacardí. El Gobierno castrista expropió la marca “Havana Club” en 1960 pero dicha expropiación no fue reconocida en USA, de modo que, en Cuba, la marca pertenece a unos titulares, -la empresa mixta cubano-francesa Cubaexport y Pernod Ricard-, mientras que la misma marca pertenece a la empresa “Bacardí USA” en los Estados Unidos de América, empresa que produce ron en fábricas que posee en Puerto Rico¹⁹. Debido al embargo comercial de Cuba y al hecho de que “Havana Club” es una marca que pertenece, en los Estados Unidos de América, a Bacardí USA, los titulares de la marca en Cuba no pueden exportar su ron a los Estados Unidos de América. Un ron, dos países y dos marcas diferentes, pero con igual denominación. La STS 30 diciembre 2010 entendió que la nacionalización de la marca llevada a cabo en 1960 por el Estado cubano infringió el orden público internacional español, lo que impide que los sucesivos adquirentes de la marca puedan ser considerados “propietarios” de la misma²⁰. En efecto, estimaron los tribunales españoles que la expropiación de la marca no se ajustó a procedimiento legal alguno, que los expropiados no fueron escuchados y que jamás recibieron indemnización alguna.

20. En consecuencia, en el caso “playa esmeralda” no se vulnera la competencia internacional exclusiva de los tribunales cubanos para decidir, en un proceso declarativo, sobre la titularidad y propiedad de un bien expropiado. Se trata, sencillamente, de juzgar sobre los efectos legales en España de una expropiación que se ha producido en el extranjero.

21. Es cierto que el Derecho internacional privado español carece de normas específicas relativas a los efectos en España de medidas expropiatorias acordadas por autoridades extranjeras. Para integrar la laguna legal y decidir si un acto de expropiación extranjero surte efectos legales en España, deben controlarse dos extremos.

22. En primer lugar, debe explorarse y afirmarse la competencia internacional del Estado que dicta el acto público expropiatorio. En general, puede afirmarse que el Derecho internacional público proporciona criterios generales válidos para delimitar el ámbito en el que cada Estado puede ejercer sus competencias soberanas. Se trata de delimitar el ámbito territorial en el que los Estados pueden ejercitar y ejecutar actos de fuerza o coacción (Sent.TPJI 7 septiembre 1927, *Lotus*)²¹. Puede decirse, así, que, en principio, cada Estado posee competencia para dictar actos públicos de nacionalización o expropiación

¹⁸ A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ / C. MACHO GÓMEZ, “Eficacia internacional de las nacionalizaciones sobre las marcas de empresa: el asunto «Havana Club» ante los tribunales españoles”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 2012, pp. 159-176. *Vid.* también J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “¡Expropiése otra vez y más y más! España, Cuba y Estados Unidos de América: ¿hace un ron Havana Club?”, <http://accursio.com/blog/?p=1123>, (14 junio 2020). En relación con las expropiaciones de derechos incorporeales resulta muy ortodoxa la aproximación de A. QUINONES ESCÁMEZ, “Problemas jurídico-internacionales relativos a la propiedad de la marca “Dry Sack” y otras surgidas a raíz de la expropiación del holding Rumasa”, *RJ La Ley*, núm.980, 13 julio 1984, pág.2-4; *Id.*, *Eficacia internacional de las nacionalizaciones. Nombre comercial y marcas*, Ed.Montecorvo, Madrid, 1988.

¹⁹ Diario *El País*, 31 marzo 2009. *Vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derechos reales” en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª edición, Ed.Comares, Granada, 2018, pp. 1221-1227.

²⁰ STS 30 diciembre 2010 [ECLI:ES:TS:2010:7666].

²¹ Sentencia del TPJI de 7 septiembre 1927, *Lotus*, cuyo texto puede leerse en: <http://www.dipublico.org/10984/s-s-lotus-1927-corte-permanente-de-justicia-internacional-ser-a-no-10/>.

en relación a bienes que, en el momento de la expropiación, se hallan en su territorio. Es el "principio de territorialidad positivo" o de "soberanía económica del Estado" al que se refiere A.S. EL KOCHERI²². En el presente supuesto, no cabe albergar duda alguna sobre la competencia territorial del Estado cubano para expropiar unos terrenos situados en la isla de Cuba. Todo Estado está legitimado por el Derecho internacional para expropiar los bienes que se encuentran situados en su territorio (sentencia de la cour de cassation francesa de 20 febrero 1979, *SMC*)²³. Así, el Gobierno de la República Española declaró, el 26 noviembre 1931, a SAR D. Alfonso XIII, "culpable de alta traición" y declaró incautado en favor del Estado español "*todos los bienes, derechos y acciones de su propiedad que se encuentren en el territorio nacional*". Y no influye el hecho de que, tras la expropiación, el bien sea trasladado al extranjero.

23. En segundo lugar, debe valorarse la conformidad del acto público expropiatorio con el orden público internacional español. La intrincada y siempre incómoda cuestión de la legalidad en España de una expropiación llevada a cabo por Cuba en su territorio debe juzgarse, destaca TH. HEFTI, tanto con arreglo al Derecho internacional general como con arreglo a los principios que conforman el orden público internacional del Estado donde se desea hacer valer la transferencia de la propiedad que supone la expropiación, en este caso, el orden público internacional español²⁴.

24. En lo que se refiere a la conformidad del acto expropiatorio con el orden público internacional español, cabe recordar, de nuevo, que el acto público extranjero de expropiación se lleva a cabo, siempre, con arreglo a la Ley del Estado expropiador. El hecho de que los bienes sean propiedad de extranjeros o el hecho de que la sociedad a intervenir tenga bienes en otros países, no cambia dicho principio. Ahora bien, ello no significa que toda expropiación llevada a cabo por Estados extranjeros sobre bienes sujetos a su "control fáctico" o a su "competencia territorial" despliegue, sin más, efectos en España. El acto expropiatorio extranjero no debe producir efectos contrarios al orden público internacional español. Los principios que componen el orden público internacional español en el sector de la privación forzosa de la propiedad son los que siguen (*vid.* arts. 33, 38 y 128 CE): (a) Existencia una causa de "interés general" en la expropiación; (b) Indemnización justa al expropiado. La STS 30 diciembre 2010 entendió que la nacionalización de la marca llevada a cabo en 1960 por el Estado cubano infringió el orden público internacional español, porque se prescindió de todo proceso y procedimiento y no se proporcionó compensación alguna a los expropiados, como antes se ha indicado; (c) Procedimiento regular de expropiación que permita la defensa jurídica del expropiado; (d) Ausencia de discriminación en la expropiación; (e) Carácter no sancionatorio de la expropiación: las expropiaciones llevadas a cabo como "represalia" o sanción" contra un sujeto presentan carácter penal y vulneran el orden público internacional. Ejemplo: la jurisprudencia británica rechazó dar efectos en Inglaterra a la expropiación de todos los valores y bienes del ex-Rey de España SAR D. Alfonso XIII decretada por el Gobierno de la República española, que consideró al ex-monarca "culpable de alta traición" el 26 noviembre 1931²⁵

25. Por otra parte, y desde el punto de vista del Derecho internacional público, es claro que cada Estado dispone de un derecho a "controlar" los recursos naturales sitos en su territorio y las actividades económicas desarrolladas en el mismo. Este principio de "soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales" constituye un elemento importante del Nuevo Orden Económico Internacional. Desde el prisma del Derecho internacional público, la expropiación o similar acordada por el Estado será ajustada al Derecho Internacional, que en este punto, es una regulación consuetudinaria, si concurren estas circunstancias: (a) Existencia de motivos de utilidad pública o social, seguridad o interés nacional que amparen la medida; (b) Procedimiento llevado a cabo sin discriminación, en particular, si

²² A.S. EL KOCHERI, "Les nationalisations dans les pays du Tiers monde devant le juge occidental", *RCDIP*, 1967, vol.LVI, pp. 249-275.

²³ Sent. Cour de Cassation de Francia 20 febrero 1979, *SMC*, *RCDIP*, 1979, p. 803, nota H. BATIFFOL.

²⁴ TH. HEFTI, *La protection de la propriété étrangère en droit international public*, Neuchâtel, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989, esp. pp. 29-33.

²⁵ Caso Banco de Vizcaya vs. D. Alfonso de Borbón y Austria, 1935 [1935 1 KB 140].

no se dirige exclusivamente contra extranjeros sólo por el hecho de serlo; (c) Compensación “inmediata, adecuada en valor y efectiva” en favor del perjudicado por la medida (“fórmula *Hull*”). La falta de concurrencia de alguno de estos requisitos podría derivar en una responsabilidad que puede exigirse, por un Estado a otro Estado, con arreglo a los medios y normas propias del Derecho internacional público. Puede también derivar en un ejercicio de la protección diplomática por parte del Estado cuya nacionalidad ostenta en sujeto que ha visto cómo otro Estado expropiaba sus propiedades sin respetar el Derecho Internacional Público.

V. Reflexiones finales

26. En primer lugar, puede dar la impresión de que el juzgado de primera instancia de Palma de Mallorca cometió errores jurídicos de gran envergadura y que adoptó una decisión *contra legem*. Es indudable que así fue y que, por tanto, la corrección efectuada por la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, “*suaviter in modo, fortiter in re*” bien hecha estuvo. Sin embargo, ello no significa que el juzgado de primera instancia de Palma de Mallorca no supiera lo que hacía. Tenía poderosas razones para no querer decidir sobre el fondo del litigio. En efecto, dicho juzgado no quiso situarse en una posición geopolítica inadecuada que le obligara a pronunciarse sobre la legalidad de la expropiación realizada por el Estado cubano. Es ésa una cuestión extremadamente delicada que aparece conectada con la soberanía de cada Estado. Tampoco al Estado español le agradaría, por ejemplo, que los tribunales polacos, británicos o cubanos afirmasen que la expropiación de Rumasa de fecha 23 febrero 1983 y llevada a cabo por el gobierno de España, fue ilegal e injusta²⁶. El juzgado mallorquín no quiso entrar en el asunto y, con tal objetivo, utilizó las dos estrategias reseñadas: la calificación de la acción como “acción real sobre bienes inmuebles” y la inmunidad de jurisdicción del Estado cubano, probablemente sugeridas por la contestación a la demanda. La argumentación es errónea y el resultado es injusto, por lo que fue debidamente corregida por la Audiencia Provincial. Sin embargo, la posición del juzgado no es irracional, sino perfectamente comprensible. El juzgado mallorquín actuó como lo habría hecho un tribunal norteamericano, pues en los Estados Unidos de América se sigue la teoría del “acto de Estado” (“*Act of State*”). Según la misma, explica P. HERZOG, los tribunales de un Estado no pueden pronunciarse sobre la validez o invalidez de un acto de un Gobierno de otro Estado dictado en el ejercicio de las competencias soberanas de ese otro Estado en su territorio²⁷. La teoría surgió al socaire de un caso que se produjo cuando tuvo lugar la revolución venezolana de 1892 y el general José Manuel “Mocho” Hernández expulsó al gobierno de Venezuela y tomó el control de Ciudad Bolívar. El ciudadano norteamericano Mr Underhill vivía en dicha ciudad y gestionaba el sistema de abastecimiento de agua de la misma. Mr Underhill fue obligado, contra su voluntad, a continuar el abastecimiento de agua a la ciudad y a realizar ciertas obras relacionadas con dicho abastecimiento. Tras muchas resistencias del gobierno venezolano, se permitió a Underhill que regresase a los Estados Unidos, ante cuyos tribunales ejerció una acción para reclamar los daños de su retención en Venezuela. El tribunal de Nueva York determinó que el general Hernández representaba al gobierno venezolano y que un tribunal norteamericano no podía juzgar los actos de un gobierno extranjero ocurridos en territorio de este otro país (= “*every sovereign state is bound to respect the independence of every other sovereign state, and the courts of one country will not sit in judgment on the acts of the government of another, done within its own territory*”). Esta teoría, típicamente territorialista, opera en los Estados Unidos de América y los jueces de dicho Estado la aplican regularmente. No está admitida, sin embargo, por normas convencionales o consuetudinarias del Derecho Internacional Público. Los perjudicados por los actos llevados a cabo por Gobiernos extranjeros en sus territorios deben litigar ante los tribunales de

²⁶ I. SEIDL-HOHENVELDERN, “The Rumasa Decision of the House of Lords and the Doctrine of Severance of Corporations”, en B. CHENG / E.D. BROWN (eds.): *Contemporary Problems of International Law. Essays in honour C.Schwarzenberger*, Londres, 1988, pp. 262-274, explica que, por fortuna para el gobierno español, la expropiación referida fue considerada plenamente válida por los tribunales británicos, al estimar éstos que había sido realizada por un “Estado hermano” en la Comunidad europea sobre una base legal y axiologique que podía ser compartida por el Reino Unido. Eran otros tiempos, es cierto.

²⁷ P. HERZOG, “La théorie de l’Act of State dans le droit des Etats-Unis”, *RCDIP*, 1982, pp. 617-646. *Vid.* Sent. TS USA *Underhill vs. Fernández* 168 US 250 (1897).

dichos Estados o instar negociaciones diplomáticas entre los Estados Unidos y los otros Estados. No están legitimados para litigar contra los Estados extranjeros, por estos actos, ante los tribunales norteamericanos. La doctrina del *Act Of State* no opera, sin embargo, en el caso de actos del Poder Público extranjero que suponen vulneraciones flagrantes de “reglas importantes del Derecho internacional”. Es la “doctrina *Berstein*”: un ciudadano norteamericano fue desposeído de sus bienes en Alemania por el Gobierno nazi y los bienes fueron entregados a un administrador nazi. El Sr. Bernstein solicitó una indemnización ante los tribunales norteamericanos. En este caso, el Gobierno norteamericano puede indicar al tribunal de su país que no existe ninguna razón que pueda enturbiar las relaciones internacionales y diplomáticas entre los Estados Unidos y el otro Estado extranjero si el caso es decidido por un tribunal norteamericano. De ese modo, queda desactivada la doctrina del *Act of State*. Pues bien, la teoría del *Act Of State* no tiene cabida en el Derecho internacional privado español. Por ello, un tribunal español, por ejemplo, puede valorar, en su caso, si la expropiación llevada a cabo en Cuba vulnera o no vulnera el orden público internacional español siempre que disponga de un foro de competencia judicial internacional a su favor. El auto JPI Palma Mallorca 2 septiembre 2019 incurre en numerosos errores, quién lo puede negar, pero no es ilógico. En realidad, el juzgado procedió a una aplicación silenciosa de la teoría del *Act Of State*. Lo que ocurre es que tal tesis no tiene cabida en Derecho español.

27. En segundo lugar, es claro que los tribunales españoles están facultados para decidir si los actos expropiatorios llevados a término por un Estado extranjero en relación con inmuebles situados en territorio de ese país extranjero pueden producir efectos jurídicos en España o no. Igual que los juzgados españoles están legitimados para decidir si un divorcio entre cónyuges rusos y pronunciado en Moscú por autoridades rusas puede producir efectos legales en España. En dicho contexto, es posible afirmar que una expropiación que no ha sido realizada conforme a un *standard* mínimo de justicia -indemnización a los perjudicados, audiencia a los mismos, un proceso justo, articulador y ajustado a la Ley-, no supera ese control de reconocimiento de su legalidad en España y no podrá hacerse valer en España. Ese tipo de expropiaciones son una expresión más del unilateralismo estatal. Y ya se sabe: el unilateralismo es egoísta, escribe F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ²⁸. Produce siempre resultados negativos y es ineficiente. Constituye una respuesta jurídica relativa, cortoplacista y de alcance limitado. Provoca también la respuesta de otros Estados a través de *Blocking Statutes*, normativas que tratan de inmovilizar y obstruir esas expropiaciones nacionalistas y egoístas. Las “expropiaciones agresivas” y las confiscaciones no circulan por el mundo, recuerda M. HERDEGEN²⁹. Que es lo que, a todas luces, parece que podría ocurrir en este caso. Las expropiaciones agresivas constituyen una manifestación de la lucha geopolítica en el contexto globalizado del siglo XXI. Vuelven a la memoria las ponderadas, sensatas y brillantes palabras de GERHARD KEGEL: “*todo está causalmente conectado con todo*”³⁰. La utilización, por parte de los Estados, de instrumentos jurídicos de Derecho internacional privado con el objetivo de ganar poder en el mundo coloca a los particulares en una situación legal difícil e incluso aleatoria, como muy bien precisó I. GUARDANS I CAMBÓ³¹. En esta línea, escriben V. RUIZ ABOU-NIGM / K. MCCALL-SMITH / D. FRENCH, existen unos valores globales, tales como la eficiencia en la resolución de conflictos, la protección de la propiedad privada, evitar el enriquecimiento sin causa, luchar contra los comportamientos oportunistas, y otros en la misma línea, que evitarían la proliferación de estos *Blocking Statutes*, de estas normas que llevan a una “lucha normativa unilateral” que siempre resulta ineficiente para todos³².

²⁸ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La racionalidad económica del DIPr.”, Cursos de Dcho.Internacional Vitoria-Gasteiz, 2001, Univ.País Vasco, pp. 88-154, esp. p. 115; M. VIRGÓS SORIANO / F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Estado de origen vs. Estado de destino”, *Indret Revista para el análisis del Derecho*, www.indret.com, núm 251, 2004-4, noviembre 2004, pp. 1-20, esp. pp. 10-11. También en la misma línea, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La guerra transoceánica de Derecho internacional privado. Helms-Burton ataca de nuevo: una obra en siete actos”, 5 mayo 2019, en <http://accursio.com/blog/?p=883>.

²⁹ M. HERDEGEN, *Derecho económico internacional*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 89-91.

³⁰ G. KEGEL, *Internationales Privatrecht*, München, Beck, 1987, p. 753.

³¹ I. GUARDANS I CAMBÓ, *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero. De la jurisprudencia comparada al Convenio de Roma de 19-6-1980*, Pamplona, 1992, pp. 230-249. En el mismo sentido, más recientemente, N. FERJANI / V. HUET, “L’impact de la décision onusienne d’embargo sur l’exécution des contrats internationaux”, *JDI Clunet*, 2010, pp. 737-760.

³² V. RUIZ ABOU-NIGM / K. MCCALL-SMITH / D. FRENCH, *Linkages and Boundaries in Private and Public International Law*, Hart Publishing, 2018, pp. 11-13.

28. En tercer lugar, debe subrayarse que el Derecho español no cuenta con una "Ley Helms-Burton"³³. No existe una normativa española que disponga que los bienes transferidos por actos expropiatorios o confiscatorios llevados a cabo en Cuba nos nulos y que los perjudicados conservan el derecho a tales propiedades o deben ser indemnizados por los sujetos que se hayan aprovechado de tales actos de transferencia coactiva de la propiedad. Es más: el Derecho europeo se muestra muy reacio a estas normativas unilaterales que intervención, como puede apreciarse en el Reglamento (CE) 2271/96 del Consejo de 22 de noviembre de 1996 relativo a la protección contra los efectos de la aplicación extraterritorial de la legislación adoptada por un tercer país, y contra las acciones basadas en ella o derivadas de ella, elaborado para mitigar los efectos jurídicos de la Ley Helms-Burton en la UE³⁴. Sin una "Ley Helms-Burton española" (= es decir, sin una normativa ordopolítica unilateral), el Derecho aplicable a los daños derivados de un posible enriquecimiento injusto que haya podido sufrir la persona cuyos bienes han sido expropiados, se debe precisar con arreglo a las normas españolas de conflicto de leyes. Todo parece indicar que tales normas, como se sugiere *infra*, conducen a la aplicación del Derecho cubano. Emplear normas de Derecho privado para lograr objetivos propios de la Geopolítica y de la política exterior es algo que puede hacerse, y de hecho, así se hace. Sin embargo, ello provoca una fuerte inestabilidad en las situaciones jurídicas que afectan a los particulares implicados, lo que hace que las soluciones pierdan eficiencia, tal y como apunta M. LIEBERKNECHT³⁵.

29. En cuarto lugar, no debe olvidarse que, en los casos de Derecho Privado, -y el Derecho internacional privado es un sector del Derecho Privado que regula situaciones jurídicas relativas a los particulares-, es el demandante el sujeto que decide, perfila y concreta el objeto del proceso. Ello significa que es el actor el que pide a los tribunales españoles lo que, concretamente, decide pedir y frente a quién lo quiere pedir. En este caso, el actor podía haber solicitado de los jueces españoles: (i) la declaración de propiedad a su favor de un bien inmueble sito en Cuba; (ii) la declaración de nulidad de la expropiación de un bien inmueble situado en Cuba llevada a cabo por el gobierno de Cuba; (iii) Una indemnización por los daños y perjuicios que la empresa hotelera española le ha producido al lucrarse con unos terrenos que le fueron arrebatados de modo presuntamente ilegal en Cuba. Optó por la tercera posibilidad e hizo muy bien, pues de ese modo, la competencia internacional de los tribunales españoles quedaba garantizada al tener el demandado su domicilio en España (art. 4. RB I-bis), se evitaba también la inmunidad de jurisdicción del Estado cubano, que no fue demandado en España y, finalmente eliminaba cualquier duda sobre la competencia de los tribunales españoles para decidir sobre la propiedad de un inmueble sito en el extranjero, pues nunca fue ésta la cuestión de fondo.

30. El resultado final al que conduce la desestimación de la excepción declinatoria de competencia internacional y de jurisdicción es que ahora el juzgado de primera instancia de Palma de Mallorca tendrá que valorar si la expropiación que realizó el gobierno cubano revolucionario de esos terrenos en Cuba fue "legal" o "ilegal" y si la cadena hotelera española se aprovechó de tal circunstancia para enriquecerse de modo injusto y sin causa, con el correspondiente empobrecimiento de la familia española originariamente propietaria de los terrenos de playa esmeralda. Se trata, sin duda, de un desafío de gran envergadura teórica y práctica. España no dispone, como sí los Estados Unidos de América, de una Ley similar a la Ley Helms-Burton³⁶. No existe en Derecho español una disposición legal que indique que

³³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La guerra transoceánica de Derecho internacional privado. Helms-Burton ataca de nuevo: una obra en siete actos", en <http://accursio.com/blog/?p=883>, 5 mayo 2019; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Geopolítica triangular y Derecho Internacional Privado. La Ley Helms Burton y la litigación internacional", en *Actas de las XXVIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Nuevo Mundo, Nueva Europa. La redefinición de la Unión Europea en la Era del Brexit*, Granada, 18-20 septiembre 2019, (en prensa).

³⁴ DOCE L 309 de 29 noviembre 1996.

³⁵ M. LIEBERKNECHT, "Die Blocking-Verordnung: das IPR als Instrument der Außenpolitik", *IPRax*, 38, 6, 2018, pp. 573-579.

³⁶ Helms-Burton Act / Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act of 1995. Versión original en <https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Documents/libertad.pdf>. Versión en español en: <https://web.archive.org/web/20070730130013/http://www.icap.cu/pdf/ley%20helms%20burton.pdf>. Vid. A.F. LOWENFELD, "The Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act: Congress and Cuba. The Helms-Burton Act", *AJIL*, 1996, pp. 419-434; S.J. RUBIN, "Organization of American States, Inter-American Juridical Committee Opinion Examining the U.S. Helms-Burton Act", *International*

nadie puede beneficiarse en España de las expropiaciones ilegales efectuadas en Cuba. ¿Qué dirán ahora los tribunales mallorquines? ¿Condenarán a la cadena hotelera española a pagar una indemnización a la familia española que fue propietaria de esas fincas cubanas llamadas "Ingenio Santa Lucía" y en las que se cultivaba caña de azúcar, por haberse lucrado tras una nacionalización contraria al Derecho internacional? La respuesta es un misterio envuelto en un enigma y escondido en un acertijo.

31. Dos extremos constituyen la clave de esta cuestión. En primer término, el ajuste o no de la expropiación de los terrenos sitos en playa esmeralda a los *standards* básicos de justicia internacionales y españoles, al orden público internacional español, cuyos puntos esenciales ya han sido destacados. En segundo lugar, la existencia de un auténtico enriquecimiento injusto del que se benefició el demandado. En relación con este asunto, cabe destacar que, si la expropiación se hubiera producido tras el día 11 enero 2009, la Ley aplicable al enriquecimiento injusto hubiera sido la Ley designada por el art. 4.2 RR-II. Sin embargo, visto que la expropiación es muy anterior a esa fecha, y que la cadena hotelera comenzó a explotar dichos terrenos antes de dicho día, el Reglamento Roma II (Reglamento (CE) n.864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, no es aplicable³⁷. Es preciso volver la mirada atrás. La Ley aplicable a este presunto enriquecimiento injusto debería ser la Ley cubana. En efecto, para fijar dicha Ley aplicable es preciso concretar el momento en el que comienza el presunto enriquecimiento injusto. Si éste empezó antes de la vigente del actual art. 10.9.I CC (1974), el enriquecimiento producido entre dicho comienzo y la entrada en vigor del art. 10.9.I CC (1974) se rige por la Ley cubana, ya que puede sostenerse que desde 1889, año en el que entró en vigor el Código civil español, las obligaciones no contractuales se rigen por la Ley del país donde han ocurrido los hechos de los que tal responsabilidad deriva: Ley de Cuba. El art. 10 CC en su redacción originaria puede también servir de apoyo a esta solución, pues afirmaba que "[l]os bienes muebles están sujetos a la Ley de la nación del propietario; los bienes inmuebles, a las Leyes del país en que están sitos". Para los daños derivados de un enriquecimiento injusto verificados tras 1974, es aplicable el art. 10.9.III CC, empleado cuyo texto apunta claramente a la aplicación del Derecho cubano: "En el enriquecimiento sin causa se aplicará la ley en virtud de la cual se produjo la transferencia del valor patrimonial en favor del enriquecido". La transferencia de dicho valor se produce porque así lo dispone el Derecho cubano. En suma, el Reglamento Roma II no es aplicable para precisar la ley aplicable a este enriquecimiento injusto (arts. 30 y 31 RR-II), de modo que la cuestión debe ser resuelta mediante la aplicación del Código Civil español en su redacción originaria y en su redacción hoy vigente que data de 1974, lo que conduce a la aplicación de la Ley de Cuba.

Señoras y señores, la geopolítica y el Derecho internacional privado forman una inmejorable pareja de ases, pero el resultado de la jugada es incierto, así que *faites vos jeux, place your bets...*!

Legal Materials, 1996, pp. 1322-1334; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales: una aproximación económica", *REDI*, 1995, pp. 11-39; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "El coste de la Ley *Helms-Burton* para las empresas españolas", *Derecho de los Negocios*, Año 7, n° 72, 1996, pp. 13-27.

³⁷ Reglamento (CE) No 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (DOUE L 199 de 31 julio 2007).

PARTICULARIDADES ACERCA DE LA AUTORIDAD JUDICIAL COMPETENTE EN SUPUESTOS DE SUSTRACCIÓN ILÍCITA DE MENORES EN ARAS DEL REGLAMENTO (CE) 2201/ 2003

PECULIARITIES ABOUT JUDICIAL AUTHORITY IN CASE OF INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION FOR THE PURPOSE OF COUNCIL REGULATION (EC) 2201/2003

DAVID CARRIZO AGUADO

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho internacional privado
Universidad de León*

ORCID ID: 0000-0002-9427-287X

Recibido: 06.04.2020 / Aceptado: 04.05.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5611>

Resumen: La mayor parte del conjunto de casos de sustracción internacional de menores son una manifestación trágica y dolorosa de una crisis matrimonial o de pareja. En este marco de actuación, la retención transfronteriza, frente a las situaciones estrictamente internas, posee como elemento distintivo el desplazamiento o traslado del menor a cargo del sustractor con el fin de encontrar un sistema legal de cobertura distinto y más favorable a sus intereses. Para evitar múltiples perjuicios y, con miras a preservar el interés superior del menor, el Reglamento (CE) 2201/2003 blinda la competencia en esta materia a favor de los tribunales de la residencia habitual del menor. Si bien, la gran diversidad de causas que subyacen en el secuestro de menores no deben ser ignoradas a la hora de proponer la solución más adecuada.

Palabras clave: Litigación transnacional, secuestro internacional de menores, residencia habitual, interés superior del menor.

Abstract: Most of the set of international child abduction cases are a tragic and painful manifestation of a marriage or couple crisis. In this framework, cross-border withholding, in the face of strictly internal situations, has as its distinctive element the displacement or transfer of the minor in charge of the abductor in order to find a different legal system of coverage that is more favorable to his interests. To avoid multiple damages and in order to preserve the best interests of the minor, Council Regulation (EC) 2201/2003 shields competition in this matter in favor of the courts of the minor's habitual residence. Although, the great diversity of causes underlying child abduction should not be ignored when proposing the most appropriate solution.

Keywords: Transnational litigation, international child abduction, habitual residence, the best interest of the child.

Sumario: I. Cuestiones introductorias. 1.1. Contextualización. 1.2. Caracteres esenciales: desplazamiento transfronterizo ilícito. II. Marco regulatorio. III. Retrospección del foro de la resi-

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación emergente I+D+i financiado por la Generalitat Valenciana (con referencia GV/2019/118) titulado "La tutela de los derechos en el entorno digital: nuevos retos, desafíos y oportunidades", Investigador Principal José Juan Castelló Pastor del que el autor es miembro del grupo de investigación.

dencia habitual del menor establecido por el Reglamento (CE) 2201/2003. 1. Observación inicial. 2. Perspectiva jurisprudencial –europea y española– con comunicación bidireccional. 3. Límite de maniobra para el juez: acatamiento del principio «favor minoris». IV. Últimas líneas reflexivas.

I. Cuestiones introductorias

1. Contextualización

1. El auge de la globalización ha incrementado el número de asuntos en la jurisdicción de familia en los que existe al menos un elemento internacional¹. De este modo, la creciente movilidad de los ciudadanos dentro de la Unión Europea ha comportado un aumento considerable de familias con dimensión transnacional², en particular, aquellas cuyos miembros presentan diferente nacionalidad o residen en Estados diferentes³.

2. En los litigios con elemento extranjero debe tenerse en cuenta que, cada medida controvertida puede estar sometida a la aplicación en materia competencial de distintos instrumentos internacionales, lo que puede provocar dispersión jurisdiccional del pleito con la consecuencia negativa de multiplicación no solo de las normas aplicables, sino incluso, de los tribunales estatales competentes, pudiendo obligar a los particulares a tener que litigar en países distintos en función de la tutela judicial que se pretenda⁴.

Es más, cada vez el protagonismo de las fuentes de producción institucional es mayor, lo que no obedece al clásico principio de jerarquía normativa sino a la coherencia del sistema jurídico que ha optado por dar un paso más hacia el sistema de la integración jurídica, en ámbitos caracterizados por la globalización en la conformación de las relaciones jurídicas. De esta suerte, en el marco de cesión de la soberanía a favor de las instituciones europeas, se están dando pasos muy importantes en la línea de la potenciación de las libertades comunitarias que principalmente en este ámbito, serían la libre circulación de personas, resoluciones judiciales y el respeto de los derechos fundamentales⁵.

¹ Comienza a constatarse que las relaciones familiares experimentan una creciente internacionalización puesto que la libre circulación de personas conlleva, junto a la dimensión económica, derechos personales; en la sociedad globalizada en la que vivimos son muchos los problemas que afectan a menores (*Vid.* M^a.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “Los avances de la normativa comunitaria en materia de protección de menores” en M. DI FILIPPO / B. CAMPUZANO DÍAZ / A. RODRÍGUEZ BENOT / M^a.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ (coords.), *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas. Verso un diritto internazionale privato europeo: risultati e prospettive*, Universidad de Sevilla, 2008, pp. 151-152). La inmigración de personas procedentes de países con leyes y costumbres muy distintas a las nuestras y, la evolución del concepto de familia en las democracias occidentales ha conllevado la adecuación del Derecho internacional privado de la familia planteándose, por tanto, nuevos retos (*vid.* N. BOUZA I VIDAL, “Los problemas que plantea el Derecho de familia y sucesiones en el Derecho internacional privado” en AA.VV., *Revista La Notaria, 150 anys, 1858-2008*, Editorial Bosch y Colegi Notarial de Catalunya, Barcelona, 2008, pp. 1224 y ss.).

² El Derecho de familia se ha visto afectado en las últimas décadas por los movimientos migratorios y la internacionalización de las relaciones privadas de las personas cuyas vidas se conectan con más de un país. Muchas dificultades se plantean, tales como el tratamiento de instituciones jurídicas extranjeras, la determinación de la ley aplicable al caso concreto o el reconocimiento del estado civil de unos países a otros (*Vid.* C. AZCÁRRAGA MONZÓNIS, “Relaciones familiares internacionales. Nuevos retos en un mundo globalizado”, *El Foro*, n° 15, 2014, pp. 99-116).

³ En este contexto, como pieza clave, condicionante y habilitante de la movilidad de las personas, se encuentra el derecho a la vida familiar que requiere conciliarse con el ejercicio del derecho a circular y a residir en otro Estado. La movilidad transfronteriza de personas requiere una adecuada protección de su derecho a la vida familiar, lo que implica, en consecuencia, la posibilidad de trasladarse y residir con los miembros de la familia en otro Estado (*Vid.* P. JIMÉNEZ BLANCO, “Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado”, *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, n° 35, 2018; M. REQUEJO ISIDRO, “El derecho al respeto a la vida privada y familiar y el secuestro internacional de menores. Los Estados miembros de la UE ante el TEDH: estado de la cuestión”, en J. SOROETA LICERAS, *Anuario de los cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. XVI, 2017, pp. 283-320).

⁴ E. SANTANA PÉREZ, “Experiencias de los tribunales en materia de responsabilidad parental y retención ilícita de menores: algunos retos y cuestiones controvertidas” en C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN (dir.), *Justicia civil en la Unión Europea. Evaluación de la experiencia española y perspectivas de futuro*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 233.

⁵ C. HONORATI, “Sottrazione internazionale dei minori e diritti fondamentali”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 49, n° 1, 2013, pp. 5-42; M. GUZMÁN PECES, “La competencia judicial en materia de nulidad, separación y

3. Evidentemente, los casos de sustracción internacional de menores son un problema social creciente que no se detiene⁶ y, que en múltiples ocasiones, está marcado por el conflicto de civilizaciones. Las peculiares estructuras familiares de sociedades lejanas a las occidentales, como las islámicas, hacen que con frecuencia los tribunales favorezcan en materia de custodia del niño, al padre o madre nacional, propiciando que el progenitor extranjero desplace ilícitamente al menor a su país de origen⁷.

A las tradicionales parejas mixtas entre personas de distinta nacionalidad, se suman hoy aquellas en las que sus integrantes residen en países distintos, la necesidad de desplazarse de un país a otro y, el cambio frecuente de centro de intereses personales, al margen de que vaya unido o no a un traslado del menor⁸.

4. En este contexto, la concurrencia del elemento transnacional genera el supuesto más grave, pues las dificultades para restablecer el *statu quo* anterior son mucho mayores, entre otras cosas porque quien así actúa es normalmente ciudadano del país de refugio y, lo que pretende con su actuación, es crear un fuero artificial para que la contienda sobre la custodia se resuelva conforme a sus intereses. Esta búsqueda de unos tribunales *ad hoc*, favorecedores de las posiciones de los secuestradores, es especialmente dramática en supuestos en los que los progenitores son, no solo de distintas nacionalidades, sino pertenecientes a distintas culturas o civilizaciones⁹.

2. Caracteres esenciales: desplazamiento transfronterizo ilícito

5. Podemos definir el fenómeno de retención transaccional ilícita de un menor como aquella situación en la que uno de los progenitores -el sustractor- sin el consentimiento del otro progenitor -aquel privado del menor- traslada o retiene a su hijo menor de edad desde el Estado donde este reside habitualmente a otro Estado diferente de manera ilícita, esto es, sin estar autorizado para hacerlo¹⁰. Se precisa que exista un efectivo desplazamiento internacional¹¹ que aparte al menor del otro progenitor y, que dicho desplazamiento sea la causa de un efectivo cambio o variación sustancial del *status* del niño.¹²

divorcio; responsabilidad parental y sustracción civil de menores en Derecho internacional privado español” en M. GUZMÁN ZAPATER / M. HERRANZ BALLESTEROS (dirs.), *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos derecho español y de la Unión Europea. Estudio normativo y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 243-244; M. WILDERSPIN, “Derechos fundamentales en materia de derecho de familia: en particular, la sustracción de menores”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, n° 11, 2011, pp. 527-558.

⁶ La libre circulación es una premisa que no se puede obviar, y, no se puede ejercer un control férreo sobre esta cuestión. Lo que sí se puede hacer es garantizar la inmediata restitución del menor al país de su residencia habitual, *vid.* en este sentido, I. LORENTE MARTÍNEZ, “La integración europea en el Derecho de Familia. Sustracción internacional de Menores: el caso Juana Rivas”, *Ars Iuris Salmanticensis: AIS: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, vol. 7, n° 2, 2019, p. 201.

⁷ Si bien, no se puede señalarse como una única causa de este complejo problema, sino que la concatenación de diferentes factores es la que ha propiciado que el número de secuestros internacionales sea muy elevado (Cfr. M^a.P. DIAGO DIAGO, “Secuestro internacional de menores: marco jurídico”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, n° 7, 2001, p. 21).

⁸ No se trata ya de que de forma abrupta se produzca un cambio de residencia al hilo de un traslado ilícito, sino que hay cambios de residencia por motivos profesionales o simplemente vitales que plantean la necesidad de que el niño también la cambie, *vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Traslado ilícito de menores, competencia judicial internacional y orden público”, *La Ley Unión Europea*, n° 33, 2016, versión *on line*.

⁹ Circular 6/2015, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (<https://www.fiscal.es/documents/20142/79c1a677-8c8f-bd7f-304a-0afac6aeeb25>).

¹⁰ La configuración jurídica de la sustracción internacional de menores se construye sobre otras instituciones como la filiación o la custodia, cuya determinación preliminar resulta necesaria a los efectos de concluir si el traslado o la retención ilícitos se han producido efectivamente: *vid.* C. AZCÁRRAGA MONZONÍS / P. QUINZÁ REDONDO, “Sustracción internacional de menores y Convenio de la Haya de 1980. Comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 3ª) núm. 377/2017, de 29 de junio”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 10, n° 2, 2018, p. 800.

¹¹ Ese traslado internacional se utiliza para obtener la aplicación de las normas de Derecho internacional privado favorables para el progenitor que se apodera del niño. De este modo, los progenitores intentan conseguir por la vía de hecho la guarda y custodia que no se les confía de manera legal (*Vid.* I. LORENTE MARTÍNEZ, *Sustracción internacional de menores. Estudio jurisprudencial, práctico y crítico*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 9).

¹² La ilicitud del traslado se identifica con una infracción de los derechos de custodia del menor regulados de conformidad

6. Como es sabido, se reputa ilícito el traslado cuando se realice con infracción de un derecho de custodia atribuido con arreglo al Derecho del Estado en que el menor tenía su residencia antes del traslado¹³. Por este motivo, a la vista del *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980*¹⁴ podrá pedir la restitución no sólo aquel progenitor que tenga un derecho de custodia en sentido estricto, sino también el progenitor que sea titular de un derecho de visitas. Es decir, el concepto «custodia» se corresponde con el derecho a elegir la residencia o domicilio del menor; esta matización, en opinión de ciertos autores, abre el espectro de la casuística a muchos más supuestos¹⁵.

7. A su vez, ha constituido piedra angular en esta materia, la Circular 6/2015 de la Fiscalía General del Estado. Fruto de su análisis, podemos atisbar que es extensa y en general bien fundamentada; de esta manera, en ella se debe encontrar la adecuada acogida en su aplicación práctica, esencialmente por parte de los Fiscales, sobre todo en lo que concierne a la prioritaria asistencia de los mismos a la vista¹⁶.

8. Por tanto, la sustracción que discurre desde la óptica puramente del Derecho internacional privado se produce cuando un progenitor altera deliberadamente la situación jurídica establecida respecto del menor, de manera que cuando lo traslada a otro país irregularmente, inevitablemente, hay un cambio de residencia¹⁷, suponiendo ello una situación compleja para retornar a la situación legal previa¹⁸. En efecto, se trata de una situación transfronteriza en la que el menor se ve implicado y demanda una especial protección jurídica¹⁹.

con la legislación del Estado de residencia habitual del menor: *Vid.* M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “La sustracción internacional de menores en tiempos de Coronavirus: ¿una oportunidad para el progenitor sustractor?”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. extra 12, 2, 2020, p. 648.

¹³ J.J. CASTELLÓ PASTOR, “Excepciones legales al retorno del menor en los supuestos de sustracción internacional”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 10, nº 1, 2018, p. 563.

¹⁴ Instrumento de Ratificación del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 (BOE nº 202, de 24 de agosto de 1987). El número de Partes contratantes del Convenio son 101 a 19 de julio de 2019: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24> En cuanto a los objetivos, características y relación con otros Convenios, *vid.* Informe explicativo de Dña. ELISA PÉREZ VERA: <https://assets.hcch.net/docs/43df3dd9-a2d5-406f-8fdc-80bc423cdd79.pdf>

Una interpretación aislada del Convenio de la Haya de 1980, sin referencia a los tratados aplicables sobre derechos humanos, se ha convertido en una práctica de antaño (*Vid.* M.M. CELIS AGUILAR, “El papel controversial del TEDH en la interpretación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: Especial referencia a los casos Neulinger y Shuruk c. Suiza y X c. Letonia”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 13, 2020, p. 232).

¹⁵ Asimismo, conviene constatar que, no es necesario que exista una previa resolución judicial que otorgue un determinado derecho de guarda o régimen de visitas, ya que lo que verdaderamente se protege es el efectivo ejercicio de un derecho de custodia o régimen de visitas, y con ello, el mantenimiento del *statu quo* del menor, lo cual puede suceder en una mera separación de hecho (*Vid.* M. SERRA MUÑOZ, “La sustracción internacional de menores en España”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 909, 2015, versión *on line*).

¹⁶ Así pues, más que de prioritaria asistencia deberíamos hablar de obligatoriedad que ha de evitar hipotéticos futuros vicios de nulidad en los procesos (*Cfr.* F.J. FORCADA MIRANDA, “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional. La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte II)”, *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, nº 3, 2016, p. 10).

¹⁷ Un cambio de residencia habitual del menor como el que se produce como consecuencia de un secuestro internacional puede otorgar competencia con base en el Reglamento (CE) 2201/2003 a los tribunales de otro Estado miembro para pronunciarse acerca de los derechos de custodia y visita. No obstante, ante el peligro de legalizar una sustracción ilícita se contempla la prórroga de competencia otorgando la misma a los órganos del Estado de la residencia habitual del menor anterior al traslado, *vid.* M. SABIDO RODRÍGUEZ, “La sustracción de menores en derecho internacional privado español: algunas novedades que introduce el Reglamento 2201/03”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 22, 2004, p. 319).

¹⁸ J. MUÑOZ CUESTA, “Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 934, 2017, p. 6.

¹⁹ Se están produciendo muchos casos en los que, bien el padre, o bien la madre de los hijos habidos en el matrimonio en crisis, o en la pareja en crisis, abandonan el domicilio familiar y se marchan a otro lugar. La devolución del menor o del hijo, si se trata de países fuera de la Unión Europea, en los que los derechos y la seguridad jurídica es relativa, se torna muy complicada (*Vid.* M.L. SOTO RODRÍGUEZ, “El secuestro interparental”, *Diario La Ley*, nº 8418, 2014, versión *on line*).

II. Marco regulatorio

9. En sede de competencia judicial internacional, la regulación de la sustracción internacional de menores en la Unión Europea conlleva la aplicación conjunta del *Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000*²⁰ y del *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980*²¹ para la tramitación de la orden de retorno en el Estado al que el menor ha sido trasladado²².

10. Conviene poner de manifiesto que, el Reglamento (CE) 2201/2003 quedará derogado a partir del 1 de agosto de 2022 por el *Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores*²³.

11. A estos dos textos normativos hay que añadir, por un lado, el *Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980*²⁴, el cual posee un papel secunda-

²⁰ DOUE n° 338, de 23 de diciembre de 2003. Se observa que la incorporación de la sustracción internacional de menores en el Reglamento (CE) 2201/2003 ha provocado que se trate de una materia comunitarizada, de forma que los Estados miembros tendrán que contar con una Propuesta de Decisión del Consejo para declarar la aceptación de la adhesión de Estados no miembros al Convenio de la Haya de 1980 en interés de la Comunidad (*Vid.* M. HERRANZ BALLESTEROS, “Los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo ante la protección de los derechos fundamentales en supuestos de sustracción internacional de menores”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n° 44, 2012, versión *on line*). El Reglamento (CE) 2201/2003 no sólo completa la regulación del Convenio de la Haya, sino que la mejora. Así, introduce en materia de competencia judicial internacional foros de competencia que no existían sino implícitamente en el citado Convenio de la Haya (*Vid.* I. REIG FABADO, “El traslado ilícito de menores en la Unión Europea: retorno vs violencia familiar o doméstica”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 10, n° 1, 2018, p. 614).

²¹ Una de las premisas básicas del Convenio es que el debate en torno al fondo del asunto, es decir, el derecho de custodia impugnado, debe iniciarse ante las autoridades competentes del Estado en el que el menor tenía su residencia habitual antes del traslado (*Vid.* F.J. FORCADA MIRANDA, “La creciente complejidad del Derecho internacional de Familia”, *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, n° 106, 2014, pp. 18-19). La finalidad de tal norma no es otra que garantizar la inmediata devolución del menor al Estado de la residencia habitual antes de ser trasladado ilícitamente a otro Estado parte. Ahora bien, este objetivo podría implicar que los intereses de los menores se vean quebrantados si la obligatoriedad impuesta por esta norma llegara a suponer a corto o largo plazo consecuencias perjudiciales para el menor (*Vid.* G. MORENO CORDERO, “Las medidas de protección como garantía para un retorno seguro del menor sustraído o retenido ilícitamente: tensiones entre el grave riesgo y el interés superior del menor” en M^a.C. GARCÍA GARNICA / N. MARCHAL ESCALONA (dirs.), A. QUESADA PÁEZ / G. MORENO CORDERO (coords.), *Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, p. 632).

²² Tanto la restitución como el retorno constituyen actuaciones que pueden realizarse individualmente, al término del proceso de sustracción, con independencia de la probable complementariedad de ambas en un momento ulterior (*Vid.* S. CALAZA LÓPEZ, “El nuevo régimen jurídico de la sustracción internacional de menores”, *Diario La Ley*, n° 8564, 2015, versión *on line*).

²³ DOUE L 178/1, de 2 de julio de 2019. El nuevo texto del Reglamento 1111 es mucho más claro por lo que respecta a la relación entre instrumentos normativos. Contiene un precepto, el artículo 96, que claramente estipula que los traslados y retenciones ilícitos intracomunitarios seguirán rigiéndose por el Convenio de La Haya de 1980. Dicho precepto indica adicionalmente que los capítulos III y IV del Reglamento contienen disposiciones que completan a las del Convenio. Vale la pena resaltar que el nuevo Reglamento establece que las decisiones ejecutivas dictadas en un Estado de la Unión se ejecutan en los demás Estados sin declaración previa de ejecutividad: *vid.* el magnífico estudio de la novísima regulación en materia de sustracción internacional de menores en, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La sustracción de menores en el nuevo Reglamento 2019/1111” en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ / R. ARENAS GARCÍA / P. A. DE MIGUEL ASENSIO / S. SÁNCHEZ LORENZO / G. STAMPA CASAS (eds.), *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho. Homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2020, pp. 383-398.

²⁴ Instrumento de ratificación de 9 de mayo de 1984 (BOE. n° 210, de 1 de septiembre de 1984). El reglamento destaca la esencialidad de la audiencia del menor en el proceso de restitución, *vid.* F. DE PAULA PUIG BLANES, “Aproximación al tratamiento de la sustracción internacional de menores en el Reglamento UE 2019/1111”, *Actualidad Civil*, núm. 4, 2020. Con relación a la ejecución, la principal novedad del Reglamento (UE) 2019/1111 es la eliminación general del exequátur, aunque ello no suponga la unificación de la ejecución de todo tipo de resoluciones. Antes, al contrario, se sigue concediendo un régimen privilegiado a determinadas resoluciones relativas al derecho de visita y a la restitución del menor. Por tanto, sigue siendo necesario diferenciar entre el sistema ordinario de ejecución y el privilegiado: *vid.* PARDO IRANZO, V., “Responsabilidad parental y sustracción internacional de menores: la ejecución en el nuevo Reglamento 2019/1111”, *Diario La Ley*, núm. 9629, 2020, versión *on line*.

rio, tanto por el contenido concreto de sus soluciones, cuanto por el número de Estados contratantes que se encuentran vinculados por sus disposiciones²⁵. Esta norma tiene como fin la lucha contra la sustracción ilícita a través del exequatur. Funciona del siguiente modo: cuando se ha infringido una sentencia que atribuye la custodia o el derecho de visita a ciertas personas, tales personas pueden instar en el país donde se encuentre el menor, el exequatur de la sentencia que establece el régimen de custodia o visita del menor. Logrado dicho exequatur, la sentencia o pronunciamiento judicial se ejecutará en el país donde se halla el menor, de modo que se puede ordenar el retorno del mismo al país desde donde fue ilícitamente trasladado²⁶. Por otro, el *Convenio entre el Reino de España y el de Marruecos en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997*²⁷. En dicho texto, el criterio de la nacionalidad juega un papel importante, pues a tenor de su artículo 2 se aplicará a todo menor de dieciséis años no emancipado que posea la nacionalidad de uno de los dos Estados firmantes²⁸.

12. Todas estas normas aspiran, en definitiva, a potenciar el regreso inmediato del menor que, en último término, suponga la satisfacción del interés superior de este, con el cumplimiento de las máximas garantías y en defensa de sus derechos más fundamentales²⁹. Sin embargo, un consolidado sector doctrinal estima que, los instrumentos jurídicos sobre sustracción internacional de menores, tan necesarios y relevantes para evitar estos desplazamientos, corren el riesgo de dar lugar a situaciones materialmente injustas para el menor sustraído, si en su texto y aplicación no se atiende al contexto y a la realidad que comporta la violencia de género³⁰.

13. Así las cosas, en esta contribución solo se analizará aquellos aspectos más destacados, en lo que respecta a la determinación de autoridades judiciales competentes, en base a lo regulado por el Reglamento (CE) 2201/2003 prestando especial focalización al foro de la residencia habitual del menor ante la inquietante situación del secuestro del menor en el marco privado internacional.

²⁵ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Desplazamiento internacional de menores, procedimiento de retorno y tutela judicial efectiva”, *Derecho privado y Constitución*, n° 16, 2002, p. 61.

²⁶ A-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores” en A-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, 18ª ed., vol. II, Comares, Granada, 2018, pp. 491-492.

²⁷ BOE n° 150, de 24 de junio de 1997. Entrada en vigor del Convenio (BOE n° 151, de 25 de junio de 1999).

²⁸ E. PÍAS GARCÍA, “Los Convenios de la Haya, Luxemburgo y Bilateral con Marruecos” en AA.VV., *I Congreso jurídico sobre traslado ilícito de menores*, Asociación para la recuperación de niños sacados de su país, Zaragoza, 2001, p. 69. Es de lamentar que el primer tratado bilateral específico concluido por España no se haya configurado como convenio doble, pues solo controla la competencia del tribunal de origen en el supuesto de que se trate de una resolución dictada en ausencia del demandado o de su representante legal (Cfr. M. MOYA ESCUDERO, *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, Comares, Granada, 1998, p. 203-204).

²⁹ Debe entenderse que todas las medidas adoptadas por los jueces deben estar enfocadas a tramitar un regreso rápido del menor desde nuestro país, tanto cuando está aquí retenido ilícitamente, como cuando lo está en otro Estado miembro y las autoridades españolas ordenan su regreso a España (en cuanto Estado miembro de residencia habitual del menor antes de su traslado ilícito). En cambio, cuando el menor deba regresar a nuestro país desde otro Estado miembro en el que el menor está retenido ilícitamente, el regreso se llevará con arreglo a las medidas fijadas por su normativa interna, de ahí la importancia de la cooperación interestatal para que, en todo caso, el regreso del menor se lleve con éxito y con salvaguarda de su interés (Vid. R. ESPINOSA CALABUIG, “Traslado o retención ilícitos de menores tras la reforma de 2015: rapidez, especialización y... algunas ausencias”, *Revista española de derecho internacional*, vol. 68, n° 2, 2016, p. 350 y p. 352). Reflejo práctico de este planteamiento lo hallamos en la SAP de Tarragona, de 16 de diciembre de 2019 (ES:APT:2019:1683), en la que el menor ha permanecido dos años en Rumanía, donde se encuentra escolarizado y sin duda integrado en la vida del país de residencia, por lo que la atribución de la guarda al padre, pese a encontrarse éste en situación de atenderle y procurarle los cuidados y atenciones que precisa su hijo, se presenta como contraria a los intereses del menor, acostumbrado a vivir con su madre, en otro país, en otro entorno, y con cuyos vínculos afectivos se habrán visto sin duda reforzados durante estos años.

³⁰ C. RUÍZ SUTIL, “El menor sustraído ilícitamente en contextos internacionales de violencia machista” en Mª.C. GARCÍA GARNICA / N. MARCHAL ESCALONA (dirs.), A. QUESADA PÁEZ / G. MORENO CORDERO (coords.), *Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, p. 632; M. REQUEJO ISIDRO, “Secuestro de menores y violencia doméstica en la Unión Europea”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, n° 6, 2006, pp. 179-194 E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Sustracción internacional de menores en casos de violencia familiar”, en M.S. QUICIOS MOLINA / S. ÁLVAREZ MEDINA (dirs.), *El derecho frente a la violencia dentro de la familia: un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2019, pp. 233-254.

III. Retrospección del foro de la residencia habitual del menor establecido por el Reglamento (CE) 2201/2003

1. Observación inicial

14. El traslado del menor a fin de que permanezca en otro Estado con el consentimiento de ambos progenitores implicará la modificación de su residencia habitual y, en consecuencia, el cambio de las autoridades que serán competentes en su caso para decidir las cuestiones relativas al menor. Cuando el traslado del domicilio se produce con el acuerdo de ambos progenitores, la decisión parece adoptarse en un contexto en el que no hay crisis familiar y, por tanto, son asuntos que no plantean controversia jurídica. Son las situaciones de declive familiar las que, sin duda, suscitan los contratiempos más importantes cuando se trata de decidir uno de los elementos más importantes en la vida de un menor: el lugar de su domicilio y, sobre todo, cuando supone determinar si este ha de situarse en un Estado, a veces muy alejado, en todos los sentidos, de aquel en el que tiene su residencia habitual³¹.

15. El Reglamento (CE) 2201/2003 incluye en su articulado una serie de preceptos dedicados al desplazamiento ilícito de menores bajo las rúbricas «Competencia en caso de sustracción de menores», artículo 10, y «Restitución del menor», artículo 11³². Dicha norma europea³³ ofrece un abanico de foros de competencia que tienen en su punto de mira el interés superior del menor³⁴ y el principio de proximi-

³¹ Cfr. M. HERRANZ BALLESTEROS, “Análisis del consentimiento del progenitor al desplazamiento o la retención del menor en un estado distinto al de su residencia habitual. Su interpretación en el auto de la Audiencia Provincial Barcelona (Sección 18ª) de 27 de noviembre”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 11, nº 2, 2019, p. 648. De conformidad con la SAP de Murcia, de 23 de enero de 2020 (ES:APMU:2020:281), el cambio de residencia de la menor a Ucrania se produjo por decisión unilateral del padre sin consentimiento expreso de la progenitora materna que aunque conocía la voluntad e interés del padre al respecto, no asintió en ningún momento dicho traslado, cuya ejecución y efectividad le fue ocultada totalmente.

Hay que subrayar que, el Convenio de la Haya no es Convenio de custodia, sino de restitución, por lo que la resolución que deba ordenar la restitución se limita a acordar la devolución del menor al país en donde residía habitualmente para que sean las autoridades competentes las que, en su caso, decidan sobre la custodia. No se trata por tanto de valorar la situación actual en la que se encuentran los menores para decidir con cuál de los progenitores deben convivir: vid. SAP de Valencia, de 29 de junio de 2020 (ES:APV:2020:1719). ES:APV:2020:1719).

³² Todo esquema del artículo 10 Reglamento (CE) 2201/2003 debe interpretarse a partir de tres líneas esenciales: la primera es el establecimiento de un sistema completo de competencia judicial internacional distribuido entre los tribunales del Estado de la residencia habitual anterior y los tribunales de la sustracción. La segunda es la ausencia de automatismo entre el cambio de residencia habitual y la asunción de competencia judicial internacionales por los tribunales de la nueva residencia. Y la tercera, es la desvinculación entre la decisión de no restitución y competencia judicial internacional de los tribunales de la sustracción. Estas tres líneas inciden claramente sobre la posible tendencia a utilizar el foro de la residencia habitual a efectos de la calificación de los traslados ilícitos (Cfr. P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 150-151).

³³ El Reglamento (CE) 2201/2003 refuerza la competencia de las autoridades del Estado miembro de la residencia del niño anterior al traslado ilícito, llegando a establecer que, si se dicta un no retorno en el Estado miembro al que el niño fue trasladado, se ha de transmitir a las autoridades del Estado de la residencia anterior una copia de la resolución judicial de no restitución a fin de que pueda sustanciarse en dicho foro la cuestión de la custodia del menor (artículo 11.6). Si finalmente en el marco del proceso de custodia se decidiera el retorno del niño, tal decisión prevalecería sobre la dictada en el marco del procedimiento sobre la sustracción (artículo 11.8), vid. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La aplicación en España del Reglamento 2201/2003 en materia matrimonial y sobre la responsabilidad parental: señales de alarma”, *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 110, nº 3, 2011, p. 7.

³⁴ El interés superior del menor, como un concepto jurídico indeterminado, presenta ventajas e inconvenientes: en lo que respecta al aspecto positivo se debe resaltar el hecho de que ofrece la posibilidad de adaptar el problema en cuestión al caso específico que se pretende resolver, contexto que no impone al operador la obligación de actuar bajo parámetros determinados. No obstante, el aspecto negativo radica en la sujeción de la determinación a criterio del intérprete, lo que induce a que la solución se realice desde una perspectiva muy subjetiva, extremo que se traduce en la existencia de inseguridad jurídica (Vid. J.C. BARTOLOMÉ CENZANO, “Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, nº 3, 2012, pp. 51-53). Se debe buscar el significado más nítido posible de lo que la locución quiere expresar, salvo que queramos que quede relegada a una mera fórmula carente de contenido y de verdadero significado jurídico; en realidad, la aclaración del concepto y de su cabal sentido resulta imprescindible en nuestro Derecho, toda vez que tanto la doctrina como la jurisprudencia, a pesar de su reiterada utilización, las más de las veces parecen dar vueltas sobre una idea intuitiva, que en muchas ocasiones sirve para justificar la solución que parece “justa” en el caso concreto, en lugar de mostrar su exacto valor jurídico (Cfr. Mª.P. GARCÍA RUBIO, “Aproximación al significado, contenido y alcance del interés del menor” en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ / R. ARENAS GARCÍA / P. A. DE MIGUEL ASENSIO / S. SÁNCHEZ LORENZO / G. STAMPA CASAS (eds.), *Relaciones*

dad³⁵. La pretensión del legislador europeo es dejar de centrar la atención en los progenitores para poner todo el énfasis en la protección de los menores³⁶.

16. De esta suerte, la norma objeto de análisis³⁷ otorga un destacado papel procesal al menor siendo la residencia habitual el criterio de determinación de foros competenciales³⁸, de modo que, el principal factor vinculante de la norma comunitaria es la localización de aquella³⁹.

En consecuencia, la residencia habitual del menor es el eje gravitatorio del sistema que decide la competencia judicial internacional, además del carácter lícito o ilícito del traslado o la retención y, en último término, y en función de su concreción o modificación si se producirá finalmente o no el retorno inmediato del menor⁴⁰.

2. Perspectiva jurisprudencial -europea y española- con comunicación bidireccional

17. Resulta preciso poner de manifiesto que, la interpretación del concepto de residencia habitual es objeto de polémica⁴¹ pues ha tenido que ser resuelta en atención a las circunstancias concretas que

transfronterizas, globalización y derecho. Homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2020, pp. 1075-1090). Como concepto jurídico indeterminado no debe olvidarse que, existe siempre en el mismo un núcleo o zona de certeza en su concreción, *vid.* A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “Aproximación al interés superior del menor en el derecho internacional privado español”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 50, núm. 151, 2018, p. 122.

³⁵ El artículo 15 Reglamento (CE) 2201/2003 es una excepción al resto de las normas de competencia del Reglamento; se refiere a un tribunal mejor situado que no es uno de los que ya pueden ser competentes; y singularmente no lo es el de la residencia habitual del menor (*Vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “De nuevo sobre la interpretación y alcance del artículo 15 del Reglamento Bruselas II bis. (Una alternativa efímera a la STJ de 4 de octubre de 2018)”, *La Ley Unión Europea*, nº 66, 2019, versión *on line*).

³⁶ Su condición de parte débil ha contribuido a sensibilizar los distintos contextos jurídicos; por esta razón, la regulación material que cada ordenamiento dedica a las relaciones entre padres e hijos se enmarcan en la protección del menor (*Vid.* M^a.P. DIAGO DIAGO, “La mundialización y las relaciones jurídicas entre padres e hijos” en A-L. CALVO CARAVACA / J.L. IRIARTE ÁNGEL (eds.), *Mundialización y familia*, Colex, Madrid, 2001, p. 143).

³⁷ La complejidad del modelo empleado por el Reglamento (CE) 2201/2003 quedará justificada si contribuye efectivamente a una rápida y mejor solución del secuestro internacional de menores en la UE (*Vid.* B. CAMPUZANO DÍAZ, “La política legislativa de la UE en DIPr de familia. Una valoración de conjunto”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 5, nº 2, 2013, p. 255).

³⁸ S. ORTIZ HERRERA, “Tratamiento de la responsabilidad parental en el Reglamento 2201/2003: un avance hacia la integración y armonización del derecho civil en Europa”, *RDUNED. Revista de derecho UNED*, nº 3, 2008, pp. 191-192 M. GONZÁLEZ MARI-MÓN, “Un paso más en el proceso de armonización del Derecho Privado Europeo: la concreción por el TJUE del concepto de residencia habitual del menor recogido en el Reglamento Bruselas II bis”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 30, 2020, pp. 470-495.

³⁹ La residencia habitual juega un papel fundamental en los Reglamentos de la Unión Europea y en los Convenios internacionales en los que participa la Unión Europea, ya sea directamente o a través de sus Estados miembros. Sin embargo, con el fin de preservar su carácter fáctico se ha optado por no definir este concepto, dejando que sean las autoridades encargadas de aplicar cada norma las que lo concreten en función de las circunstancias del caso (*Vid.* B. CAMPUZANO DÍAZ, “Una nueva sentencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento 2201/2003: sentencia de 17 de octubre de 2018, UD y XB, AS. 393/18 PPU”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 11, nº 2, 2019, p. 466; C. MARÍN PEDREÑO, *Sustracción internacional de menores y proceso legal para la restitución del menor*, Editorial Ley 57, Málaga, 2015, p. 25).

⁴⁰ Piénsese que este elemento fundamenta la demanda de restitución por cuanto esta solo prosperará si el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes del traslado o la retención ilícitos en el Estado donde se presenta (*Cfr.* I. REIG FABADO, “La construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 11, nº 1, 2019, p. 887). La preferencia por la residencia habitual de la persona responde a la idea de “integración social”. Además, constituye un criterio dotado de un aceptable nivel de estabilidad jurídica, pues la Ley aplicable no cambia, aunque las personas viajen por el mundo, trasladen temporalmente su residencia a otro país, o cambien de nacionalidad. Igualmente, es fácilmente comprobable por las autoridades y por terceros, dejando al margen casos difíciles que siempre surgen, *vid.* excelentes reflexiones de A-L. CALVO CARAVACA, “El Derecho internacional privado de la Unión Europea. Valores y principios regulativos”, *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*, Vol. XV, núm. 1, 2020, pp. 22-23.

⁴¹ En sede de Ley aplicable, la utilización del criterio de la residencia habitual ofrece *a priori* dos ventajas. Por una parte, permite obviar las complicaciones derivadas de la conservación de la nacionalidad extranjera en el Estado de acogida o de la adquisición de la nacionalidad de éste. Y ello porque, por otra parte, esta conexión contiene un matiz de mayor igualdad en orden a la designación del ordenamiento aplicable por cuanto somete a todos los residentes habitualmente en un Estado (nacionales y extranjeros) al mismo sistema jurídico lo que implica, en definitiva, su integración -al menos formal- en la sociedad de acogida. Por tanto, se puede afirmar que las normas europeas en el vasto campo del Derecho de familia se sustentan en la

concurrían en diversos asuntos planteados ante los juzgados y tribunales⁴². De este modo, la residencia habitual es una “noción fáctica”⁴³.

18. Sobre esta cuestión, es interesante resaltar la variación que se ha producido respecto de la noción de residencia habitual en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁴⁴. No cabe duda que, el tinte que impregna tal parámetro se sustenta en el lugar en el que el menor tenga una cierta integración social y familiar.

En tal sentido, el Tribunal de Justicia europeo ha declarado que, además de la presencia física del menor en un Estado miembro⁴⁵, deben tenerse en cuenta otros factores que indiquen que dicha presencia no tiene en absoluto carácter temporal u ocasional⁴⁶. Inclusive, el Tribunal de Luxemburgo entendemos que presta cierta atención al valorar que la determinación de la residencia habitual de un menor en un Estado miembro específico requiere, como mínimo, que el menor haya estado físicamente presente en ese Estado miembro⁴⁷. Conviene evocar que, cuando no se da la presencia física del propio

utilización de la residencia habitual en detrimento de la nacionalidad (*Vid.* A. RODRÍGUEZ BENOT, “El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho Internacional Privado”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 2, n° 1, 2010, p. 193 y p. 198).

⁴² Como muy bien apunta la doctrina especializada, se desprende la relevancia de establecer una conveniente definición, pues cada instrumento legal emplea un concepto de residencia habitual autónomo y propio y que tampoco ha sido interpretado de manera coincidente por la jurisprudencia. *Vid.* M^a.C. CHÉLIZ INGLÉS, *La sustracción internacional de menores y la mediación. Retos y vías prácticas de solución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 44-46. Existen autores que abogan por establecer un concepto de residencia habitual con perfiles europeos en los supuestos en los que la residencia habitual de las partes no es única y puede desarrollarse en diversos estados de la Unión Europea (*Vid.* A. DEL SER LÓPEZ / D. CARRIZO AGUADO, “Reglas de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental: análisis del foro de la “residencia habitual del menor” y estudio de la «competencia residual»”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, n° 10, 2019, p. 67; L.A. PÉREZ MARTÍN, “Determinación y trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares internacionales” en M. GUZMÁN ZAPATER / M. HERRANZ BALLESTEROS (dirs.), *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos derecho español y de la Unión Europea. Estudio normativo y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 959). La conceptualización de dicho término ha sido orquestada por el Tribunal de Justicia de la Unión, *vid.* J.M. DE LA ROSA CORTINA, *Sustracción parental de menores. Aspectos civiles, penales, procesales e internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 200.

⁴³ El menor se convierte en el centro del proceso, por eso, el foro de la residencia habitual del menor en un Estado miembro desarrolla una idea de litigación económica o economía procesal-jurisdiccional (*Cfr.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Litigación internacional, responsabilidad parental y foro de la residencia habitual del menor en un estado miembro. Un estudio jurisprudencial” en M^a.A. CEBRIÁN SALVAT / I. LORENTE MARTÍNEZ (dirs.), *Protección de menores y derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2019, pp. 322-323).

⁴⁴ En cualquier caso, una idea que permanece inalterable es en aquellos supuestos en los que no se considera de ninguna forma la decisión y voluntad de los padres a la hora de fijar la residencia. Como muestra de la evolución que se ha producido en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en su STJUE de 2 de abril de 2009, asunto C-523/07, *A* (EU:C:2009:225) el juez europeo afirmó que la residencia habitual de un menor, en el sentido del apartado 1 del artículo 8 Reglamento (CE) 2201/2003, debe determinarse sobre la base de un conjunto de circunstancias de hecho que son particulares en cada caso. En dicho asunto, el menor había sido desplazado por sus padres de un Estado miembro a otro y, poco después, se había asumido su guarda. Igualmente, en la STJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto C-497/10 PPU, *Mercredi* (ECLI:EU:C:2010:829) el Tribunal reiteró que la residencia de un lactante de dos meses corresponde al lugar que revela una cierta integración del menor en un entorno social y familiar.

⁴⁵ Por el hecho de que el menor no disponga de una residencia habitual debido a la falta de presencia física en un Estado miembro, ni la existencia de órganos jurisdiccionales de un Estado miembro mejor situados para conocer de los asuntos de ese menor aun cuando este no haya residido nunca en ese Estado, permitirán determinar la residencia habitual del menor en un Estado miembro en el que nunca ha estado presente: STJUE de 17 de octubre de 2018, asunto C-393/18 PPU, *UD* (EU:C:2018:835). Un notable estudio del mismo, *vid.* L.A. PÉREZ MARTÍN, “Residencia habitual de los menores y vulneración de derechos fundamentales. Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 2018, asunto C-393/18, PPU”, *La Ley Unión Europea*, n° 66, 2019.

⁴⁶ Entre esos factores figuran la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la permanencia del menor en el territorio de un Estado miembro y la nacionalidad del menor: *Vid.* STJUE de 2 de abril de 2009, asunto C-523/07, *A* (EU:C:2009:225). Si bien, las causas pertinentes varían en función de la edad del menor: *Vid.* STJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto C-497/10 PPU, *Mercredi* (EU:C:2010:829).

⁴⁷ STJUE de febrero de 2017, asunto C-499/15, *W y V* (EU:C:2017:118). En torno al mismo, *vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Competencia judicial internacional para la modificación de sentencia en materia de responsabilidad parental y de obligaciones alimenticias. STJUE de 15 de febrero de 2017, asunto C-499/15: *W y V*”, *La Ley Unión Europea*, n° 47, 2017; E. VIGANOTTI, “La notion de “résidence habituelle” de l’enfant selon la CJUE”, *Gazette du Palais*, n° 40, 2018 pp. 24-26; L. IDOT, “Compétence en matière de responsabilité parentale”, *Europe*, n° 12, 2018, pp. 43-44.

menor en el Estado miembro de que se trate, no se puede conceder una importancia preponderante, para la interpretación del concepto de «residencia habitual», a circunstancias como la intención del progenitor que asume de hecho la guarda del menor o la eventual residencia habitual de uno u otro progenitor en dicho Estado miembro, en perjuicio de consideraciones geográficas objetivas, so pena de pasar por alto la intención del legislador de la Unión⁴⁸.

A pesar de todo esto, en aquellos supuestos en los que el menor se encontraba en un Estado diferente con anterioridad al traslado o retención ilícita, el «centro social de vida» será el determinante para su enmarcación como residencia habitual⁴⁹.

19. A nivel interno, entre los últimos pronunciamientos analizados, los jueces españoles prestan atención a cuestiones tales como, el arraigo del menor, sus costumbres, hábitos, colegio, amigos...⁵⁰. También, situaciones como el alta en el sistema nacional de salud, el centro donde ha cursado sus estudios antes de la sustracción e incluso donde está matriculado en el momento de autos⁵¹. De manera exhaustiva, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de noviembre de 2019 (ES:APB:2019:13677) el juez pondera elementos subjetivos de la menor: ...está feliz y encantada con todas las actividades que hace en la escuela, se despidе del adulto con ganas de compartir momentos con todos los compañeros, con los que es muy cariñosa, en las actividades participa siempre, es sociable, divertida, simpática y cariñosa y ofrece una actitud muy positiva. En cambio, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 5 de julio de 2019 (ES:APC:2019:1546) la situación de permanencia y de convivencia de ambos progenitores en Bélgica desde años antes del nacimiento de la menor es lo que determina su residencia habitual en el momento del traslado a España. Sugerente deviene la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 13 de diciembre de 2019 (ES:APGI:2019:1950) en la que con pleno conocimiento y anuencia del progenitor varón, ambos menores residen en el Reino Unido junto a la madre donde desarrollan su vida con normalidad, incluyendo que en ese país reciben las visitas de su padre cada dos o tres semanas. Ambos progenitores pactan que solo estarán en España en el periodo de vacaciones con el motivo de estar con el padre. Si bien, en el último verano el padre no retorna a los menores al Reino Unido con motivo de la imputación a la progenitora de desatención y dejadez en relación al cuidado de los menores, malos hábitos higiénicos, problemas en la boca, suciedad, desorden... Inteligentemente, la madre acredita que los menores están inscritos en un Centro de Salud del Reino Unido, que permanecen escolarizados y obtienen buenos resultados académicos; además, aporta informes de los médicos que atienden a los menores en los que se avala esta posición. Por si fuera poco, respalda su argumentación con la existencia de una resolución del Tribunal de Familia de Preston, localidad del Reino Unido donde residen, en la que se manifiesta competente jurisdiccionalmente dicho órgano por tener los menores su residencia habitual en Reino Unido.

20. A la postre de lo referido hasta el momento, sin duda alguna, la determinación del lugar de residencia habitual del menor dependerá de las circunstancias propias de cada supuesto⁵². Empero,

⁴⁸ STJUE de 28 de junio de 2018, asunto C-512/17, *HR* (EU:C:2018:513). Al respecto, *vid.* P. GRUBER, “Der gewöhnliche Aufenthalt von Säuglingen und Kleinkindern (zu EuGH, 28.6.2018, - C-512/17, unten S. 248, Nr. 21)”, *IPRax: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, vol. 39, n° 3, 2019 pp. 217-221.

⁴⁹ *Vid.* en este sentido, C.M^a. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *La sustracción de menores en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2010, p. 47.

⁵⁰ SAP de Segovia de 5 de diciembre de 2019 (ES:APSG:2019:723).

⁵¹ Estos fundamentos clarifican que el menor estaba integrado en el Reino Unido, a pesar de que la madre sustractora empujó al menor, pero sagazmente, el juez competente estimó una alteración del concepto autónomo de residencia habitual: *Vid.* SAP de Palencia de 20 de abril de 2018 (ES:APP:2018:217).

⁵² *Exempli gratia*, en la STJUE de 8 de junio de 2017, asunto C-111/17, *OL y PQ* (ECLI:EU:C:2017:436) la menor nació en un determinado Estado miembro por voluntad común de sus padres y que, inmediatamente antes de la retención alegada, había permanecido en dicho Estado durante cinco meses consecutivos con su madre, en el seno de la familia paterna de ésta, sin haber abandonado nunca el territorio de ese Estado. En tales circunstancias, adoptar como criterio preponderante la intención inicial de los progenitores de que la madre regresase acompañada de la menor a un segundo Estado miembro, que era el de la residencia habitual de aquéllos antes del nacimiento de la menor, estableciendo con ello de hecho una regla general y abstracta de que la residencia habitual de un lactante es necesariamente la de sus padres, iría más allá de los límites del concepto de

ciertos criterios meramente formales podrán ser tomados en consideración para determinar el lugar de residencia habitual del menor, pero sólo en la medida en la que reflejen una auténtica residencia habitual basada en una integración real del mismo en una concreta sociedad estatal⁵³.

Así las cosas, hay autores que entienden que mantener la competencia a favor de los tribunales de la residencia habitual del menor puede parecer proteger al titular del derecho de visita, pero, sin duda, a quien beneficia es al menor que verá más fácilmente materializado su derecho a mantener un contacto con ese titular del derecho de visita⁵⁴.

21. Incluso, el poder legislativo europeo ha decidido reforzar el mecanismo de la restitución entre los Estados miembros⁵⁵, incorporando una obligación de retorno [artículo 11.4 Reglamento (CE) 2201/2003] así como un mecanismo de “última palabra” [artículos 11.6 a 11.8 Reglamento (CE) 2201/2003]. Este último supone que, una vez decidido por las autoridades del Estado a donde ha sido trasladado o retenido el menor que este no debe volver al Estado de su residencia habitual, la autoridad del Estado de su residencia habitual previa al traslado o retención puede decidir sobre la custodia del menor, adoptando una medida que suponga su retorno⁵⁶. Es decir, se permite que el tribunal de la residencia habitual del menor tenga la última decisión y pueda revisar la adoptada por el tribunal de otro Estado miembro donde se encuentra el niño⁵⁷.

22. Dada la necesidad de asegurar la protección del interés superior del menor, escollo que será examinado en el siguiente apartado, al evaluar todas las circunstancias específicas de cada caso, cuando el traslado del menor ha tenido lugar conforme a una resolución judicial ejecutiva provisional, que fue revocada *a posteriori* por una resolución judicial que fijaba la residencia del menor en el domicilio del progenitor que permanece en el Estado miembro de origen, el órgano jurisdiccional del Estado miembro al que fue trasladado el menor, debe comprobar, si el menor aún tenía su residencia habitual en el Estado miembro de origen inmediatamente antes de la retención ilícita. En esa evaluación se debe tener en cuenta el hecho de que la resolución judicial que autorizaba el traslado podía ser ejecutada provisionalmente y resultar recurrida en apelación⁵⁸.

«residencia habitual», en el sentido del Reglamento (CE) 2201/2003, y sería contrario a la lógica interna, a la eficacia y a la finalidad del procedimiento de restitución.

⁵³ Las inscripciones registrales o en el padrón municipal de habitantes no presentan, por sí solas, ningún valor material que revele una residencia habitual con el país del que se trate, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Litigación internacional, responsabilidad parental y foro de la residencia habitual del menor en un estado miembro. Un estudio jurisprudencial” en M^a.A. CEBRIÁN SALVAT / I. LORENTE MARTÍNEZ (dirs.), *Protección de menores y derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2019, pp. 307-323.

⁵⁴ P. MAESTRE CASAS, “Sustracción y restitución internacional de menores” en E. LLAMAS POMBO (coord.), *Nuevos conflictos del Derecho de familia*, Wolters Kluwer, Madrid, 2009, p. 520.

⁵⁵ C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN / C.I. CORDERO ÁLVAREZ, *Protection of abducting mothers in return proceedings: intersection between domestic violence and parental child abduction*, POAM Project, January 2020, Spanish National Report, 2020, pp. 10-11: https://research.abdn.ac.uk/wp-content/uploads/sites/15/2020/02/National-report_Spain.pdf. La regla general es la inmediata restitución del menor al Estado de su residencia habitual y así restaurar el *status quo* anterior a la sustracción tan pronto como sea posible con el fin de evitar los efectos dañinos del traslado o retención ilícita en su interés superior y la excepción es la no restitución: *vid.* N. GONZÁLEZ MARTÍN, “Mediación ante el “grave riesgo” en la sustracción internacional parental de menores”, en M.S. QUICIOS MOLINA / S. ÁLVAREZ MEDINA (dirs.), *El derecho frente a la violencia dentro de la familia: un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2019, p. 257.

⁵⁶ Es importante conseguir procesos nacionales de restitución más rápidos, con explícitas y más estrictas previsiones legales que aseguren que las peticiones de retorno se procesan de modo urgente en todas las instancias y en la fase de ejecución, se han de establecer mejores medidas de protección provisionales que aseguren el retorno del menor y, en su caso, del acompañante, y debe haber regulación de específicas medidas relativas a los procesos de ejecución de órdenes de retorno con límites legales y con la promoción del cumplimiento voluntario, *vid.* al respecto, F.J. FORCADA MIRANDA, “Carencias, necesidades y conflictos de la sustracción internacional de menores y el novedoso marco legal español”, *Revista española de derecho internacional*, vol. 68, n° 2, 2016, p. 340; N. MALLANDRICH MIRET, “El procedimiento de restitución o retorno de menores ilícitamente sustraídos en la LEC”, *Justicia: revista de derecho procesal*, n° 1, 2019, pp. 267-320.

⁵⁷ E. RODRÍGUEZ PINEAU, “La oposición al retorno del menor secuestrado: movimientos en Bruselas y La Haya”, *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, n° 35, 2018, p. 69.

⁵⁸ STJUE de 9 de octubre de 2014, asunto C376/14 PPU, *C y M* (EU:C:2014:2268). La determinación del interés superior del niño no es, pues, fruto de una apreciación subjetiva y discrecional, sino de la aplicación reglada al caso concreto de un

De igual modo, la sustracción ilícita de un menor no debería, en principio, tener la consecuencia de transferir la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes de su traslado a los del Estado miembro al que el menor ha sido trasladado⁵⁹. Con todo, por regla general la competencia judicial internacional para conocer del fondo del asunto es conservada por los tribunales del país de origen, siendo excepcional la pérdida de dicha competencia en favor de los tribunales del país de la sustracción⁶⁰.

23. En definitiva, son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la residencia habitual del menor los que se encuentran en mejor situación para conocer de cualquier pretensión relativa a la responsabilidad parental, más aún en supuestos tan sensibles como el traslado y retención ilícitos de un menor⁶¹. Es decir, la proximidad será el elemento que garantice el interés superior del menor⁶². Sin lugar a dudas, la preferencia del legislador europeo por el criterio «residencia habitual del menor» como factor para precisar la competencia judicial internacional constituye un acierto de política jurídica, pues refuerza, potencia y preserva el principio *favor minoris* en el cambiante y líquido escenario jurídico internacional⁶³.

3. Límite de maniobra para el juez: acatamiento del principio «favor minoris»

24. A este respecto, debe entenderse que, el concepto de «residencia habitual», en el marco del Reglamento (CE) 2201/2003, ha de ser interpretado en función del interés superior del menor⁶⁴

concepto jurídico indeterminado, vid. C. MARTÍNEZ GARCÍA, *El derecho a crecer en familia*. La necesaria transformación del sistema de protección a la infancia en España, Aldeas Infantiles SOS, 2020, p. 40.

⁵⁹ Ello conlleva un doble examen de la cuestión de la restitución del menor, que garantiza de este modo un mejor fundamento de la resolución y una mayor protección de los intereses del menor: Vid. STJUE de 1 de julio de 2010, asunto C-211/10 PPU, *Povse* (EU:C:2010:400).

⁶⁰ En la valoración que el tribunal competente ha de hacer de la integración del menor, a la hora de dictar una resolución en materia de sustracción internacional que responda al interés superior del mismo, es preciso tener presente el alcance de la competencia de tal tribunal, vid. C.Mª. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “El interés superior del menor: la integración en el nuevo medio”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 8, nº 2, 2016, pp. 90-91.

⁶¹ L. CARPANETO, “La sottrazione internazionale di minori” en AA.VV., *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza: conquiste e prospettive a 30 anni dall’adozione*, Autorità garante per l’infanzia e l’adolescenza, Italia, 2019, p. 423; J. MARTÍNEZ CALVO / Mª.J. SÁNCHEZ CANO, “Estudio jurídico del caso de Juana Rivas y Francesco Arcuri desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado y del Derecho Civil”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 12, nº 1, 2020, p. 743 E. DUBOUT, “The European Form of Family Life: The Case of EU Citizenship”, *European Papers*, vol. 5, núm. 1, 2020, p. 24-25.

⁶² O. LOPES PEGNA, “Tecniche internazionaliprivatistiche a tutela del superiore interesse del minore: flessibilità alla ricerca del miglior risultato nel caso concreto” en AA.VV., *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza: conquiste e prospettive a 30 anni dall’adozione*, Autorità garante per l’infanzia e l’adolescenza, Italia, 2019, p. 372.

⁶³ Los tribunales de la residencia habitual del menor son los que conocen de primera mano el medio social en el que vive el menor; tales tribunales operan con menor carga procesal que la que tendrán los tribunales de un país que no fuera el de la residencia habitual del menor. Además, son los tribunales que pueden practicar pruebas relevantes con un menor coste e inmediatez. Igualmente, son los tribunales que permiten disuadir un traslado ilícito internacional pues continúan conservando su competencia a pesar de dicho traslado ilícito (Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores extranjeros en España. El criterio residencia habitual del menor” en J.A. COBACHO GÓMEZ / F. LEGAZ CERVANTES (dirs.), B. ANDREU MARTÍNEZ / A. LECIÑENA IBARRA / J. MARTÍNEZ MOYA (coords.), *Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018, p. 476 y p. 492).

⁶⁴ Conforme con el criterio de proximidad, privilegiado por el legislador de la Unión en el Reglamento (CE) 2201/2003, para garantizar que se tenga en cuenta el interés superior del menor, el Tribunal de Luxemburgo estima que, las eventuales decisiones que atañan a este sean adoptadas por los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor reside de forma continua desde su nacimiento, vid. STJUE de 23 de diciembre de 2009, asunto C403/09 PPU, *Detiček* (EU:C:2009:810) y STJUE de 15 de julio de 2010, asunto C-256/09, *Purrucker* (EU:C:2010:437). Los instrumentos internacionales en materia de sustracción internacional de menores identifican el interés del menor con el restablecimiento del *statu quo* anterior mediante su retorno inmediato adoptando así una interpretación general y abstracta de este principio (vid. M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “El principio del interés superior en supuestos de sustracción ilícita internacional: la jurisprudencia de TJUE y TEDH” en Mª.C. GARCÍA GARNICA / N. MARCHAL ESCALONA (dirs.), A. QUESADA PÁEZ / G. MORENO CORDERO (coords.), *Aproximación interdisciplinaria a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, p. 657).

como un criterio de ponderación abierto y un principio necesario inspirador de todas las actuaciones judiciales⁶⁵.

25. Entre los elementos de interés de protección del menor en tales situaciones se han destacado por el Tribunal Supremo español⁶⁶ aspectos como la valoración del apego que tiene el menor con quien solicita el traslado, la aptitud del progenitor para conseguir al menor bienestar, así como procurarle un entorno familiar, económico y de protección adecuado, el establecimiento de un apropiado régimen de visitas que venga a paliar la limitación de las relaciones del menor con el progenitor que no se traslada y el otorgamiento de opinión de los menores⁶⁷. A tenor de esta última consideración, no debe caer en baldío que los menores pueden expresar su opinión libremente y que su parecer puede ser tenido en cuenta para los asuntos que les afecten, si bien únicamente en función de su edad y madurez⁶⁸. Pero ello implica que, incumbe al juez que haya de resolver sobre la restitución del menor apreciar la oportunidad de tal audiencia, en la medida en que los conflictos que hacen necesaria una decisión en cuanto a la atribución de la custodia de un menor a uno de los progenitores, y las correspondientes tensiones, constituyen situaciones en las que la audiencia del menor, por cuanto requiere, llegado el caso, puede resultar inapropiada, incluso perjudicial para la salud psíquica del niño, pues a menudo se ve sometido a dichas tensiones y padece sus efectos dañinos⁶⁹.

26. Sobre este particular es preciso apuntar que, el respeto del principio del interés superior del menor debe considerarse como regla general con el fin de que el menor retorne con celeridad⁷⁰ al lugar

⁶⁵ J.C. BARTOLOMÉ CENZANO, “Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, nº 3, 2012, p. 50; M^a.C. CHÉLIZ INGLÉS, “El interés superior del niño en los supuestos de sustracción internacional de menores. Análisis jurisprudencial en el marco del convenio de la Haya 1980” en S. SANZ CABALLERO (dir.), *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 342.

⁶⁶ En el ámbito de los mecanismos de restitución, cabe referirse a dos cuestiones problemáticas: a) la inadmisibilidad del recurso de casación; y b) la denominada regla de “competencia judicial internacional negativa, *vid.* C.M^a. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Sustracción internacional de menores. Aplicación por el Tribunal Supremo de los instrumentos internacionales vigentes para España” en A-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado*, vol. 2, Rapid Color, Murcia, 2019, pp. 587-605.

⁶⁷ *Vid.* la sólida jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno al interés de protección del menor en caso de traslado de su domicilio al extranjero junto con unas magníficas valoraciones en, M. HERRANZ BALLESTEROS, “Traslado de domicilio del menor a otro país. Doctrina del Tribunal Supremo” en A-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado*, vol. 2, Rapid Color, Murcia, 2019, pp. 567-586. En estos mismos términos queda recogido en la reciente Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de julio de 2020, sobre la sustracción internacional y nacional de menores de la Unión por sus progenitores en Japón (2020/2621(RSP)).

⁶⁸ El tiempo biológico no puede medirse según criterios generales, dada la estructura intelectual y psicológica de los menores y la rapidez con la que esta evoluciona: *vid.* STJUE de 11 de julio de 2008, asunto C-195/08 PPU, asunto *Rinau* (EU:C:2008:406). La decisión adoptada en el asunto *Rinau* es la primera que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea canaliza procesalmente a través del procedimiento prejudicial de urgencia previsto para los asuntos relacionados con el espacio de libertad, seguridad y justicia. Un procedimiento que trata de responder a la celeridad y rapidez que requieren determinados pronunciamientos en este ámbito (*Vid.* M. SABIDO RODRÍGUEZ, “Restitución de un menor retenido ilícitamente en otro estado miembro”, *Diario La Ley*, nº 7066, 2008, versión *on line*). En esta misma línea, la clave del caso reside en la circunstancia de que el tribunal del Estado miembro en el que el menor se encuentra ilícitamente retenido decide la restitución del menor tras haber dictado previamente una resolución de no retorno, que había sido notificada al tribunal del Estado miembro de origen (*Vid.* C.M^a. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Las resoluciones de restitución de menores en la Unión Europea: el caso *Rinau*”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 2, nº 2, 2010, pp. 222-235).

⁶⁹ *Vid.* STJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga* (EU:C:2010:828). En consideración de un sector doctrinal, cuando el Tribunal de Justicia analiza en concreto el derecho del menor a expresar su opinión en el asunto de autos encuentra el bálsamo de la oportunidad judicial que se dio a la menor de ser oída, *vid.* al respecto S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Desplazamiento ilícito de menores dentro de la UE. Supresión del exequátur y derechos del niño a ser oído”, *Diario La Ley*, nº 7578, 2011, versión *on line*.

⁷⁰ La exigencia de celeridad es obvia si se asume que, de lo que se trata en casos de sustracción internacional de menores es de retornar rápidamente al menor al lugar del que fue sustraído para permitir que el órgano jurisdiccional con competencia para resolver cuestiones de fondo pueda resolver lo que en Derecho proceda evitando así que el sustractor pueda buscar de propósito órganos jurisdiccionales de conveniencia alterando el orden internacional de decisión preestablecido (*Cfr.* F.J. FORCADA MIRANDA, “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional:

de su residencia habitual inmediatamente anterior al traslado o retención, dejando para un procedimiento diferente la concreta determinación de la custodia⁷¹.

Como confirma un sólido sector doctrinal, los derechos de los niños y su interés superior deben permanecer como objeto principal en todos aquellos ámbitos que le incumben⁷². Sin embargo, en los casos en que la residencia habitual del niño cambia con frecuencia, es dudoso que una orden de devolución realmente sirva al interés superior del niño⁷³. En ningún momento debe eludirse el derecho fundamental que posee el menor de mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre⁷⁴, cuyo respeto se confunde incontestablemente con un interés superior de todo menor⁷⁵.

27. Convenientemente, asentada doctrina española, considera que, una apropiada resolución de las *relocation disputes*⁷⁶ contribuiría a una mejor defensa del interés superior del niño y permitiría reducir los casos «difíciles» de sustracción, que se caracterizan, por ser supuestos en los que el traslado parece, habida cuenta de las circunstancias, una solución adecuada, censurable únicamente por su carácter unilateral, lo que implícitamente exige que existan cauces jurídicos suficientemente conocidos y fiables para efectuar los desplazamientos lícitamente⁷⁷.

28. Estableciéndose una conexión necesaria entre el criterio de la residencia habitual del menor y el principio del interés superior del niño se puede afirmar que ambas variables generalmente no tienen un carácter absoluto⁷⁸. De hecho, hay autores que estiman que, existen tantas excepciones a la competencia basada en la conexión residencia habitual del menor -conexión principal-, que este dato, unido

La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte I)”, *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, n° 3º, 2016, p. 9). El criterio de la inmediatez se concreta en la necesidad de que las autoridades competentes adopten una decisión sobre la restitución del niño al Estado de su residencia habitual (*Vid.* M^a.D. ORTIZ VIDAL, “Sustracción internacional de menores y derecho al respeto a la vida privada y familiar: celeridad e interés superior del menor” en J.M. PÉREZ DE NANCLARES (dir.), D. GONZÁLEZ HERRERA (coord.), *El diálogo judicial internacional en la protección de los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 141-144).

⁷¹ C. ÁZCÁRRAGA MONZONÍS, “Sustracción internacional de menores. Asunto vinculado con Suiza y España. Comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) núm. 52/2018, de 17 de abril”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 11, n° 1, 2019, p. 677; O. LOPES PEGNA, “L’interesse superiore del minore del Regolamento n. 2201/2003 (Bruxelles II-bis)”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 49, n° 2, 2013, pp. 357-384.

⁷² N. GONZÁLEZ MARTÍN, “Sustracción internacional parental de menores y mediación. Dos casos para la reflexión: México (amparo directo en revisión 903/2014) y los Estados Unidos de América (Lozano V. Montoya Álvarez)”, *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, n° 29, 2015, p. 4. *Id.* “Mediación ante el “grave riesgo” en la sustracción internacional parental de menores” en M. S. QUICIOS MOLINA / S. ÁLVAREZ MEDINA (dirs.), *El derecho frente a la violencia dentro de la familia. Un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 255-274.

⁷³ J. ANTOMO, “International child abduction or homecoming: HCA caught between the best interests of the child and general prevention”, *IPRax: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, vol. 39, n° 5, 2019, pp. 405-406.

⁷⁴ *Vid.* apartado 3, artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE C 364/1, de 18 de diciembre de 2012).

⁷⁵ En todo caso, considerar que una medida que obstaculiza que se mantengan de forma periódica relaciones personales y dificulta el contacto directo con ambos progenitores sólo podría estar justificada por otro interés del menor de tal entidad que primara sobre el protegido por el mencionado derecho fundamental, *vid.* STJUE de 23 de diciembre de 2009, asunto C-403/09 PPU, *Detiček* (EU:C:2009:810).

⁷⁶ Las disputas relativas al cambio del domicilio de menores reciben la denominación de *relocation disputes*. Este término es acuñado por el Prof. Dr. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Interés del menor y cooperación jurídica internacional en materia de desplazamiento internacional de menores: los casos difíciles” en *Cooperación Jurídica internacional*, n° 5, Colección Escuela Diplomática, Madrid, 2001, pp. 125-136.

⁷⁷ *Cfr.* C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “El traslado lícito de menores: las denominadas *relocation disputes*”, *Revista española de derecho internacional*, vol. 62, n° 2, 2010, p. 73.

⁷⁸ A. QUINONES ESCÁMEZ, “Nuevas normas comunitarias en materia de responsabilidad parental (Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27.11.2003)”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n° 4, 2004, p. 6. De hecho, la regla general tiene ciertas salvedades, como resulta de lo dispuesto por el artículo 14 Reglamento (CE) 2201/2003 en la denominada «competencia residual». Dicho foro, a pesar de su peculiaridad tiene cierta eficacia práctica (*Vid.* al respecto: A. DEL SER LÓPEZ / D. CARRIZO AGUADO, “Reglas de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental: análisis del foro de la “residencia habitual del menor” y estudio de la «competencia residual»”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, n° 10, 2019, pp. 67-68).

a la falta de una calificación autónoma de la misma, confieren una gran complejidad a los supuestos de responsabilidad parental⁷⁹. Es más, resulta extremadamente difícil cerrar la concreción de un concepto fáctico modulado por el principio del interés superior del menor que necesariamente debe concretarse *ex casu* en atención al conjunto de las circunstancias de cada supuesto⁸⁰.

29. En definitiva, se enfatiza que el interés del menor varía de niño a niño, el cual, es profundamente situacional y que cambia con el paso del tiempo, incluso en relación con el mismo menor⁸¹.

IV. Últimas líneas reflexivas

30. El incremento de matrimonios o parejas mixtas, además de la libertad de circulación de personas en buena parte del mundo, integran un caldo de cultivo con un alto factor de riesgo en la sustracción internacional de niños. El caso prototípico resulta ser el de un padre o una madre que tras su ruptura decide trasladar al niño a su país de origen, en muchas ocasiones, aprovechando unas vacaciones consensuadas. Se vulnera así el derecho de custodia o de visita, según los casos, del otro progenitor, y deja a este en una difícil situación, ya que tiene que reclamar la devolución de su hijo a un Estado extranjero. Ante el surgimiento de un litigio familiar, en particular en lo que respecta a los hijos, esto puede provocar dudas acerca del país en el que se debe juzgar el caso y del efecto transfronterizo de cualquier resolución al respecto. Ciertamente, el menor nunca debe quedar sin que un órgano jurisdiccional proteja sus intereses y salvaguarde sus derechos fundamentales.

31. Por su parte, la residencia habitual debe ser entendida como un criterio competencial que permita mantener el axioma de *armonía y equilibrio* del menor respecto a su situación antes del traslado para así, preservar el respeto de los derechos de custodia y visita preestablecidos y vigentes en un Estado. La competencia a favor de los tribunales de la residencia habitual del menor antes del traslado, hacen que sean estos jueces los idóneos para proteger los derechos inherentes del menor. La situación espacial del juzgador, próxima al núcleo o centro de vida del niño, conllevará a que el pronunciamiento no fragmente la integración del menor de su entorno social y familiar, y, por ende, vele para que sus nexos afectivos queden garantizados. Indudablemente, la sustracción transfronteriza de menores no puede conducir a la obtención de una nueva residencia habitual, a menos que todas las personas titulares de la responsabilidad parental hayan dado su conformidad al traslado o la retención.

32. Habida cuenta de la oportunidad procesal que dispone el juez al considerar oír al menor, otorgándole, por tanto, la posibilidad real y efectiva de expresarse libremente sin coerción ejercida por el secuestrador o el entorno, con el punto de mira ecuaníme puesto en desentrañar la localización de su residencia habitual, merece cierta valoración en tanto que el menor no adquiera una adecuada conciencia sobre sus relaciones sociales.

Como es bien sabido, cada individuo tiene una vida social a una edad diferente en función de inequívocas consideraciones ligadas al genotipo y fenotipo. Es menester resaltar que, la demarcación

⁷⁹ M. GUZMÁN PECES, “Cuestiones problemáticas en torno a la litispendencia en el Reglamento (CE) 2201/2003 en el ámbito de las crisis familiares”, *La Ley Unión Europea*, nº 67, 2019, versión *on line*.

⁸⁰ En este sentido, el enfoque centrado en el menor y la flexibilización del criterio temporal, así como la utilización de elementos fácticos en una apreciación casuística han resultado las claves para la construcción progresiva de un concepto autónomo de residencia habitual del menor (Cfr. I. REIG FABADO, “La construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 11, nº 1, 2019, p. 887-888).

⁸¹ Ello nos lleva a cuestionar la conveniencia o no del establecimiento de criterios generales, más o menos vinculantes para el aplicador de la norma, destinados a minimizar la vaguedad o indeterminación del concepto y que pretenden servir de guía para la concreción del interés del menor en cada caso concreto (Cfr. M^a.P. GARCÍA RUBIO, “Aproximación al significado, contenido y alcance del interés del menor” en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ / R. ARENAS GARCÍA / P. A. DE MIGUEL ASENSIO / S. SÁNCHEZ LORENZO / G. STAMPA CASAS (eds.), *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho. Homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Thomson Reuters-Civitas, Navarra, 2020, pp. 1075-1090).

de su residencia habitual puede plantear ciertas dificultades si el menor no tiene madurez suficiente para estar integrado en un grupo social, y, por consiguiente, tampoco, puede ser tenida en valor la del Estado de procedencia del que fue sustraído. De lo anterior podemos colegir que, factores como la duración, la regularidad, las condiciones y razones de la estancia en el susodicho territorio del Estado miembro del que ha sido trasladado, junto con los orígenes geográficos y familiares del progenitor de hecho -quien verdaderamente cuidaba del infante-, así como las relaciones familiares y sociales que mantiene aquel y el propio menor en ese Estado miembro, deben ser concebidos como índices certeros en la intrépida búsqueda del *locus* donde «il bambino» está realmente integrado y con ello apuntalar con total seguridad su residencia habitual.

LA CONTRATACIÓN A TRAVÉS DE PLATAFORMAS INTERMEDIARIAS EN LÍNEA

CONTRACT THROUGH ONLINE INTERMEDIARY PLATFORMS

MATILDE CUENA CASAS
Catedrática de Derecho Civil
Universidad Complutense
Vicepresidenta de la Fundación Hay Derecho
ORCID ID: 0000-0001-8980-1186

Recibido: 17.06.2020 / Aceptado: 03.07.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5612>

Resumen: Las plataformas intermediarias en línea se han convertido en protagonistas del desarrollo del mercado digital y generan retos normativos importantes. Las nuevas tecnologías han favorecido nuevas formas de intercambio en las que el operador de la plataforma adopta una posición especial y compleja. El trabajo se centra en el análisis de las plataformas que, siendo prestadores de servicios de la sociedad de la información, actúan como intermediarias (también en sentido material), favoreciendo las transacciones entre los usuarios de la plataforma que pueden ser iguales (peer to peer, P2P, *Consumer to Consumer*, C2C) o entre empresarios (*Business to Business*, B2B), o entre empresario y consumidor (*Business to Consumer*, B2C). Se genera una relación contractual compleja: contrato celebrado por los usuarios con la plataforma que les permite el acceso para poder lograr la interacción y, posteriormente, el contrato celebrado entre los usuarios.

El objeto del presente trabajo es el diagnóstico y propuesta de solución de los problemas que suscita la contratación a través de plataformas intermediarias en línea. Tenemos nuevos operadores que no encajan exactamente en los modelos regulados en la legislación de comercio electrónico lo que plantea problemas para determinar su responsabilidad en las transacciones realizadas por los usuarios a través de las plataformas.

La “horizontalidad” de las relaciones jurídicas entre pares que se producen en un mercado multi-lateral es la que genera retos normativos. El acervo comunitario en materia de protección de los consumidores está basado en un modelo de distribución en cadena: fabricante, mayorista, minorista y consumidor en una escala vertical. El desequilibrio entre las posiciones de las partes cuando el empresario es proveedor y el adquirente consumidor (B2C), sirvió de justificación para el diseño de un sistema contractual de protección del consumidor, propio de la contratación en masa. La economía de la plataforma deja obsoleto este esquema porque los bienes y servicios se intercambian entre pares y los particulares actúan como proveedores (prosumidores). Y en este caso ¿Cuál es la parte débil que hay que proteger?

En la primera parte del trabajo se analiza el fenómeno de la contratación a través de plataformas intermediarias en línea, tradicionalmente vinculado a la denominada “economía colaborativa”. Después

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación (DER 2017-83321-P) sobre “Tutela de los consumidores y clientes de servicios FinTech”, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y del que soy investigadora principal. El trabajo forma parte de las actividades realizadas como miembro del Instituto de Derecho Europeo e integración regional (IDEIR). Universidad Complutense.

Este trabajo desarrolla y profundiza en ideas expuestas en mi monografía, *Las FinTech de préstamos o crowdlending. La contratación a través de plataformas intermediarias en línea*, Ed. Reus. Madrid, 2019.

de las necesarias precisiones conceptuales se enumeran las características generales al mismo tiempo que se diagnostican los problemas que esta modalidad de contratación ocasiona. Los sistemas de reputación online y los problemas que ocasionan las reseñas falsas, la fijación de precios personalizados son algunos de los temas tratados.

La segunda parte del trabajo se centra en los problemas que genera la estructura triangular de la contratación a través de plataformas. Se analiza la relación entre los usuarios y el operador de la plataforma, los derechos y obligaciones de las partes, así como los contratos entre los usuarios entre sí en los que el operador de la plataforma no es parte, pero interviene de forma activa. El trabajo concluye con unas propuestas de reforma legales que favorezcan la transparencia en esta modalidad de contratación y aclaren el régimen de responsabilidad del operador de la plataforma.

Palabras clave: economía colaborativa, plataformas intermediarias en línea, prosumidores, responsabilidad civil operador de la plataforma.

Abstract: Online intermediary platforms have become major players in the development of the digital marketplace and raise important regulatory challenges. Technological progress

This article focus on the analysis of platforms which are information society service providers and act as intermediaries (also in the material sense) enabling transactions between all kind of platform users: consumers (peer to peer, P2P, *Consumer to Consumer*, C2C) or entrepreneurs (*Business to Business*, B2B). A complex contractual relationship is generated: the contract concluded by the users with the platform that allows them access in order to achieve the interaction and, subsequently, the contract concluded between the users.

The purpose of this paper is to diagnose and propose solutions to problems arising from contracting through online intermediary platforms. We have new operators who do not exactly fit into the models regulated in e-commerce legislation, which poses problems in determining their responsibility for the transactions carried out by users through the platforms.

The “horizontality” of the legal relationships between peers in a multilateral market that creates regulatory challenges. The Community acquis on consumer protection is based on a chain distribution model: manufacturer, wholesaler, retailer and consumer on a vertical scale. The imbalance between the positions of the parties when the entrepreneur is a supplier and the purchaser a consumer (B2C), served as a justification for the design of a contractual system of consumer protection, typical of mass contracting. The economics of the platform makes this scheme obsolete because goods and services are exchanged between peers and individuals act as suppliers (prosumers). And in this case, what’s the weak part to protect?

The first part of the paper analyses the phenomenon of recruitment through online intermediary platforms, traditionally linked to the so-called “collaborative economy”. After the necessary conceptual clarifications, the general characteristics are listed, at the same time as the problems that this contracting modality causes are diagnosed. Online reputation systems and the problems caused by false reviews, custom pricing are some of the topics discussed.

The second part of the article analyses the problems that the triangular structure of this kind of way of contract. It analyses the relationship between users and the platform operator, the rights and obligations of the parties, as well as contracts between users among themselves to which the platform operator is not a party, but is actively involved. The paper concludes with proposals for legal reform to promote transparency in this type of contract and clarify the liability regime of the platform operator.

Keywords: collaborative economy, online intermediary platforms, prosumer, civil liability of the platform operator.

Sumario: I. Economía colaborativa versus economía de la plataforma. 1. Descripción del fenómeno. 2. Precisión terminológica. De la economía colaborativa a la economía de la plataforma. II. Características de la contratación a través de plataformas intermediarias en línea. 1. Son mercados multilaterales. 2. Diversidad de usuarios que intervienen a través de plataformas. 3. El carácter instrumental de las plataformas intermediarias en línea. 3.1. Clasificación de las plataformas intermediarias en línea en función de su modelo de negocio. 3.2.2 Criterios para determinar el rol de la

plataforma. En particular, la postura del TJUE en el caso Uber y el caso Airbnb. 4. Las plataformas intermediarias en línea como prestadoras de servicio de la sociedad de la información. Consecuencias. 4.1. No sujeción a autorización previa. 4.2. Plataformas intermediarias en línea y prestador de servicio de intermediación de la sociedad de la información. La responsabilidad del operador de la plataforma. 5. Mecanismos para la valoración de bienes y servicios. Los sistemas de reputación online. V. Régimen jurídico aplicable en la contratación a través de plataformas intermediarias en línea. 1. La relación entre el operador de la plataforma y los usuarios. 1.1. Naturaleza de la relación jurídica entre los usuarios y el operador de la plataforma. Contrato de mediación electrónica. 1.2. Derechos y obligaciones de las partes. 2. Régimen jurídico aplicable a los contratos celebrados entre los usuarios a través de plataformas intermediarias en línea. En particular, la posición jurídica del prosumidor. VI. Recapitulación. Retos jurídicos que plantea la “economía de la plataforma”.

I. La economía colaborativa *versus* economía de la plataforma

1. Descripción del fenómeno

1. La digitalización de la economía fruto de los importantes avances tecnológicos de los últimos años, ha facilitado que emerja un nuevo modelo de mercado que está teniendo un crecimiento progresivo y constante, que queda englobado en lo que se ha denominado la economía colaborativa (*sharing economy*) o también denominada economía bajo demanda o consumo colaborativo: un conjunto heterogéneo y rápidamente cambiante de modos de producción y consumo por el que los agentes comparten, de forma innovadora, activos, bienes o servicios infrautilizados, a cambio o no de un valor monetario, valiéndose para ello de plataformas sociales digitales y, en particular, de internet¹. Su impacto y desarrollo está siendo extraordinario a nivel mundial², y parece que se cumple la conclusión que ya se vaticinó en 2011 que consideraba que la economía colaborativa era una de las 10 ideas que cambiarían el mundo³.

2. Paradójicamente, la tecnología, la irrupción del mercado digital ha permitido volver a formas ancestrales de intercambio de bienes y servicios, muchas veces a través del trueque, rememorando la economía de hace milenios⁴. A través de plataformas digitales⁵ los particulares pueden obtener de otro

¹ COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC) “Los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa”, 2016 <https://docs.google.com/document/d/1n65MjUaTmRLuZCqTIlqyWvobVqreR-iAzzs1mhxy2y0/edit> (Consultado el 25 de febrero de 2020), p. 17.

En 2015 el Diccionario Oxford incluyó la locución «sharing economy» entre sus neologismos, definiéndola como “un sistema económico en el que bienes o servicios son compartidos entre particulares, de forma gratuita o a cambio de una suma de dinero, normalmente a través de internet”. <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/sharing-economy> (Consultado el 20 de mayo de 2020).

² Según el informe elaborado por R. VAUGHAN y R. DAVERIO “Assessing the size and presence of the collaborative economy in Europe”, abril, 2016, PWC, sobre la base de los datos de plataformas dedicadas a alojamiento, transporte, finanzas, servicio doméstico y servicios profesionales, el crecimiento del sector en Europa en 2015 ha sido espectacular. Se generaron ingresos por valor de 4.000 millones de euros y se hicieron 28.000 millones de transacciones. El incremento es notable si se compara con los datos de 2013 (1000 millones de ingresos) y 2014 (1.800 millones de euros). <https://www.pwc.es/es/publicaciones/digital/evaluacion-economia-colaborativa-europa.pdf> (Consultado el 3 de marzo de 2020).

³ B. WHALS, “Today's Smart Choice: Don't Own. Share”, Revista Time 2011. http://content.time.com/time/specials/packages/article/0,28804,2059521_2059717,00.html (Consultado el 15 de mayo 2020).

⁴ D. GARCÍA-OCHOA MAYOR y D. NARVAEZ BARBA “Economía colaborativa y financiación”, Diario LA LEY, nº 8807, de 20 de julio de 2016, Nº 8807, 20 de julio de 2016, p.2 (Smarteca).

⁵ La tecnología ha favorecido la economía colaborativa, sin duda, pero no se puede restringir su concepto a aquella se produce *online*. Así lo ha señalado el Consejo Económico y Social Europeo (CESE), en el Dictamen sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Una Agenda Europea para la economía colaborativa», COM (2016) 356 final], (2017/C 075/06). Se sugiere a la Comisión que acote el concepto de economía colaborativa evitando sesgos que la equiparen con la economía digital. Efectivamente, existen movimientos de economía colaborativa *offline*: los bancos del tiempo (se intercambian habilidades de los miembros de un grupo sin utilizar dinero. Solo se contabilizan las horas de servicio prestado y realizado), los grupos de consumo, o los *coworkings* son claros ejemplos de esta economía colaborativa *offline*.

particular todo tipo de bienes y servicios de forma rápida, desde cualquier país del mundo y con una importante reducción de costes de transacción y de búsqueda, lográndose una monetización de recursos infrautilizados y reduciéndose las asimetrías informativas y el riesgo de selección adversa⁶. Como veremos, los sistemas de reputación diseñados por las plataformas tratan de generar un entorno de confianza que favorezca la contratación. Ante tasas altas de desempleo fruto de la crisis financiera de 2008, las necesidades de consumo se cubren compartiendo, alquilando, prestando bienes, en lugar de comprarlos (consumo colaborativo)⁷. Los ciudadanos desconfían de un sistema que se ha construido basado en el sobreendeudamiento⁸ para fomentar el consumo y con él el crecimiento económico. Ese modelo ha fracasado y buena prueba de ello ha sido precisamente la crisis financiera de 2008. La desconfianza hacia el sistema financiero ha favorecido que, gracias a la tecnología, los ciudadanos puedan atender sus demandas de bienes y servicios sin recurrir al endeudamiento a través del sistema bancario. En este sentido, debe destacarse que el impulso de la economía colaborativa no es sino consecuencia, entre otros factores, de fallos regulatorios. Un mercado de crédito diseñado a favor de los acreedores con el objeto de abaratar el coste del crédito, acompañado de un régimen de insolvencia personal que dificulta la recuperación del deudor⁹, hace que, a pesar de las reformas emprendidas para tratar de paliar estos fallos, el ciudadano comience a desconfiar de los sistemas de financiación tradicionales.

3. La falsa recuperación de la crisis de 2008 se ha puesto de manifiesto en la subsiguiente a la emergencia sanitaria por la pandemia por Covid-19 que estamos padeciendo. Ese nivel de deuda privada fruto del sobreendeudamiento masivo de particulares y empresas que se evidenció en 2008, tuvo mucho que ver con el incremento de la deuda pública¹⁰. Hemos pasado de un endeudamiento público que no llegaba al 40% del PIB en 2008¹¹ al 99% en el primer trimestre de 2020¹². La deuda pública se disparó por la necesaria cobertura social que el Estado debe proporcionar para evitar situaciones de exclusión social de los ciudadanos, a lo que hay que sumar las cantidades empleadas en el rescate al sistema financiero. A ello se une la *pérdida de ingresos públicos* por economía sumergida. Cuando se ha producido la actual crisis sanitaria el Estado ha tenido que aumentar más el gasto público, pero careciendo de margen para hacerlo lo que nos coloca en un escenario más severo que en 2008. Por ello, si la recuperación económica post -pandemia no es en “uve asimétrica” sino en “L”, la crisis económica será profunda y estructural. Pero la causa no estará solo en la paralización de la actividad económica por la pandemia por virus Covid-19, sino en el sobreendeudamiento masivo subyacente de particulares, empresas y Estados. Por lo tanto, las razones que impulsaron a la economía colaborativa en 2008 se reproducen en la actualidad tras la nueva crisis económica a la que nos enfrentamos.

⁶ Vid. explicación detallada sobre los efectos de las asimetrías de información en G. DOMENECH PASCUAL “La regulación de la economía colaborativa. El caso Uber contra taxi”, Revista CEFLEGAL, nº 175-17, 2015, p. 61-104.

⁷ El Comité Económico y Social Europeo (CESE) en su dictamen «Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI» (Dictamen de iniciativa) 2014/C 177/01, 11 de junio de 2014, destaca que la economía colaborativa “supone una solución a la crisis económica y financiera en la medida que posibilita el intercambio en casos de necesidad”. “El consumo colaborativo o participativo puede suponer un comportamiento resiliente frente a la actual situación económica y financiera, y puede ofrecer respuestas a las incertidumbres crecientes que provoca la crisis económica. Puede representar una oportunidad para retomar la senda de un desarrollo sostenible en lo económico, humano en lo social, y armónico con el planeta en lo medioambiental”. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013IE2788&from=ES> (Consultado el 26 de febrero de 2018).

⁸ R. BOTSMAN, Y R. ROGERS “What's Mine Is Yours: The Rise of Collaborative Consumption”, Harper Collins, p. 21.

⁹ España ha sido de los países de la UE que más ha tardado en regular un régimen de insolvencia personal que incorpore un régimen de segunda oportunidad para las personas físicas insolventes. Hasta la promulgación de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, la persona física insolvente, tras la liquidación de su patrimonio en el proceso concursal, se veía lastrada por el pasivo pendiente, sin posibilidad de recuperación, por la aplicación prácticamente indiscriminada del art. 1911 CC. Vid. M. CUENA CASAS “La exoneración del pasivo insatisfecho”, en Prats Albentosa, L., Comentarios a la Ley de mecanismo de segunda oportunidad”, Thomson Aranzadi, 2016, pp. 61-161.

¹⁰ Así se pone de relieve en el estudio llevado a cabo por S. MIBAYE, M. MORENO BADÍA, K. CHAE, “Bailing out the people? When Private debt becomes public”, IMF Working paper 18/141. International Monetary Fund, 2018, p. 5, explican cómo España es un claro ejemplo de conversión de deuda privada en pública. <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2018/06/21/Bailing-Out-the-People-When-Private-Debt-Becomes-Public-45904> (Consultado el 15 de mayo de 2020).

¹¹ <https://datosmacro.expansion.com/deuda/espana?anio=2008> (Consultado el 5 de mayo de 2020).

¹² <https://datosmacro.expansion.com/deuda/espana> (Consultado el 5 de mayo de 2020).

4. Lo cierto y verdadero es que ya sea por razón de la crisis económica o por el factor tecnológico, asistimos a un cambio de mentalidad de los ciudadanos¹³ sobre la forma de relacionarse económica y socialmente¹⁴, en donde empieza a prevalecer la relación entre “pares” (*peer to peer*): intercambio de bienes (muchos de ellos, infrautilizados) y servicios entre iguales mediante regalo, trueque o incluyendo una contraprestación monetaria. Si tradicionalmente el intercambio económico se basa en una relación vertical entre el suministrador del bien o servicio (generalmente una empresa) y un demandante (consumidor o empresario), la economía colaborativa genera un mercado horizontal, entre iguales (*peers*), gracias al uso de plataformas digitales que son prestadores de servicios de la sociedad de la información. Con la economía colaborativa se obtienen ingresos o y se disfrutan de servicios a los que se tienen acceso en condiciones más favorables que en el marco del modelo tradicional de intercambio¹⁵.

5. Sin duda las nuevas tecnologías de la comunicación han sido un factor clave para estas formas de intercambio. A través de estas plataformas los usuarios adoptan una posición activa, se generan comunidades de usuarios, cambio de paradigma en el uso de internet que se engloba en el término Web 2.0, que surgió para referirse a nuevos sitios web caracterizados por la participación colaborativa de los usuarios. El término engloba las aplicaciones¹⁶ que permiten interactuar y colaborar a los usuarios quienes pueden generar su propio contenido en la red, generando una comunidad virtual¹⁷. Ello a diferencia de los sitios web tradicionales en los que se producía una intermediación meramente técnica y los usuarios adoptaban una posición pasiva limitándose a visualizar el contenido de una página web, modelo denominado Web. 1.0. Las plataformas de economía colaborativa¹⁸, son una manifestación de una nueva generación en la historia de internet donde los usuarios se intercambian información, contenidos, bienes y servicios, adoptando una posición activa, aprovechando la inteligencia colectiva.

¹³ Resulta muy gráfico el ejemplo propuesto por Brian Chesky, fundador de la plataforma de alojamiento Airbnb. “En Estados Unidos existen aproximadamente unos 80 millones de taladros domésticos, cada uno de los cuales tiene un uso medio de unos 13 minutos a lo largo de su vida útil. Siendo esto así, ¿realmente necesitamos tener un taladro en propiedad? ¿no resultaría económicamente más rentable pagar por su uso cuando realmente necesitamos ese utensilio? ¿Y si trasladamos lo anterior al campo de la movilidad? Un coche se pasa de media más de un 95% de su tiempo estacionado. Sólo en España existen 29 millones de coches, de los cuales 5 millones apenas salen del garaje. Adicionalmente, en España se calculan unos 100 millones de asientos de coche vacíos al día. ¿Estamos siendo realmente eficientes en la asignación de los recursos existentes y en el respeto al medio ambiente?” https://www.youtube.com/watch?v=KINsjz4K_34 (Consultado el 20 de abril de 2020).

¹⁴ Este cambio de mentalidad es especialmente acusado en España. Como se ha puesto de relieve en el INFORME NIELSEN, “Compartir en sociedad”, 2013, más de la mitad de los españoles (53%) estaría dispuesto a compartir o alquilar bienes personales. Esta cifra supera en nueve puntos a la media europea registrada en el 44%. Según el mismo estudio, se observa que en los países donde la crisis financiera ha impactado con mayor virulencia existe mayor predisposición a compartir o a alquilar. Ello evidencia que, aunque otros factores hayan podido coadyuvar a la aparición de este fenómeno, la crisis financiera ha sido uno de los más determinantes junto con los avances tecnológicos. <http://www.nielsen.com/es/es/press-room/2014/la-crisis-lleva-a-mas-de-la-mitad-de-los-espanoles-a-querer-comp.html> (Consultado el 13 de mayo de 2020).

¹⁵ Como se señala en el Dictamen del Consejo Económico y Social Europeo (CESE), la clave no es el intercambio entre pares, “sino que lo que adquiere relevancia social y económica a partir del decenio de 2000, con el uso de internet y las redes sociales, no es una práctica recíproca de intercambio, sino más bien un «comportamiento prosocial no recíproco» o, más exactamente, «el acto y el proceso de distribuir lo que es nuestro con otros para su uso o el acto y el proceso de recibir o tomar alguna cosa de otros para nuestro uso». Por esta razón, la economía colaborativa se inspira en varias corrientes de pensamiento que van desde el libre acceso gratuito y universal al conocimiento a la economía de la funcionalidad o a la economía del don (gift economy), centrada en el trueque sin ánimo de lucro. A diferencia de la pura economía del trueque, la economía colaborativa se basa en una idea de contraprestación monetaria o no monetaria”.

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «La economía colaborativa y la autorregulación» (Dictamen exploratorio) (2016/C 303/05). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016AE0933&from=ES> (Consultado el 20 de mayo de 2020).

¹⁶ Como señala R. TRUMAN “What is web 2.0? B&T Weekly, 2007, p. 18, esta nueva generación de internet a que se hace referencia con el término Web 2.0 se caracteriza por que los sitios web son plataformas, una *interface* rica y fácil de usar; se pone énfasis en la comunidad y la interacción; promueve a los usuarios como codesarrolladores, se pretende aprovechar la inteligencia colectiva; y, la audiencia decide lo que es importante.

¹⁷ T. O'REILLY, “What is web 2.0: Design patterns and business models for the next generation of software”. International Journal of Digital Economics No. 65, 2007, pp. 17-37. <https://mpra.ub.uni-muenchen.de/4580/> (Consultado el 13 de mayo de 2020).

¹⁸ M. PACHECO JIMÉNEZ “La Web 2.0 como instrumento esencial de la economía colaborativa: auge de negocios de dudosa legalidad. Revista CESCO de Derecho de consumo, nº 17, 2016, p. 2.

6. Como he señalado, el consumo colaborativo supone un cambio de paradigma, una reacción ante el hiperconsumo basado en deseos inducidos y creados artificialmente que ha provocado la acumulación de bienes que, en muchos casos, son infrautilizados. Se postula un consumo basado en necesidades reales, en definitiva, un consumo responsable. La crisis financiera ha engullido el ahorro de los hogares y se impone la necesidad de controlar el gasto. Máxime ahora que se avecina una potente crisis económica mundial tras la pandemia por Covid-19. La economía colaborativa se impulsó para cubrir esas necesidades reales de los ciudadanos al menor coste posible, a lo que ha contribuido de manera decisiva la rapidez de las transacciones realizadas por internet que facilita la conexión entre las personas que necesitan acceso a un recurso con aquellas otras que dispongan de esos recursos y que están infrautilizados. Y todo ello a unos costes de transacción muy bajos. Este aspecto es clave. Como se ha señalado con un gráfico ejemplo, alguien puede estar dispuesto a pagar diez dólares para comprar un café. También puede haber otro sujeto que esté dispuesto a hacer ese recado cobrando cinco dólares. Está claro que hay un potencial para un comercio mutuamente beneficioso. La razón por la que esto puede no ocurrir es el coste de la transacción. Llevaría mucho tiempo y costaría mucho dinero “descubrir” quién es el otro individuo y negociar un precio (entre 5 dólares y 10 dólares), y hacer cumplir el acuerdo. En este escenario, los costes de transacción “se comen” la rentabilidad de intercambio, impidiendo que se produzca un comercio mutuamente beneficioso¹⁹. De ahí el importante papel que cumple la plataforma reduciendo tales costes de transacción y favoreciendo la actividad económica.

7. La presencia de esta modalidad de intercambio que viene acompañada de un cambio de cultura de gasto, no parece que sea transitoria, sino que ha llegado para quedarse, configurándose como un fenómeno económico, social y tecnológico imparable e inevitable a nivel mundial²⁰.

8. Son muchos los sectores en los que se está desarrollando la economía colaborativa: alojamiento, movilidad y transporte, tareas y trabajo, consumo, conocimiento y educación, gastronomía, finanzas²¹. Aunque se puede decir que el mercado que, por el momento, más ha triunfado en España es el del transporte y alojamiento²² y, como veremos, también el que ha generado más litigiosidad. También a nivel europeo, el ámbito de la economía colaborativa que más se ha utilizado por los ciudadanos es el de alojamiento (57%) y transporte (51%) mientras que solo el 9% ha accedido a servicios profesionales por esta vía y el 8% a servicios financieros. Lo que está claro es que es un fenómeno en expansión. En 2018 en la UE, el 23% de los ciudadanos han hecho uso de plataformas de economía colaborativa, habiéndose producido un incremento de cinco puntos desde 2016, año en el que el porcentaje fue del 17%²³.

¹⁹ Este es uno de los aspectos más relevante que han impulsado el desarrollo de la economía colaborativa. Lo ilustran con un ejemplo C. ALLEN D., y BERG, “The sharing economy. How over-regulation could destroy an economic revolution”, Institute of public affairs, Melbourne pp. 1-39.

²⁰ Según datos recogidos en el informe de la COMISIÓN EUROPEA, “Exploratory study of consumer issues in online peer to peer platform markets. Final report” 12/06/ 2017, http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=77704 , p. 12, 191 millones de ciudadano de los 28 Estados miembros gastan 27.900 millones de euros al año en plataformas en línea P2P, según datos de mayo 2015 a mayo de 2016. El total de ingresos se calcula en 17.290 millones de euros. La diferencia de 10.610 millones incluye los ingresos, tanto de la plataforma como de terceros que prestan servicios a través de plataformas, por ejemplo, los servicios de pago, los controles de identidad y de los antecedentes y los servicios de seguros.

²¹ Sobre las plataformas dedicadas a la financiación cfr. M. CUENA CASAS, *Las FinTech de préstamos o crowdlending. La contratación a través de plataformas intermediarias en línea*, Ed. Reus. Madrid, 2019 y M. CUENA CASAS (DIR.), *La contratación Aspectos legales de la financiación en masa o crowdfunding*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.

²² El estudio realizado por T. VAUGHAN y R. DAVEIRIO, “Assessing the size and presence of the collaborative economy in Europe”, abril, 2016, PWC, destaca que el intercambio de alojamiento entre particulares supone un 25% de la oferta total de habitaciones en España y casi el 50% de la capacidad de los centros turísticos urbanos. Este mercado está repartido básicamente en tres operadores: Airbnb con el 27%, seguido de HomeAway con el 24% y Niumba con el 14%. <https://www.pwc.es/es/publicaciones/digital/evaluacion-economia-colaborativa-europa.pdf> (Consultado el 8 de mayo de 2020).

²³ Comisión Europea, “Flash Eurobarometer 467 Report. The use of the collaborative economy”, octubre 2018, https://data.europa.eu/euodp/en/data/dataset/S2184_467_ENG (Consultado el 16 de mayo de 2020).

2. Precisión terminológica. De la economía colaborativa a la economía de la plataforma

9. Como casi siempre sucede cuando emerge una realidad a la que el Derecho debe dar respuesta, no hay unanimidad sobre el concepto de economía colaborativa o, más bien, qué tipo de plataformas tienen la consideración de colaborativas, porque no toda prestación de un servicio entre pares a través de internet merece tal calificativo. Efectivamente, las plataformas digitales pueden ofrecer diversos servicios como motores de búsqueda en Internet (Google, Yahoo, Bing), mercados en línea (eBay, Booking.com, Asos, Allegro, Amazon), plataformas para compartir vídeos (por ejemplo, Dailymotion, Vimeo, YouTube), plataformas de música y vídeo (e. g., Dailymotion, Vimeo, YouTube, Deezer, Spotify, Netflix, Canal Play), redes sociales (p. ej. Facebook, Twitter), herramientas de comparación (Trivago.com, rentalcars.com, Kayac.com, booking.com, Tripadvisor). Uno de los servicios que pueden prestar es precisamente el de la economía colaborativa (AirBnB, Uber, BlaBlaCar, Ulule, Crowdcube) dentro de la cual también se ubica el *crowdfunding*, que afecta al mercado financiero.

10. Con la expresión “economía colaborativa (*sharing economy*)” se refiere al hecho de “compartir economía”, facilitándose el acceso a bienes y servicios a través de plataformas digitales sin tener que detentar su propiedad. En sentido estricto, el concepto de economía colaborativa englobaría únicamente a las plataformas que dan la posibilidad de usar recursos junto con otras personas, y así consumir de forma más eficiente, ya sea económica o medioambientalmente en áreas en las que previamente no se solían compartir esos recursos, por ejemplo, ofertar las plazas libres del coche, tal y como lo facilitan plataformas como Blablacar o Amovens, a cambio únicamente de compartir gastos²⁴, reduciéndose el ámbito a las relaciones entre particulares (C2C). Este enfoque restrictivo estaba presente en el documento elaborado por las Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)²⁵ que se refiere a la economía colaborativa como un modelo basado en “*el intercambio entre particulares de bienes y servicios que permanecían ociosos o infrautilizados, a cambio de una compensación pactada entre las partes*”.

11. La Comisión Europea no se ha mostrado ajena al fenómeno de la economía colaborativa, consciente de que puede contribuir de manera importante al empleo y el crecimiento económico. Entre otras iniciativas que ha puesto en marcha y a las que posteriormente haré mención, destaca el documento sobre “Una agenda para la economía colaborativa”, dirigido a dar orientación jurídica y política a las autoridades públicas, los operadores del mercado y ciudadanos interesados tal y como se anunció en la estrategia para el mercado único²⁶.

12. Según ha definido la Comisión Europea el término economía colaborativa se refiere a «*modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares. La economía colaborativa implica a tres categorías de agentes i) prestadores de servicios que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias –pueden ser particulares que ofrecen servicios de manera ocasional (“pares”) o prestadores de servicios que actúan a título profesional (“prestadores de servicios profesionales”)–; ii) usuarios de dichos servicios; y iii) intermediarios que –a través de una plataforma en línea- conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos (“plataformas colaborativas”)*. Por lo general, las transacciones de la economía colaborativa no impli-

²⁴ A. TOURIÑO, “La economía colaborativa desde la óptica de la competencia desleal. Análisis de los autos de medida cautelares dictados en los casos de Uber, Blablacar y Cabify”, Actualidad Civil nº 4, abril, 2016 (Smarteca), critica esta concepción porque excluiría servicios que sirven para conectar la oferta con la demanda de forma mucho más ágil que antes, aunque sin que ello suponga realmente compartir un recurso”.

²⁵ COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA “Los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa”, 2016 <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/promocion-de-la-competencia/mejora-regulatoria/consultas-publicas/economia-colaborativa> (Consultado el 16 de mayo de 2020).

²⁶ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las regiones “Mejorar el mercado único: más oportunidades para los ciudadanos y las empresas”, 28 de octubre de 2015. COM. (2015) 550 final.

can un cambio de propiedad y pueden realizarse con o sin ánimo de lucro»²⁷. No se acota el concepto a las relaciones C2C por cuanto se refiere a que los bienes o servicios ofrecidos “a menudo por particulares”. Se mantiene un concepto amplio que abarcaría transacciones en las que interviniera un profesional y el uso temporal de bienes y servicios es una de las opciones de mercado, pero no excluyente de otras.

13. La clave es que la plataforma actúa como intermediaria, siendo prestador de servicios de la sociedad de la información, pero, como veremos, también en sentido material, como intermediario de contenidos²⁸ facilitando la interacción entre los usuarios. La actividad no es llevada a cabo por la plataforma, sino por los usuarios a través de ella, siendo el medio a través del cual se produce la interacción. Los sujetos que interactúan pueden ser iguales (peer to peer, P2P, *Consumer to Consumer*, C2C) o entre empresarios (*Business to Business*, B2B), o entre empresario y consumidor (*Business to Consumer*, B2C). Se genera una relación contractual compleja: contrato celebrado por los usuarios con la plataforma que les permite el acceso para poder lograr la interacción y, posteriormente, el contrato celebrado entre los usuarios. El negocio subyacente lo celebran entre sí los usuarios y en ningún caso lo presta la plataforma. En sentido estricto, la economía colaborativa sería una permuta o una compraventa: intercambio de bienes entre usuarios a través de una plataforma digital. Un ejemplo de ello sería, por ejemplo, la plataforma *Wallapop* en donde particulares intercambian bienes propios.

14. El mismo esquema tiene lugar en la denominada “economía bajo demanda” que también se suele englobar en el concepto de economía colaborativa en un sentido más amplio que es el que parece adoptar la Comisión Europea en el texto transcrito. Un usuario demanda un bien o servicio (no hay permuta) a través de una plataforma digital y otro usuario se lo presta. Normalmente se genera una relación entre profesional y consumidor (B2C) o entre particulares (P2P). Al igual que en el caso anterior, la plataforma no presta el servicio subyacente. Es el caso, por ejemplo, de Chefly, una plataforma española que ayuda a los usuarios a contactar con cocineros para que se desplacen a sus domicilios y les cocinen comida casera.

15. A mi juicio, la clave diferenciadora sería pues el papel de intermediario material que como prestador de servicios de la sociedad de la información desempeña la plataforma²⁹, no llevando a cabo la actividad subyacente. Lo relevante no sería tanto el hecho objetivo de que se comparta un recurso, sino más bien la horizontalidad de la relación entre proveedor y usuario del bien o servicio. Coincido pues con aquellos que incluyen bajo el paraguas del concepto de economía colaborativa también los casos englobados bajo el concepto de economía bajo demanda³⁰.

16. Y es que el término economía colaborativa genera cierta confusión por cuanto denota un componente altruista que no existe. Así, en un estudio se señaló que preguntados los ciudadanos americanos acerca del significado de “economía colaborativa”, el 40% pensaron que se refería a un modelo en el que las personas “comparten en sentido literal de forma caritativa para ayudar a los necesitados mediante el intercambio de recursos, ignorándose el aspecto económico de la operación”³¹. Pero la reali-

²⁷ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. *Una Agenda Europea para la Economía Colaborativa*. Bruselas, 2.6.2016 COM (2016) 356 final, p. 3.

²⁸ Término utilizado por T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL *El régimen jurídico de los mercados electrónicos cerrados (e-Marketplaces)*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 149, que me parece muy adecuado porque refleja fielmente la actividad de estos prestadores de servicios de la información a la que posteriormente haré referencia.

²⁹ En el SHARING ESPAÑA, “Los modelos colaborativos y bajo demanda en plataformas digitales”, Sharing España, <https://www.fidefundacion.es/attachment/810605/> (Consultado el 15 de mayo de 2020) se define el modelo de economía “bajo demanda”, “como modelos de consumo y provisión de servicios que se basan en la intermediación entre la oferta y la demanda generada habitualmente de profesional a consumidor (B2C) a través de plataformas digitales que no prestan el servicio subyacente y cuya prestación se origina en base a las necesidades del usuario que demanda y se adapta a sus preferencias, prestandose normalmente a cambio de una contraprestación y habitualmente con ánimo de lucro”.

³⁰ A. TOURIÑO, “La economía colaborativa desde la óptica de la competencia desleal, *cit.*”, p. 3.

³¹ A. SMITH, “How americans define sharing economy”, 20 de mayo de 2016 <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2016/05/20/how-americans-define-the-sharing-economy/> (Consultado el 20 de mayo de 2020).

dad es que no hay nada de altruista porque se trata de una actividad que genera ingresos para sus intervinientes. Esa terminología es una especie de “marca blanca” en donde se subsumen variadas actividades que huyen de otra denominación que las pudiera hacer acreedoras de una regulación que se pretende evitar. De ahí que no hayan faltado quienes criticando tal término promueven otro que refleje el aspecto económico como el de “capitalismo de masas (*crowd-based capitalism*)”³².

17. El denominador común en todos los supuestos y lo que denota y reclama especialidades de régimen es el papel de la plataforma y la estructura contractual es similar y los retos normativos que plantea son comunes porque se van a generar relaciones jurídicas que difícilmente se incardinan en los esquemas tradicionales y plantean problemas de calificación jurídica. Lo relevante no es tanto el bien o servicio que se contrata, sino la forma en que se contrata y para ello el papel de la plataforma en línea es el aspecto más relevante³³. Por ello, por ejemplo, no entraría dentro del concepto de economía colaborativa, la denominada “economía de acceso” en la que la plataforma sí presta el servicio subyacente, poniendo a disposición de los usuarios unos bienes para su uso temporal adaptándose al tiempo de uso efectivo que requieren dichos usuarios y flexibilizando la localización espacial de los mismos³⁴. Así, por ejemplo, responden a este modelo las plataformas que permiten compartir un coche, propiedad de la empresa titular de la plataforma, entre varias personas de forma no simultánea (*carsharing*). Otro ejemplo sería la plataforma La Manual, que es un espacio de *coworking* que ofrece espacios específicos para artistas, artesanos y diseñadores. En este caso, es la plataforma la que presta el servicio subyacente.

18. Puesto que la especificidad radica en la *forma de la contratación* la intervención legislativa debería hacerse respecto de ello y no tanto por la naturaleza del servicio prestado y de ahí que se haya acuñado el término “economía de la plataforma”³⁵. Me parece adecuada la perspectiva amplia que adopta la definición diseñada por la Comisión Europea. La fragmentación del concepto y de su enfoque normativo por sectores de actividad podría conducir a solapamientos legales no deseables como ya hemos padecido en la forma de legislar de la UE en materia de protección del consumidor, en función del tipo contractual celebrado.

19. El enfoque regulatorio debe llevarse a cabo, a mi juicio, atendiendo a las modalidades de contratación realizadas a través de plataformas en línea³⁶, es decir, modelos de interacción económica y no tanto por sectores de actividad³⁷. Así lo ha puesto de relieve el Consejo Económico y Social Europeo al señalar en relación con el enfoque normativo del consumo colaborativo en función del sector, que

³² A. SUNDARAJAN, *The sharing economy. The end of employment and the rise of crowd-based capitalism*, 2016. <http://pin-guet.free.fr/sundararajan.pdf> (Consultado el 20 de mayo de 2020).

³³ Adoptan esta perspectiva, C. BUSCH; H. SCHULTE-NÖLKE; A. WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA; F. ZOLL, “The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law”, in *EuCML - Journal of European Consumer and Market Law*, 1, 2016 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2754100 (Consultado el 20 de mayo de 2020).

³⁴ SHARING ESPAÑA, “Los modelos colaborativos y bajo demanda en plataformas digitales”, *cit.*, p. 8.

³⁵ Término que empieza a utilizar el Think Tank JPMorgan Chase Institute <https://www.jpmorganchase.com/corporate/institute/document/institute-ope-2018.pdf>

³⁶ Cfr. A., CHANDLER, “What should the sharing economy be called?” <https://www.theatlantic.com/business/archive/2016/05/sharing-economy-airbnb-uber-yada/484505/> (Consultado el 20 de mayo de 2010).

³⁷ Este es el enfoque, a mi juicio, adecuado, de la iniciativa europea para regular las plataformas intermediarias en línea con objeto de lograr una adecuada protección del consumidor que a su vez permita la innovación. De hecho, ya se ha creado un grupo de trabajo con este objetivo. Cfr. RESEARCH GROUP ON THE LAW OF DIGITAL SERVICES, “Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms”, *Journal of European Consumer and Market Law*, n° 4/2016, p. 164 documento que se refiere a “economía de plataforma”.

No es este el planteamiento comúnmente aceptado. Así, SORIA BARTOLOMÉ B., “Aspectos económicos de la economía colaborativa”, en Montero Pascual, JJ., “La regulación de la economía colaborativa”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 69 quien mantiene un concepto restrictivo de economía colaborativa: “aquella en la que un agente (el prestador) facilita a otro (el usuario) la utilización temporal de un bien (el activo) que no fue adquirido para dedicarlo a su uso por terceros, realizándose la transacción a través de un intermediario electrónico”. No creo que la autonomía conceptual y la eventual necesidad de dotar de un régimen jurídico a la economía colaborativa deba depender del elemento objetivo (carácter sobrevenido del uso de bienes por terceros), de lo que se negocia, sino más bien la *forma* en la que se comparten dichos activos, es decir, a través de un intermediario.

“este fragmentado enfoque de los nuevos modelos de negocio genera inseguridad (en el plano económico o normativo, en relación con la mano de obra, etc.) e incertidumbre (en lo referente a la confianza, los nuevos instrumentos digitales, como la tecnología de registro distribuido (*blockchain*), las redes de seguridad y la privacidad) entre los operadores tradicionales, los nuevos proveedores de servicios y los consumidores, limitando la innovación, la creación de empleo y el crecimiento³⁸”.

20. El 20 de junio de 2019 se aprobó el Reglamento 2010/1150 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para las empresas que utilizan servicios de intermediación en línea³⁹, que parte de este enfoque general que defiende. Su objetivo es establecer un marco jurídico de los servicios de intermediación en línea⁴⁰, incluyendo los motores de búsqueda⁴¹, que sirven de medio para el acceso de muchas empresas a sus clientes. La finalidad es, entre otras, garantizar la transparencia de las condiciones generales utilizadas por estos proveedores de servicios de intermediación. Respecto de lo que aquí interesa, por el momento basta señalar que abarca todos los servicios de intermediación incluyendo los mercados de comercio electrónico, mercados colaborativos en los que están activas las empresas, los servicios de aplicación de software en línea y los servicios de redes sociales en línea. El objetivo del Reglamento es regular las relaciones entre la empresa proveedora del servicio de intermediación y las empresas proveedoras de bienes o servicios dirigidos a los consumidores. Poco importa cuál sea el objeto del servicio, sino que el denominador común es que las empresas acceden al cliente a través de una plataforma. Se centra en las relaciones B2B en tanto que el acervo comunitario en materia de protección del consumidor ya se aplica a las relaciones entre la plataforma y los consumidores. Como se puede apreciar, pues, el enfoque es general, el de una nueva modalidad de contratación y es a través de una plataforma intermediaria en línea. Poco importa cuál sea el contenido del servicio que los usuarios se procuran a través de ellas.

21. El aspecto clave es determinar en todos los casos si la plataforma es auténtica intermediaria o no, pues caso de no serlo su actuación puede suponer una violación de las normas en materia de competencia desleal en los términos previstos en la Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal (en adelante, LCD) en el caso de que la plataforma no cumpla la normativa sectorial específica. Sin perjuicio de que este aspecto sea tratado posteriormente, basta adelantar ahora que si la plataforma es un mero

³⁸ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO (CESE), “Dictamen sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo», al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Una Agenda Europea para la economía colaborativa» (2017/C 075/06), apartado 2.5. También T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, *La contratación en plataformas...*, cit., p. 96 señala que la falta de un cuerpo armonizado de normas a nivel europeo de las plataformas debilita su actividad naturalmente transfronteriza y resulta claramente inconsistente con su inherente carácter digital.

³⁹ DOUE 11 de julio de 2019.

⁴⁰ Según el art. 2 del Reglamento, se consideran servicios de intermediación en línea los que cumplen los siguientes requisitos:

a) *constituyen servicios de la sociedad de la información según lo previsto en el artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo;*

b) *permiten a las empresas ofrecer bienes o servicios a los consumidores, con el objetivo de facilitar el inicio de transacciones directas entre dichas empresas y clientes, con independencia de dónde aquellas se finalicen en última instancia;*

c) *se prestan a las empresas sobre la base de relaciones contractuales entre el proveedor de los servicios y los usuarios profesionales que ofrecen los bienes o servicios a los consumidores.*

⁴¹ El art. 2.5 del Reglamento define los motores de búsqueda como «un servicio digital que permite a los usuarios introducir consultas para hacer búsquedas de, en principio, todos los sitios web o de sitios web en un idioma concreto mediante una consulta sobre un tema cualquiera en forma de palabra clave, consulta oral, frase u otro tipo de entrada, y que en respuesta muestra resultados en cualquier formato en los que puede encontrarse información relacionada con el contenido solicitado». Los proveedores de servicios de búsqueda, sin tener relación contractual con las empresas, ejercen un impacto en la elección de los clientes en función de lo fácil o difícil que sea para una empresa aparecer anunciada ante la introducción de un término en el buscador por parte de los clientes. El Reglamento pretende un incremento de la transparencia de estos operadores quienes deben exponer para los usuarios de sitios web corporativos los parámetros principales que determinan la clasificación de las webs de las empresas. Así, deben aclarar si el mecanismo de clasificación tiene en cuenta y en qué medida, las características de los bienes y servicios ofrecidos a los consumidores, la importancia de tales características para los consumidores o las características de diseño de los sitios web utilizados por los usuarios corporativos. De esta forma, las empresas pueden actuar con base en dichos criterios para favorecer que su web aparezca con mayor facilidad en los motores de búsqueda.

prestador de servicios de la sociedad de la información⁴², su actividad no puede estar sujeta a autorizaciones previas o cualquier requisito equivalente dirigidos específicamente y exclusivamente a la prestación de dichos servicios. Como ha señalado la Comisión Europea⁴³ los Estados miembros solo pueden imponer requisitos reglamentarios a las plataformas colaborativas que ofrecen tales servicios de forma transfronteriza desde otro Estado miembro en circunstancias limitadas y sujetos a un procedimiento específico (art. 2 y 2 Directiva Comercio electrónico 2000/31 (en adelante, DCE)⁴⁴. Esta especialidad de régimen jurídico de los proveedores de servicios de la sociedad de la información, junto con el de neutralidad tecnológica garantizan la innovación y la libertad de expresión online y una red de internet abierta que ha favorecido el crecimiento de la economía digital⁴⁵.

22. Teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 15 LCD⁴⁶, podría tener la consideración de competencia desleal la actuación constituida por la ventaja competitiva que pudiera surgir por realizar una actividad sin la licencia pertinente, perjudicándose al resto de operadores del mercado⁴⁷. Pero esto sería así, si la plataforma prestara la actividad subyacente. Por eso es imprescindible definir las características que deben reunir las plataformas intermediarias en línea como protagonistas de esta modalidad de contratación sobre la que se está desarrollando la economía colaborativa o bajo demanda. Delineados estos caracteres será preciso en cada caso valorar si concurren o no en la plataforma cuya actividad se cuestione. Por ello –insisto– lo que dota a esta modalidad de contratación de novedad y, en su caso, acreedora de un régimen jurídico⁴⁸ es precisamente el papel de la plataforma en la contratación realizada entre pares o entre profesionales y particulares y no tanto la naturaleza del bien o servicio que es objeto del contrato celebrado por los usuarios de la plataforma entre sí⁴⁹. La “vedette” del ecosistema digital es la platafor-

⁴² Según se define en el Anexo C, de la LSSICE, se trata de la persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información. Por tal se entiende todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario. El concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios. En el anexo de la LSS se especifican lo que se considera servicios de la sociedad, entre otros, y siempre que representen una actividad económica, los siguientes:

1.º La contratación de bienes o servicios por vía electrónica. 2.º La organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales. 3.º La gestión de compras en la red por grupos de personas. 4.º El envío de comunicaciones comerciales. 5.º El suministro de información por vía telemática.

⁴³ COMISIÓN EUROPEA, “Una Agenda Europea para la Economía Colaborativa”, *cit.*, p. 6.

⁴⁴ Directiva 2000/31/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).

⁴⁵ Así lo declaró el Vicepresidente de la Comisión Europea, quien lidera la iniciativa sobre Mercado único digital, ANSIP, A, en el discurso “Transatlantic regulation and the digital economy” https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/ansip/announcements/speech-vice-president-ansip-transatlantic-regulation-and-digital-economy-panel-mobile-world-congress_en (Consultado el 12 de marzo de 2018).

⁴⁶ El artículo 15 de la LCD dispone que «1. Se considera desleal prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja ha de ser significativa. 2. Tendrá también la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial. 3. Igualmente, en el marco de lo dispuesto en el artículo 2, se considera desleal la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar obtenida de conformidad con lo previsto en la legislación sobre extranjería».

⁴⁷ Esto es lo que se ha discutido precisamente en el caso de la “plataforma UBER”: se trata de una aplicación informática que permite conectar a usuarios que necesitan un servicio de transporte con particulares dispuestos a prestar dicho servicio. Dado que tal servicio se presta sin necesidad de autorización administrativa ni licencia, el sector del Taxi entendió que se trataba de un acto de competencia desleal. Sobre ello se ha pronunciado el TJUE en la sentencia de 20 de diciembre de 2017 que será analizada posteriormente.

⁴⁸ Así lo ha puesto de relieve el CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO (CESE), en su dictamen sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Una Agenda Europea para la economía colaborativa» (2017/C 075/06), señalando que “las plataformas digitales, en particular, las que sostienen una actividad lucrativa, merecen toda la atención de la Comisión Europea, a fin de regular y armonizar su actividad y garantizar un *level playing field*, sobre la base de la transparencia, la información, el pleno acceso, la no discriminación y la explotación adecuada de datos. En concreto, resulta imperativo redefinir el concepto de subordinación jurídica de cara a la dependencia económica de los trabajadores y garantizar los derechos laborales con independencia de los formatos que adopte la actividad”.

⁴⁹ En este sentido, M.A., SÁNCHEZ HUETE, “Cuestiones tributarias y economía colaborativa”, Quincena Fiscal nº 13, 2017. C.J. CORRECHER MATO, “Economía colaborativa y recaudación tributaria: especial consideración al papel de la plataforma”.

ma. Como acertadamente se ha señalado, las plataformas han transformado contextos sociales, políticos, educativos y de la vida pública, ofreciendo entornos participativos y de colaboración, creando nuevas oportunidades, facilitando la creación de comunidades, movilizand recursos y capital, y promoviendo la innovación⁵⁰. El cambio está liderado por la plataforma, auténtica nueva protagonista y por todo ello me parece más afortunada la denominación “economía de la plataforma”⁵¹.

II. Características de la contratación a través de plataformas intermediarias en línea

23. Las plataformas intermediarias en línea presentan características particulares que es preciso individualizar con carácter previo para posteriormente identificar los problemas concretos que plantean y la procedencia o no de su regulación y, en su caso, el enfoque de la misma.

24. La Comisión Europea (CE) mantiene una diversidad conceptual que perturba el análisis de esta problemática modalidad de contratación. La afición por parte de las instituciones europeas de regular distintos aspectos de la misma realidad en distintas normas, contribuyendo sobremanera a la creación de rompecabezas normativos, se está empezando a poner de relieve en la regulación de la «economía de la plataforma». En primer lugar, se alude a «plataformas en línea» que se definen por la CE como «empresas que operan en mercados bilaterales o multilaterales, que utilizan internet para permitir la interacción entre dos o más grupos de usuarios distintos pero interdependientes, de forma que se genere valor para al menos uno de los grupos. Ciertas plataformas pueden ser calificadas como proveedoras de servicios de intermediación»⁵². El denominador común de todas estas plataformas es que permiten la interacción *online* entre usuarios mediante internet, ofertándose todo tipo de bienes y servicios.

25. Sin embargo, la Directiva⁵³ sobre la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE en la que se modifica, entre otras, la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores, alude a “mercados en línea”. Estos son definidos como un *servicio que permite a los consumidores celebrar contratos a distancia con otros comerciantes o consumidores mediante el uso de software, incluido un sitio web, parte de un sitio web o una aplicación operada por el comerciante o por cuenta de este*. Concepto lacónico que deja fuera muchas de las características de la actuación de las plataformas.

26. Más desarrollado es el concepto introducido en el Reglamento sobre el fomento de la equidad y la transparencia para las empresas que utilizan “servicios de intermediación en línea”⁵⁴. Se definen éstos en su art. 2 como los servicios que cumplen los siguientes requisitos:

Quincena Fiscal nº 22/2018 BIB 2018/14316, para quien “la economía colaborativa, en la medida que se ubica en el intercambio entre particulares de bienes y servicios que aparecen infrutilizados, no resulta un fenómeno novedoso. Lo realmente innovador resulta el uso de medios electrónicos que permiten interconectar un gran número de personas”. También ALARCÓN SEVILLA V., “Los datos personales de los usuarios en la economía colaborativa”, en Alfonso Sánchez, R., y Valero Torrijos (Dir.) Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital, Aranzadi, 2017, P. 135, considera que plantearse actualmente si la economía colaborativa sigue siendo realmente colaborativa es cuestión estéril e infructuosa. J. CAMPOS CARVALHO, “Online platforms: concept, role in the conclusion of contracts and current legal framework in Europe”, CDT Vol 12, No 1 (2020) <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5227> (Consultado el 25 de mayo de 2020).

⁵⁰ T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “La contratación en plataformas electrónicas en el marco de la estrategia para el mercado único digital en la Unión Europea”, Castaños Castro, P., Castillo Parrilla, J. A., (Dirs.), *El mercado digital de la Unión Europea*, Ed. Reus, Madrid, 2019, pp. 89-123.

⁵¹ Este término es el utilizado por el RESEARCH GROUP ON THE LAW OF DIGITAL SERVICES, «Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms», *Journal of European Consumer and Market Law*, nº 4/2016, p. 164.

⁵² COMISIÓN EUROPEA, “Consultation on Regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy”, 24 September 2015 p. 5. Traducción propia.

⁵³ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE.

⁵⁴ Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea.

- a) constituyen servicios de la sociedad de la información según lo previsto en el artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento;
- b) permiten a las empresas ofrecer bienes o servicios a los consumidores, con el objetivo de facilitar el inicio de transacciones directas entre dichas empresas y clientes, con independencia de donde aquellas se finalicen en última instancia;
- c) se prestan a las empresas sobre la base de relaciones contractuales entre el proveedor de los servicios y los usuarios profesionales *que ofrecen los bienes o servicios a los consumidores*.

27. Este concepto es más completo que el anteriormente señalado. La perspectiva global que, a mi juicio, debe adoptarse en la regulación de la contratación a través de plataformas exige una única norma y, sobre todo, un único concepto. No debe suceder en esta materia lo acontecido en el pasado con los conceptos de consumidor y comerciante. El concepto de plataforma intermediaria en línea debe ser único en todas las normas, cualquiera que sea el aspecto que regulen, por más que sea deseable una única norma. Con base en las distintas definiciones, trataremos de establecer cuáles son las características que necesariamente deben concurrir para que nos encontremos en una plataforma intermediaria en línea.

1. Son mercados multilaterales

28. Las plataformas intermediarias en línea constituyen un mercado multilateral lo que significa que permiten que el lado de la oferta (los proveedores) satisfaga el lado de la demanda (los clientes), creando una estructura triangular que se basa en las relaciones entre (1) la plataforma y el proveedor (2) la plataforma y el consumidor, y (3) el proveedor y el cliente. Desde el punto de vista jurídico, esta estructura triangular es el aspecto fundamental de las plataformas y lo que más problemas plantea.

29. La relación de la plataforma con los usuarios es «horizontal», la propia de un mercado *multi-side* en tanto su grado de intervención y de influencia en los productos o servicios que ofrecen no permite configurarlo como prestador de servicios⁵⁵. El valor creado es precisamente la interacción por la que normalmente la plataforma recibe una remuneración que puede cargar al proveedor del servicio o al usuario. Cuanto más fácil sea la interacción, mayor valor tiene la plataforma y crecerá cuantos más usuarios consiga atraer. Se produce así el denominado “efecto de red” que significa que los usuarios obtienen un beneficio adicional por la existencia de más usuarios en el lado opuesto del mercado⁵⁶. El valor de la plataforma para un determinado grupo de usuarios (por ejemplo, proveedores) obtiene una mayor utilidad cuantos más usuarios tenga la plataforma, lo cual es un efecto lógico (es la también denominada interdependencia)⁵⁷. El éxito de la plataforma residirá en el correcto funcionamiento de la interacción y

⁵⁵ No hay unanimidad doctrinal acerca del concepto del mercado de doble cara. Mientras algunos autores consideran que tiene tal carácter aquellas plataformas que proporcionan efectos en red entre los dos grupos de usuarios conectados a través de ellas (M. ARMSTRONG, «Competition in Two-Sided Markets», *Rand Journal of Economics*, 37, 2006 p. 680), otros, J. ROCHET, CH., TIROLE “Two side markets: an overview», 2004 p. 3 http://web.mit.edu/14.271/www/rochet_tirole.pdf (Consultado el 6 de junio de 2020), por el contrario se centran en la falta de neutralidad en la estructura de precios establecida por la plataforma, de forma que se subvencione a un segmento de usuarios: «desde una perspectiva estratégica, las plataformas multisectoriales resuelven este problema subvencionando un segmento de clientes. A pesar de que un operador de plataforma incurre en costos al servir a todos los grupos de clientes, a menudo decide atraer un segmento a la plataforma con una propuesta de valor económico para atraer a los usuarios de las plataformas «otro lado». D.S. EVANS Y R. SCHMALENSSEE, “Markets with Two-Sided Platforms. Issues in competition law and policy (ABA section of antitrust Law and Policy) (ABA Section of Antitrust Law), Vol. 1, Chapter 28, 2008. <https://ssrn.com/abstract=1094820> (Consultado el 8 de junio de 2020), destacan el papel de la interdependencia de los usuarios como rasgo característico de las plataformas *multi-side*: la plataforma conecta a dos grupos de usuarios que no pueden captar el valor de su interacción por sí mismos. Es la plataforma la que crea ese valor por los efectos cruzados o interdependencia que se crea. Ello significa que la participación de un grupo de usuarios afecta la forma en que otros grupos valoran el servicio/bien que se proporciona. Claramente no serían plataformas *multi-side* aquellas que no permiten interacción entre usuarios como es el caso, por ejemplo, de Netflix o Spotify.

⁵⁶ COMISIÓN EUROPEA, “Las plataformas en línea y el mercado único digital. Retos y oportunidades para Europa”, COM (2016) 288 final, 25 de mayo de 2016, p.3.

⁵⁷ Tampoco hay unanimidad doctrinal sobre la significación de la interdependencia entre los usuarios recogida en la definición diseñada por la Comisión Europea. Según ésta, basta que se genere valor para un grupo de usuarios. Para la OCDE

no tanto en el bien o servicio que se intercambia de cuya calidad, en principio, se mantiene al margen por cuanto son los usuarios los que lo proporcionan y no la plataforma que tan solo es un “medio”⁵⁸.

30. Los usuarios (proveedores y adquirentes del bien o servicio de cualquier naturaleza) se afilian a la plataforma y realizan una “interacción directa” y un aspecto clave es que, como regla general, son los usuarios los que mantienen el control sobre los términos de la interacción (fijación de precios, la entrega del bien o servicio comercializado, la capacidad de determinar la naturaleza y la calidad de los servicios ofrecidos, los términos y condiciones etc...) ⁵⁹. De esta forma, si la plataforma “controla” los bienes y servicios ofertados, dejará de ser un simple intermediario y pasará a ser algo más pudiéndosele calificar, como veremos, como prestador del servicio subyacente.

31. La “horizontalidad” de las relaciones jurídicas que se producen en un mercado multilateral es la que genera retos normativos porque el acervo comunitario en materia de protección de los consumidores está basado en un modelo de distribución en cadena: fabricante, mayorista, minorista y consumidor en una escala vertical. El desequilibrio entre las posiciones de las partes (B2C), sirvió de justificación para el diseño de un sistema contractual de protección del consumidor, precisamente porque el canal habitual de adquisición de bienes y servicios era B2C. La economía de la plataforma deja obsoleto este esquema porque los bienes y servicios se intercambian entre usuarios que muchas veces no tienen la consideración de empresarios (B2C). En las plataformas es usual el modelo *peer to peer*, relaciones entre consumidores a las que no es de aplicación la normativa de protección de consumidores. La protección de los usuarios en la “economía de la plataforma”, genera retos normativos por la ineficiencia de la regulación vigente para atenderlos⁶⁰, dada, como veremos, la falta de transparencia de las condiciones de uso de muchas plataformas.

32. De ahí que se haya postulado la necesidad de una intervención europea que regule la contratación a través de plataformas intermediarias en línea, al margen de cuál sea el bien o servicio que se comercie a través de ellas. Tal iniciativa debe resolver tres problemas clave: el papel de la plataforma como intermediario, sus derechos y obligaciones y su eventual responsabilidad en los casos de incumplimiento por parte del oferente del bien o servicio⁶¹. De hecho, este último aspecto de la responsabilidad del operador de la plataforma y la opacidad de su papel en esta modalidad de contratación el que más preocupa a los usuarios de plataformas. Según el estudio realizado por la CE poco menos de la mitad de los ciudadanos encuestados (49%) ven la falta de claridad sobre quién es responsable en caso de un

“The economic and social role of internet intermediaries”, 2010, p. 17. <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/44949023.pdf> (Consultado el 14 de mayo de 2020), el valor obtenido por un tipo de usuario aumenta con el número o con la calidad del otro tipo de usuarios. El papel del intermediario es precisamente generar estrategias de Mercado para conseguir que ambos grupos de usuarios participen, por ejemplo, fijando precios del servicio para uno de los grupos más atractivos.

⁵⁸ En el mismo sentido, OLMEDO PERALTA, E., “Competencia *dentro* de las plataformas de la economía colaborativa: posibles prácticas restrictivas de los mal llamados “prosumidores” Las viviendas vacacionales: Entre la economía colaborativa y la actividad mercantil / coord. por Beatriz Fonticiella Hernández; Inmaculada González Cabrera (dir.), María del Pino Rodríguez González (dir.), 2019, pp. 207-232: “los nuevos problemas jurídicos no se derivan de la naturaleza de las prestaciones – pues éstas mantienen su configuración, sin que los nuevos medios hayan implicados cambios significativos- sino del modo en que éstas se articulan”. Lo de menos es que se trate de “colaborar”. Lo importante es el cuadro complejo de relaciones jurídicas que la plataforma como intermediaria, como facilitadora, genera.

⁵⁹ Para A. HAGEIU, J. WRIGHT, “Multi-sided platforms”, Working paper https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/15786564/hagiui_wright_multi-sided-platforms.pdf?sequence=1, p.6 el elemento clave de las plataformas *multi-side* es precisamente la falta de implicación de la plataforma en el bien y servicio que a través de ella se lleva a cabo. No basta la afiliación de los usuarios a la plataforma, sino que es imprescindible que la plataforma no controle las variables de decisión relevantes como las actividades de marketing, los precios, la entrega etc...

⁶⁰ A. WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, “Online platforms: How to adapt regulatory framework to the Digital Age, Internal Market and Consumer Protection. European Parliament [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/607323/IPOL_BRI\(2017\)607323_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/607323/IPOL_BRI(2017)607323_EN.pdf) p. 4. (Consultado el 29 de febrero de 2018).

⁶¹ BUSCH ET AL., “The rise of the platform economy: A new challenge for EU Consumer Law”, Journal of European Consumer and Market law 1/2016. <https://ssrn.com/abstract=2754100> (Consultado el 7 de junio de 2020).

problema como la mayor desventaja de esta modalidad de contratación⁶². Por ello, la transparencia será la clave de la confianza y del éxito de las plataformas. Es necesaria una regulación armonizada a nivel europeo de esta modalidad de contratación al margen del sector de actividad al que afecte.

2. La diversidad de usuarios que intervienen en la contratación a través de plataformas

33. El acervo comunitario en materia de consumo se centra en los contratos en los que las empresas establecen relaciones con los consumidores, definidos en el apartado 1 del artículo 2 de la Directiva sobre derechos de los consumidores (2011/83) como cualquier persona física que actúe con fines ajenos a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión. Cuando se contrata a través de una plataforma, se pueden involucrar varios tipos de usuarios que, en sus relaciones con la plataforma, pueden tener la consideración de consumidores y, por el contrario, ser empresarios en su relación con el otro usuario que es con quien contrata el bien o servicio.

34. La naturaleza de mercado de doble lado que caracteriza a las plataformas plantea el problema de los estatutos de los usuarios para establecer el régimen jurídico aplicable a los contratos entre el proveedor del bien o servicio y el cliente y a los contratos que vinculan a la plataforma con cada grupo de usuarios. La aplicación de la normativa de protección del consumidor depende del estatuto de los contratantes y éste se torna complejo en su determinación cuando se contrata a través de plataforma en línea. Nos vamos a encontrar con empresas que interactúan con consumidores (B2C), particulares que interactúan entre sí (P2P), empresas que contratan entre sí (B2B) e incluso puede suceder que el proveedor sea consumidor, en tanto que no actúa en el ámbito de su actividad profesional o empresarial y el cliente o adquirente del bien o servicio sea un empresario (C2B). De ahí, que se haya generalizado el llamativo término de “prosumidor” aludiendo a la posibilidad que tiene un sujeto de actuar a la vez como consumidor y proveedor de un bien o servicio⁶³, difuminándose la frontera entre productor y consumidor.

35. En definitiva, si ya es compleja, en ocasiones, la distinción entre empresario y consumidor, cuando se contrata a través de plataforma en línea se hace más relevante esta “zona gris”, en la que el estatus de la parte interesada evoluciona del consumidor a la empresa y, como tal, escapa a una fácil calificación. El rasgo característico de la economía de la plataforma es que la distinción entre consumidores y empresas se difumina como resultado de la participación de la plataforma en las actividades. Por lo tanto, va a ser necesario proteger a esos clientes, pero en muchas ocasiones van a escapar de las normas europeas de protección del consumidor⁶⁴, y no queda claro cuál es la parte débil que hay que proteger, sobre todo, cuando a veces los propios consumidores actúan como proveedores (*prosumer*). Los contratos entre particulares quedan fuera del ámbito de protección de la normativa de protección de

⁶² COMISIÓN EUROPEA “Flash Eurobarometer 467 Report. The use of the collaborative economy”, octubre 2018, https://data.europa.eu/euodp/en/data/dataset/S2184_467_ENG (Consultado el 16 de mayo de 2020).

⁶³ Este concepto no es nuevo y fue diseñado por ALVIN TOFFLER en su libro “La tercera ola”, México 1987, y surge de la combinación entre las palabras “consumidor” y “proveedor”. Definía al prosumidor como aquel que participa en los propios bienes y servicios que consume. En realidad, consume lo que produce, algo que sucedía de forma habitual antes de la revolución industrial. Las nuevas tecnologías y el desarrollo de la economía colaborativa han provocado un retorno a este concepto que en los términos de Toffler podría considerarse primitivo. El consumidor puede ubicarse en ambas partes del proceso productivo, prestando bienes y servicios sin carácter habitual. Este es el significado de prosumidor en el ámbito de la economía colaborativa y que plantea el problema del establecimiento de los criterios que deben operar para diferenciar entre ciudadanos particulares que prestan servicios de manera ocasional y proveedores que actúan con capacidad profesional. El término ya ha sido utilizado por el CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO (CESE), en el Dictamen sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Una Agenda Europea para la economía colaborativa», COM(2016) 356 final], (2017/C 075/06), considerando que los criterios de frecuencia de los servicios, fin lucrativo y volumen de negocio pueden ser aptos para delimitar cuando nos encontramos ante un *prosumidor* o un profesional.

⁶⁴ WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, “A Online Platforms: How to Adapt Regulatory Framework to the Digital Age?” Parlamento Europeo, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/607323/IPOL_BRI\(2017\)607323_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/607323/IPOL_BRI(2017)607323_EN.pdf) (Consultado el 13 de mayo de 2020), p. 5.

consumidores, siendo de aplicación las normas de Derecho privado que correspondan (Código Civil y Código de Comercio). Se corre el riesgo de que aparezcan comerciantes “encubiertos” que contraten a través de estas plataformas solo para evitar la aplicación de la normativa protectora de los consumidores. En este sentido, deben idearse mecanismos que eviten este fraude, siendo este uno de los retos normativos que plantea la economía de la plataforma.

36. Este aspecto ha sido abordado en el Borrador de Propuesta de Directiva sobre plataformas en línea (en adelante, BPDPL) elaborado por el grupo de trabajo en regulación de los servicios digitales⁶⁵. La Propuesta extiende su ámbito de aplicación a los contratos de suministro de bienes, servicios o contenidos digitales entre un proveedor y un cliente a través de una plataforma de intermediación en línea (art. 1 BPDPL). Se propone un marco regulatorio que abarque las relaciones de la plataforma tanto con oferentes como con demandantes de bienes y servicios, regulando su papel de “facilitador” de la contratación.

37. En el art. 11 del BPDPL se establece que el operador de la plataforma debe asegurarse de que el proveedor que ofrece bienes, servicios o contenido digital informe al cliente, en su caso, de su condición de comerciante. Dadas las dificultades de determinación que en el ámbito online pueden surgir respecto de la condición de consumidores o profesionales de los proveedores, parece razonable que sea la plataforma la que informe sobre este particular en tanto que tiene acceso a más información que el otro usuario.

38. En la misma línea, la Comisión Europea⁶⁶ se ha planteado este problema en el ámbito de la economía colaborativa, y ha establecido una serie de criterios no vinculantes para determinar en qué condiciones el prestador del servicio subyacente debe ser considerado comerciante, dada la diversidad normativa que sería aplicable en cada caso⁶⁷.

39. Aunque ninguno de ellos sería por sí mismo suficiente para que un prestador pudiera ser considerado un comerciante, según las circunstancias del caso su combinación puede apuntar en esa dirección:

- Frecuencia de los servicios: los prestadores que ofrecen sus servicios solo de manera ocasional (es decir, de manera marginal y accesorio, y no regularmente) son menos susceptibles de ser considerados comerciantes. Cuanto mayor es la frecuencia con que se prestan los servicios, más claro está que el prestador puede considerarse un comerciante, ya que ello podría indicar que está actuando con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión.
- Fin lucrativo: Un fin lucrativo puede ser un indicio de que el prestador puede considerarse un comerciante con respecto a una determinada transacción. Los prestadores cuyo objetivo es intercambiar activos o competencias (por ejemplo, en el caso de las permutas de casas o los bancos de tiempo) no reúnen en principio las condiciones para ser considerados comerciantes. Los prestadores que solo reciben una compensación por los costes en una determinada transacción pueden no estar buscando un beneficio. En cambio, es probable que los prestadores que obtienen una remuneración superior a la compensación de los costes tengan un fin lucrativo.
- Nivel de volumen de negocio: Cuanto más alto es el volumen de negocio generado por el prestador de servicios (procedente de una o más plataformas colaborativas) más indicios

⁶⁵ RESEARCH GROUP ON THE LAW OF DIGITAL SERVICES *umer and Market Law*, n° 4/2016, pp. 164-169.

⁶⁶ COMISIÓN EUROPEA, “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Agenda Europea para la Economía Colaborativa”. Bruselas, 2.6.2016 COM (2016) 356 final, p. 10.

⁶⁷ Con respecto a las transacciones entre empresas y consumidores en la economía colaborativa, se aplicaría la Directiva sobre prácticas comerciales, la Directiva 2011/83/EU («Directiva sobre los derechos de los consumidores») y la Directiva 93/13/EEC sobre cláusulas abusivas en los contratos concluidos con consumidores. Con respecto a las transacciones entre empresas, se aplicaría la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

hay de que el prestador reúne las condiciones para ser considerado un comerciante⁶⁸. A este respecto, es importante evaluar si el nivel de volumen de negocio generado por el prestador procede de la misma actividad (p. ej., el uso compartido de vehículos) o de varios tipos de actividades (uso compartido de vehículos, jardinería, etc.). En el segundo supuesto, un mayor volumen de negocio puede no implicar necesariamente que el prestador reúne las condiciones para ser considerado un comerciante, ya que puede no haber sido obtenido necesariamente en relación con el otro negocio (principal) del prestador.

40. A los criterios antes señalados la OCDE ha añadido algunos más: el nivel de organización y planificación de la actividad del proveedor, el número de transacciones, su valor, la duración de la actividad, la forma en que los consumidores perciben la actividad del proveedor⁶⁹.

41. Esta dificultad de la determinación de la naturaleza del usuario que contrata a través de plataformas en línea me parece uno de los problemas clave en esta materia, pues se corre el riesgo de acudir a este mecanismo para huir del bloque regulatorio de protección del consumidor, algo que no es fácil de detectar en la práctica, por mucho que una hipotética regulación le obligue a hacerlo. Sería razonable que la propia plataforma obligara al usuario a pronunciarse sobre su condición, tal y como ya hacen *eBay*, *Windu* y *Yoopies*. De hecho, el gran activo de la plataforma son los datos que proporcionan los usuarios cuando celebran el contrato de acceso. Las plataformas disponen de datos para evaluar los indicadores pertinentes, supervisar la validez de la información facilitada por los proveedores.

42. La Directiva⁷⁰ sobre la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores declara en su Exposición de Motivos que uno de sus objetivos es lograr más transparencia para los consumidores en los mercados en línea. Se hace eco la UE de que los consumidores no siempre conocen el modo en que se clasifican las ofertas que se les presentan en el mercado en línea, ni a quién compran (a comerciantes profesionales o a otros consumidores). Muchos consumidores creen que compran al mercado en línea y que, por tanto, celebran un contrato con él. En realidad, puede que le estén comprando a un proveedor tercero que figura en el mercado en línea, pero que no es comerciante. Como resultado, los consumidores pueden pensar falsamente que tratan con comerciantes profesionales (y que, por tanto, les asisten sus derechos como consumidores). Esta confusión puede causar problemas en caso de que algo salga mal con una adquisición en línea, porque no siempre es fácil determinar quién es responsable. La Directiva introduce requisitos adicionales en materia de información en la Directiva 2011/83/UE. Se añade el art. 6 bis a la Directiva 2011/83:

Requisitos de información específicos adicionales para contratos celebrados en mercados en línea

1. *Antes de que un consumidor quede obligado por un contrato a distancia, o cualquier oferta correspondiente, en un mercado en línea, el proveedor del mercado en línea facilitará además, sin perjuicio de lo dispuesto en la Directiva 2005/29/CE, la siguiente información de forma clara, comprensible y adecuada a las técnicas de comunicación a distancia: información general, facilitada en una sección específica de la interfaz en línea que sea fácil y direc-*

⁶⁸ Así lo ha entendido la sentencia del TJUE de 12 de julio de 2011 (L'Oreal contra eBay): "si las ventas realizadas por un particular en un mercado electrónico superan, por razón de su volumen, su frecuencia y otras características, el ámbito de lo que puede considerarse una actividad privada, habrá que entender que el vendedor está actuando dentro del tráfico económico (...)". Párrafo 55.

⁶⁹ OCDE, "Protecting Consumers In Peer Platform Markets: Exploring The Issues", *OECD Digital Economy Papers*, No. 253, OECD Publishing, 2016, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/5jlwvz39m1zw-en>, p. 20.

⁷⁰ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE. Bruselas, 11.4.2018 COM (2018) 185 final.

tamente accesible desde la página en la que se presenten las ofertas, relativa a los principales parámetros que determinan la clasificación, tal como se define en el artículo 2, párrafo 1, letra m), de la Directiva 2005/29/CE, de las ofertas presentadas al consumidor como resultado de la consulta y la importancia relativa de dichos parámetros frente a otros parámetros;

- a) si el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital es un comerciante o no, con arreglo a la declaración de dicho tercero al mercado en línea;
- b) cuando el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital no sea un comerciante, que los derechos de los consumidores derivados de la legislación de la Unión en materia de protección de los consumidores no son de aplicación al contrato;
- c) cuando proceda, cómo se reparten las obligaciones relacionadas con el contrato entre el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital y el proveedor del mercado en línea. Esta información se entenderá sin perjuicio de la responsabilidad que el mercado en línea o el comerciante pueda tener en relación con el contrato en virtud de demás legislación nacional o de la Unión.

2. Sin perjuicio de la Directiva 2000/31/CE, el presente artículo no impide a los Estados miembros que impongan requisitos de información adicionales a los mercados en línea. Tales disposiciones serán proporcionadas y no discriminatorias, y estarán justificadas por razones de protección de los consumidores».

43. Esta regulación resuelve algunos de los problemas clave en materia de transparencia: que el consumidor sepa con quién contrata y el régimen jurídico aplicable a su contrato. No obstante, otros problemas subsisten. Esta nueva regulación propuesta no altera lo dispuesto en el art. 15 de la Directiva 2000/31 sobre comercio electrónico que establece que los prestadores de servicios de la sociedad de la información no deben supervisar los datos que transmitan o almacenen. De esta forma, no tienen obligación de verificar el estatuto jurídico de los usuarios, si son consumidores o comerciantes (Considerando nº 28 de la Directiva 2019/2161). La norma propuesta se basa en la declaración del propio usuario que puede decir la verdad o no. El riesgo de que comerciantes se «disfracen» de *prosumidores* para evitar la aplicación de la regulación de protección de consumidores subsiste y la plataforma no responde de ello. La regulación propuesta blinda a las plataformas más que proteger al consumidor. Lo razonable habría sido que tuvieran algunos deberes legales de comprobación de la veracidad de la declaración del usuario acerca de su consideración o no como comerciante⁷¹. No obstante, nada impide que en el caso concreto se cuestione por el propio adquirente la condición de comerciante del proveedor, pero entiendo que habría sido más razonable que la plataforma tuviera que exigir algún tipo de documentación al usuario que acredite el tipo actividad profesional a la que se dedica. En cuanto a las consecuencias de la omisión de tal información por parte de la plataforma, el nuevo Art. 7, apartado 4 de la Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales establece como consecuencia de la omisión de tal información sobre la condición del suministrador la consideración de que se trata de una omisión engañosa del titular de la plataforma. Por esta razón, este no solo está legitimado para bloquear el acceso en tales casos, sino que es su obligación hacerlo si no quiere incurrir en un comportamiento desleal⁷².

44. Recientemente el TJUE en sentencia de 4 de octubre de 2018⁷³, se ha pronunciado sobre el problema de la calificación como comerciante del proveedor del bien o servicio a través de una plataforma intermediaria en línea. La sentencia resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal

⁷¹ EUROPEAN CONSUMER ORGANIZATION, «Proposal for a better enforcement and modernization of EU Consumer protection rules. Omnibus directive», 20/09/2018. https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2018-081_omnibus_directive.pdf (Consultado el 20 de mayo de 2020), p. 5.

⁷² En este sentido, WINNER, M, «La regulación jurídica de los contratos celebrados a través de plataformas: el Derecho europeo», Blog Almacén de Derecho, 2020. <https://almacendederecho.org/la-regulacion-juridica-de-los-contratos-celebrados-a-traves-de-plataformas-el-derecho-europeo> (Consultado el 2 de septiembre de 2020).

⁷³ Asunto C-105/17. Komisia za zashitita na potrebitelite y Evenlina Kamenova.

Contencioso administrativo de Varna (Bulgaria), en relación con la interpretación del art. 2, letras b) y d) de la Directiva 2005/29/CE de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores que determinan quién tiene la condición de comerciante a los efectos de la aplicación de dicha Directiva. Dispone el art. 2 b) que tendrá la consideración de comerciante, «*cualquier persona física o jurídica que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión, así como cualquiera que actúe en nombre del comerciante o por cuenta de éste*».

45. Una consumidora compró un reloj de pulsera en una plataforma de comercio electrónico en virtud de un contrato de compraventa a distancia. Al parecer, dicho reloj no respondía a las características indicadas en el anuncio publicado en la página web. La vendedora del producto (Sra. Kemenova) se negó a facilitar la devolución y la compradora presentó una reclamación ante la Comisión de protección de los consumidores (CPC) quien impuso sanciones administrativas a la vendedora, por haber omitido facilitar información a los consumidores al publicar anuncios de venta en un sitio de Internet. Concretamente, había omitido indicar en el anuncio el nombre, la dirección postal y la dirección de correo electrónico del comerciante, el derecho de desistimiento del contrato de compraventa que corresponde al consumidor, entre otros extremos. La vendedora interpuso un recurso contra la resolución de la Comisión de protección de los consumidores que fue estimado por el Tribunal de Distrito de Varna, en sentencia de 22 de marzo de 2016, que consideró que la vendedora no tenía la condición de comerciante a los efectos de la Directiva 2005/29 y la normativa búlgara de transposición de dicha norma comunitaria. La vendedora utilizaba el pseudónimo «Evetto ZZ» y que había publicado en dicha página un total de ocho anuncios de venta de productos diversos.

46. Contra dicha sentencia se interpone recurso de casación ante el órgano jurisdiccional que plantea la cuestión prejudicial en la que se cuestiona si una persona física que publica simultáneamente en un sitio de Internet una serie de anuncios en los que ofrece la venta de bienes nuevos y usados puede ser calificado como comerciante a los efectos de la aplicación de la Directiva 2005/29, constituyendo tal actividad una práctica comercial de las empresas en sus relaciones con consumidores en los términos previstos en el art. 2 d) Directiva 2005/29⁷⁴.

47. El TJUE declara que el concepto de comerciante Directiva 2005/29 debe interpretarse de manera homogénea con el concepto que a su vez contiene la Directiva 2011/83 sobre los derechos de los consumidores, ya que su definición es prácticamente idéntica. El sujeto debe actuar con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión en nombre de un comerciante o por cuenta de éste. Se trata, a juicio del TJUE, de un concepto «funcional» que exige apreciar si la relación contractual o la práctica comercial forma parte de las actividades que una persona ejerce con carácter profesional. Debe atenderse al caso concreto y es algo que le corresponde examinar al órgano jurisdiccional que ha planteado la cuestión prejudicial.

48. ¿Y cómo lo determina? Aquí está la aportación del TJUE en este caso en cuanto establece una serie de *criterios* que aclara que no son taxativos ni exclusivos, por lo que el hecho de cumplir uno o varios de esos criterios no determina que el vendedor a través de plataforma en línea deba ser considerado comerciante.

49. Se habrá que comprobar si la venta en la plataforma en línea se ha efectuado de forma planificada y si dicha venta tiene fines lucrativos, si el vendedor dispone de información y competencias técnicas relativas a los productos que pone a la venta de las que el consumidor no dispone necesariamente, de manera que lo coloca en una situación más ventajosa con respecto a dicho consumidor, si el

⁷⁴ «*Prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores*»: todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores».

vendedor tiene un estatuto jurídico que le permite realizar actos de comercio y en qué medida la venta en línea está vinculada a la actividad comercial o profesional del vendedor, si el vendedor está sujeto a IVA, si el vendedor, que actúa en nombre de un comerciante determinado o por su cuenta o por medio de otra persona que actúa en su nombre y por su cuenta, ha recibido una retribución o una participación, si el vendedor compra bienes nuevos o usados con intención de revenderlos, confiriendo de este modo a dicha actividad un carácter regular, una frecuencia o una simultaneidad con respecto a su actividad comercial o profesional, si los productos en venta son todos del mismo tipo o del mismo valor, en particular, si la oferta se concentra en un número limitado de productos.

50. Concluye el TJUE que el ánimo de lucro y el número de anuncios no basta por sí mismo para calificar a dicha persona como comerciante, sino que debe actuar con un propósito relacionado con su actividad económica, oficio o profesión, extremo que le corresponde examinar al órgano remitente. Por lo tanto, el TJUE no decide si la vendedora tenía la condición de comerciante o no, sino que se limita a establecer una serie de criterios que debe tener en cuenta el juez nacional sin que sea suficiente el ánimo de lucro o el número de anuncios publicados.

3. El carácter instrumental de la actividad de las plataformas en línea.

3.1. Clasificación de plataformas intermediarias en línea en función de su modelo de negocio.

51. La estructura triangular que genera la contratación a través de una plataforma plantea su papel en las relaciones contractuales que emergen de la interacción que facilita y, por ende, el grado de responsabilidad que puede asumir. Si partimos del concepto de intermediario en internet que, por ejemplo, propone la OCDE, como aquellos que reúnen o facilitan las transacciones entre terceros en internet, proporcionan acceso, alojan, transmiten e indexan contenidos, productos y servicios originados por terceros en internet o prestan servicios basados en internet a terceros⁷⁵, muchas plataformas no tendrían la consideración de intermediarias porque muchas tienen algún grado de control sobre las interacciones que posibilitan.

52. Efectivamente, el grado de participación de la plataforma en la contratación puede ser diferente en cada caso en función del compromiso que asuma, tal y como he señalado al describir los distintos modelos. Con todo, su objeto debe ser una actividad instrumental favorable a la contratación entre usuarios. Pero dicha actividad, siendo instrumental, puede tener diferente intensidad⁷⁶. La clave estará, como veremos, en los criterios que determinan la frontera entre la actividad instrumental y la prestación del servicio subyacente. La intermediación es característica esencial y por ello se incorpora a la definición realizada en el borrador de propuesta de directiva⁷⁷ de “plataformas intermediarias en línea” que las califica como “un servicio de información accesible a través de Internet o por medios digitales similares que permite a los clientes celebrar contratos con proveedores de bienes, servicios o contenidos digitales; no se incluyen los servicios que se limitan a identificar a los proveedores pertinentes y que dirigen a los clientes a los sitios web o a los datos de contacto de dichos proveedores”.

⁷⁵ OCDE, “The economic and social role of internet intermediaries”, 2010, p. 9. https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/the-economic-and-social-role-of-internet-intermediaries_5kmh79zsz8vb-en (Consultado el 24 de mayo de 2020).

⁷⁶ Sin embargo, como se pone de relieve en el informe realizado por la consultora OXERA, “Benefits of online platforms”, 2015, p. 14, <https://www.oxera.com/wp-content/uploads/2018/07/The-benefits-of-online-platforms-main-findings-October-2015.pdf> (Consultado el 24 de mayo 2020), en la práctica, muchas plataformas conservan cierto grado de control sobre las interacciones que facilitan. Este control puede ser bastante limitado y se refiere a los datos que los usuarios envían cuando crean una cuenta o utilizan una plataforma como Facebook o Twitter. Puede ir más allá e incluir el control sobre ciertos aspectos de las transacciones, tales como las normas de calidad y el pago de comisiones sobre Airbnb y BlaBlaCar. Por último, Amazon y Netflix mantienen un mayor control sobre los precios e incluso distribuyen sus propios productos. Si se exigiera que las plataformas en línea fueran meros intermediarios, Airbnb, BlaBlaCar, Amazon, Netflix o Facebook no se considerarían plataformas en línea.

⁷⁷ RESEARCH GROUP ON THE LAW OF DIGITAL SERVICES, “Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms”, *Journal of European Consumer and Market Law*, n° 4/2016, p.166.

53. Según un informe elaborado por la Comisión Europea⁷⁸ tras el estudio de 485 plataformas, cabe distinguir tres modelos de negocio en las plataformas intermediarias en línea en función de su grado de implicación en la transacción realizada entre pares:

- 1º. *Alojamiento de anuncios*: este modelo se caracteriza por la adecuación pasiva de la oferta a la demanda entre iguales: se publican anuncios e información de los participantes que facilita la toma de contacto y el intercambio entre iguales. Estas plataformas obtienen ingresos principalmente al ofrecer opciones para la presentación de los anuncios, la inclusión de fotografías, etc. La principal característica de este modelo es que las plataformas no participan en la transacción de igual a igual. Ejemplos de este modelo serían las plataformas Wallapop, Craiglist, Idealista, Fotocasa.
- 2º. *Gestión activa de las transacciones entre iguales*: este modelo se caracteriza por facilitar y gestionar de forma activa la adecuación de la oferta a la demanda. Las plataformas crean valor al fomentar la confianza entre iguales y gestionar activamente la adecuación de la oferta a la demanda, a fin de facilitar un mayor número de transacciones. Gestionan herramientas de fomento de la confianza y herramientas avanzadas de adecuación de la oferta a la demanda. Cobran comisiones por transacciones o cuotas de suscripción y pueden también percibir ingresos por servicios adicionales, como un seguro o la publicación de anuncios destacados. La principal característica de este modelo es que la plataforma influye en las transacciones de igual a igual pero no las controla.
- 3º. *La plataforma de transacciones entre iguales*: este modelo, se caracteriza por establecimiento de una o varias de las cláusulas contractuales de la transacción de igual a igual y por el control de su ejecución. Entre las cláusulas contractuales que la plataforma puede establecer se incluirían las reglas de las interacciones P2P, las normas y tasas para la cancelación y las normas para el reembolso, así como la fijación (optativa) automatizada de los precios o de los precios máximos. Las plataformas en este modelo gestionan los pagos (reciben y guardan los pagos de los consumidores), supervisan el éxito de la transacción P2P antes de pagar a los proveedores y, con frecuencia, retienen tasas en caso de cancelación. Además, intervienen activamente en caso de reclamación, resuelven litigios y conceden el reembolso y pueden incluir un seguro contra daños como parte de los gastos de transacción. La mayor parte de estas plataformas cobran comisión por transacción y reutilizan los datos de los usuarios. La principal característica de este modelo es que las plataformas limitan la capacidad de los usuarios de decidir entre ellos las cláusulas contractuales y dan la impresión (explícita o implícitamente) de que asumen la responsabilidad (parcial) por la ejecución de la transacción.

54. Hay que analizar el grado de participación de la plataforma en la contratación para valorar si presta o no el servicio subyacente. Efectivamente, puede ser que la plataforma sea intermediaria en el sentido de revendedora, es decir, adquiera los bienes y los revenda o directamente sea la productora del bien o proveedora del servicio. Estas actividades quedan al margen de nuestro análisis y del concepto de plataforma intermediaria en línea diseñado por la Comisión europea, que centra el objeto de la actuación de la plataforma en permitir la interacción entre dos grupos de usuarios. En el caso de reventa, aunque pudiera considerarse a la plataforma como intermediaria en tanto adquiere un bien al proveedor a bajo precio y lo revende al cliente a un precio mayor, se trataría de una plataforma unilateral (one side platform), alejada del modelo de plataforma multilateral que es objeto del presente trabajo.

55. Entre estos dos extremos, como se ha explicado, se encuentran las plataformas que no se limitan a publicar ofertas de los usuarios que otros demandan, sino que su actividad va más allá y crean un entorno que incentiva la interacción a través de muchas fórmulas: aportando más datos del perfil del oferente, estableciendo sistemas para valorar su reputación, facilidades para la comunicación entre usuarios e incluso gestionan el pago. La mayor sofisticación del servicio, sin embargo, no le priva necesariamente de

⁷⁸ COMISIÓN EUROPEA, “Exploratory study of consumer issues in online peer to peer platform markets. Final report”, *cit.*, p.12.

su carácter instrumental. Por lo tanto, no toda plataforma es “plataforma intermediaria en línea” en sentido técnico: la clave distintiva es si presta o no el servicio subyacente⁷⁹ y lo que genera cadena de valor⁸⁰.

3.2. Criterios para determinar el rol de la plataforma. En particular, la postura del TJUE: caso Uber y caso Airbnb

56. Por las razones apuntadas, un aspecto clave de una eventual regulación es que vele por la transparencia respecto del papel de la plataforma en la contratación y que los usuarios puedan conocerlo. Este aspecto ha sido abordado en BPDPL⁸¹. Así en el art. 11 se establece la obligación del operador de la plataforma de informar al cliente de que el contrato se celebrará entre el proveedor y el cliente y no con la plataforma. Se trata de evitar que se haga creer al cliente que es la plataforma la proveedora del bien o servicio⁸². En caso contrario, podría ser exigido a la plataforma la responsabilidad correspondiente al vendedor, tal y como sucedió en la sentencia del TJUE 9 de noviembre de 2016 (*Sabrina Wathelet y Garage Bietheres & Fils SPRL*)⁸³. Hay que evitar que “se disfrace” de intermediario a quien no lo es generando un mercado paralelo sin garantías eficientes. Y ello porque la responsabilidad que asume la plataforma no es la misma cuando se limita a coordinar una oferta y una demanda que cuando entra de lleno en aspectos clave como el precio o la calidad del servicio ofertado y ello vincula a los usuarios.

57. En el primer supuesto, puede no tener ningún tipo de responsabilidad en caso de falta de conformidad de un usuario con el producto recibido, dado que no es parte contratante, y en el otro sí. En un caso, la relación de la plataforma con los usuarios es horizontal, convirtiéndose en un intermediario y en otra es vertical, convirtiéndose, en cierta medida, en proveedora del mismo (*one side platforms*), debiéndose aplicar la normativa relativa a los proveedores del servicio con las autorizaciones que, en su caso, se consideren pertinentes.

58. La Comisión Europea⁸⁴ ha sugerido unos criterios clave para determinar el nivel de control o influencia que la plataforma colaborativa ejerce sobre el prestador de servicios con objeto de dilucidar si su actuación es de mera intermediación o no. En primer lugar, y en lo que se refiere al precio del servicio, hay que atender a si la plataforma fija el precio final que debe pagar el usuario como beneficiario del servicio subyacente. El hecho de que la plataforma colaborativa solo recomiende un precio o de que el prestador de los servicios subyacentes sea libre de adaptar el precio fijado por una plataforma colaborativa, indica que puede que no se cumpla este criterio.

⁷⁹ Este es el criterio mantenido por la OCDE “The economic and social role of internet intermediaries”, 2010, p. 9 y A. HAGEIJU Y J. WRIGHT, “Multi-sided platforms”, Working paper https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/15786564/hagiu,wright_multi-sided-platforms.pdf?sequence=1, p.6. También parece ser el criterio del que parte la Comisión Europea en la definición que ha sometido a consulta.

⁸⁰ OXERA, “Benefits of online platforms”, 2015, p. 16 [https://www.oxera.com/getmedia/84df70f3-8fe0-4ad1-b4ba-d235ee50cb30/The-benefits-of-online-platforms-main-findings-\(October-2015\).pdf.aspx?ext=.pdf](https://www.oxera.com/getmedia/84df70f3-8fe0-4ad1-b4ba-d235ee50cb30/The-benefits-of-online-platforms-main-findings-(October-2015).pdf.aspx?ext=.pdf) (Consultado el 24 de mayo 2020).

⁸¹ RESEARCH GROUP ON THE LAW OF DIGITAL SERVICES, “Discussion Draft *cit.*”, p. 165.

⁸² Según un estudio que analizaba 4 países reveló que la mayoría de los consumidores desconocían el nombre del oferente del bien o servicio y creyeron que era la plataforma la vendedora. COMISIÓN EUROPEA, “Behavioural study on the transparency of online platforms”, 2018, p. 51 https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/transparency_of_platforms-study-final-report_en.pdf (Consultado el 3 de junio de 2018).

⁸³ Así lo hizo el TJUE en sentencia de 9 de noviembre de 2016 (*Sabrina Wathelet y Garage Bietheres & Fils SPRL*), C149/15. Señala el TJUE que, aunque el objeto de la Directiva 1999/44 sobre venta y garantías de bienes de consumo no es, en el marco de un contrato de compraventa, la responsabilidad del intermediario frente al consumidor, el desconocimiento del consumidor sobre la calidad en la que el profesional interviene en la compraventa no le priva de los derechos que le concede la Directiva. “Por ello, en circunstancias como las del procedimiento principal, donde, habida cuenta del contexto en el que se efectúa la compraventa, el consumidor puede ser fácilmente inducido a error, debe atribuírsele un grado de protección reforzado. Por tanto, en virtud de la Directiva 1999/44, la responsabilidad del vendedor debe poder ser exigible al intermediario que crea un riesgo de confusión al dirigirse al consumidor, haciéndole creer que actúa en calidad de propietario del bien objeto de la compraventa”.

⁸⁴ COMISIÓN EUROPEA, “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones. Una agenda europea para la economía colaborativa”. 2 de junio de 2016. COM. (2016) 356 FINAL, p. 7.

59. Este criterio puede ser problemático en la práctica pues son pocas las plataformas que se mantienen al margen del mismo. Los precios de los servicios son esenciales, pues sobre los mismos fijan sus comisiones y porque tenerlos demasiado altos puede provocar externalidades negativas en los efectos en red.

60. Efectivamente, los precios elevados pueden suponer un incentivo negativo al uso de la plataforma por parte de los usuarios que disminuya los “efectos en red”, que es el principal activo de la plataforma. Como he dicho, característica de la plataforma es la interdependencia de los usuarios por lo que la demanda de un lado dependerá en gran medida del número de usuarios que haya en el otro lado. Así mismo, el consumidor valorará más una plataforma cuantos más consumidores haya en la plataforma y, desde luego, el precio del servicio ofertado a través de la misma, incide en el volumen de usuarios e impacta negativamente sobre la capacidad de atraer usuarios. Lo habitual es que las plataformas sugieran precios de referencia de los que el prestador del bien o servicio puede desviarse⁸⁵. El aspecto clave debe ser la libertad de la que debe gozar el prestador del bien o servicio.

61. En segundo lugar, se atiende a otras condiciones contractuales clave: ¿Establece la plataforma colaborativa términos y condiciones distintos del precio que determinan la relación contractual entre el prestador de los servicios subyacentes y el usuario (por ejemplo, instrucciones obligatorias sobre la prestación del servicio subyacente, incluida cualquier obligación de prestar el servicio)? En tercer lugar, se comprueba si la plataforma tiene propiedad de activos clave para prestar el servicio subyacente.

62. A juicio de la Comisión, cuando se cumplen estos tres criterios, hay indicios claros de que la plataforma colaborativa ejerce una influencia o control significativos sobre el prestador del servicio subyacente, lo que puede indicar a su vez que debe considerarse que presta dicho servicio, además, claro está, de las obligaciones que se derivan como prestador de un servicio de la sociedad de la información.

63. Según el caso de que se trate, otros criterios pueden también desempeñar un papel relevante. Por ejemplo, si la plataforma colaborativa sufraga los gastos y asume todos los riesgos relacionados con la prestación del servicio subyacente. O si existe una relación laboral entre la plataforma colaborativa y la persona que presta el servicio subyacente en cuestión. Estos elementos podrían indicar que la plataforma colaborativa ejerce un gran nivel de control e influencia sobre la prestación del servicio subyacente, debiéndose en tal caso someterse a las autorizaciones pertinentes.

64. El BPDPL establece en su art. 18 la responsabilidad del operador de la plataforma conjuntamente con la del proveedor por incumplimiento de éste cuando el cliente puede razonablemente el operador tiene una predominante influencia sobre el proveedor. Para determinar si cabe deducir tal influencia, se establecen una serie de criterios:

- a) El contrato proveedor-cliente se concluye exclusivamente en instalaciones de la plataforma.
- b) El operador de la plataforma puede retener los pagos realizados por los clientes en el ámbito de los contratos proveedor-cliente;
- c) Los términos del contrato proveedor-cliente son esencialmente determinados por el operador de la plataforma;
- d) El precio que debe pagar el cliente lo determina el operador de la plataforma;
- e) El operador de la plataforma proporciona una imagen uniforme de los proveedores o una marca comercial;
- f) El marketing se centra en el operador de la plataforma y no en los proveedores;
- g) El operador de la plataforma se compromete a supervisar la conducta de los proveedores.

⁸⁵ M. SOBRINO, P. HINOJO, “Retos para la competencia de las plataformas digitales de economía colaborativa”, en S. Rodríguez Martín, y A. Muñoz García, *Aspectos legales de la economía colaborativa y bajo demanda en plataformas digitales*, Bosch, 2018, p. 121.

Parece claro que unos criterios uniformes y objetivos son imprescindibles para delimitar la naturaleza del rol de la plataforma y contribuirán a lograr la seguridad jurídica, pues como hemos visto, la litigiosidad en esta materia se centrará en este extremo.

65. El TJUE se ha pronunciado ya respecto a la cuestión de cuándo una plataforma presta o no el servicio subyacente, particularmente en el caso del “transporte colaborativo”⁸⁶. Cabe destacar el caso de la “plataforma UBER” sobre la que se ha pronunciado el TJUE en la sentencia de 20 de diciembre de 2017⁸⁷. La cuestión planteada gira en torno a la aplicación de la regulación en materia de competencia desleal, y para determinarlo, se discute si la plataforma “Uber System Spain” se limita a una actividad de intermediación o directamente presta el servicio de transporte, para lo cual debería contar con la autorización administrativa correspondiente. En caso contrario, se trataría de un acto de competencia desleal.

66. En relación con los hechos que enjuicia la sentencia, Élite Taxi interpone una demanda ante el Juzgado mercantil nº 3 de Barcelona solicitando que se declare que las actividades “Uber System Spain” constituyen un acto de competencia desleal. La forma de operar de Uber consiste en proporcionar a sus clientes una red de transporte privado, a través de un software con una aplicación móvil que conecta los pasajeros con los conductores de vehículos registrados en su servicio, los cuales ofrecen un servicio de transporte. Por cada servicio realizado Uber recibe una remuneración por lo que su actividad es con ánimo de lucro.

67. El Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona considera necesario que se dilucide si los servicios prestados por Uber deben considerarse servicios de transporte, servicios propios de la sociedad de la información o una combinación de ambos tipos de servicios. El Juzgado decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia cuestión prejudicial preguntándose, entre otras cuestiones, si la actividad realizada por Uber Systems Spain debe considerarse una mera actividad de transporte o ha de considerarse un servicio electrónico de intermediación, o un servicio propio de la sociedad de la información en los términos que define el artículo 1.2 de la Directiva 98/34 que podría beneficiarse del principio de libertad de prestación de servicios en los términos que dispone el art. 56 TFUE, Directivas 2000/123⁸⁸ y 2000/31⁸⁹.

68. El TJUE señala que “un servicio de intermediación consistente en conectar a un conductor no profesional que utiliza su propio vehículo con una persona que desea realizar un desplazamiento urbano constituye, en principio, un servicio distinto del servicio de transporte, que consiste en el acto físico de desplazamiento de personas o bienes de un lugar a otro mediante un vehículo”. Y añade que tal servicio tiene la consideración de servicio de la sociedad de la información. Sin embargo, señala que Uber “no se limita a un servicio de intermediación consistente en conectar, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, a un conductor no profesional que utiliza su propio vehículo con una persona que desea realizar un desplazamiento urbano”. Y ello porque “el prestador de este servicio de intermediación crea al mismo tiempo una oferta de servicios de transporte urbano, que hace accesible concretamente mediante herramientas informáticas, como la aplicación controvertida en el litigio principal, y cuyo funcionamiento general organiza en favor de las personas que deseen recurrir a esta oferta para realizar un desplazamiento urbano (...)”.

⁸⁶ Cfr. M.C. CHAMORRO DOMÍNGUEZ, “Las nuevas modalidades de prestación de servicios de transporte urbano desde la óptica del Derecho de la competencia” *La Ley Mercantil*, nº 38, julio-agosto 2017, nº 38, 1 de julio de 2017 donde analiza las distintas resoluciones judiciales dictadas por los tribunales españoles en relación con las plataformas UberPop y Cabify.

⁸⁷ ECLI:EU:C: 2017:981. Asunto C: 434/15. Las partes litigantes son la Asociación Profesional Élite Taxi Uber Systems Spain, S.L. Vid. Comentario a la misma realizado por A. PANIZA FULLANA “El caso Uber: la sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017”, *Revista Aranzadi Doctrinal Civil-Mercantil*, nº 3/2018. (BIB 3/2018).

⁸⁸ Directiva 2006/23/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior.

⁸⁹ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (en adelante, DCE).

El servicio de intermediación de Uber se basa en la selección de conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo, a los que esta sociedad proporciona una aplicación sin la cual, por un lado, estos conductores no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte y, por otro, las personas que desean realizar un desplazamiento urbano no podrían recurrir a los servicios de los mencionados conductores”.

69. Lo relevante está en esta afirmación que hace el TJUE: “Uber ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores. Sobre este último punto, consta en particular que Uber, mediante la aplicación epónima, establece al menos el precio máximo de la carrera, que recibe este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo y que ejerce cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que en su caso puede entrañar la exclusión de éstos. Por consiguiente, debe considerarse que este servicio de intermediación forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte y, por lo tanto, que no responde a la calificación de «servicio de la sociedad de la información”. La intervención en la “calidad” del servicio, fijación de precios existiendo un grado de intervención y de influencia en los productos o servicios resulta determinante, a juicio del TJUE para concluir que se trata de un servicio en el ámbito de los transportes y, por lo tanto, no afectado por el principio de libertad de prestación de servicios, debiendo ser aplicable la regulación y requisitos para la prestación de dicho servicio⁹⁰.

70. Muy diferente es la solución a otro caso que ha llegado a los tribunales españoles, que enfrentó a Confibus (Confederación Española de Transportes de Autobús) con la plataforma Bablacar. Al igual que en el caso de Uber, se plantea que esta plataforma vulnera la normativa en materia de competencia desleal por cuanto actúa como una empresa de transporte sin contar con las autorizaciones correspondientes. El tema se ha resuelto en la sentencia del Juzgado Mercantil nº 2 de Madrid, de 2 de febrero de 2017 (Ref. Ar. AC 2017/207), donde se cuestiona si la actividad realizada por esta plataforma es un servicio de transporte terrestre y si está o no incluida en el art. 101 de la Ley de Ordenación de Transportes Terrestres que define lo que es transporte privado.

71. Como textualmente se recoge en la sentencia, se trata de “una plataforma virtual a la que pueden acceder los pretendientes de hacer viajes o los pretendientes de abaratar los suyos, poniéndose de acuerdo en cuyo caso intervienen identificando a las personas no para hacer los viajes o para pagar los gastos, sino para poner a unos y a otros de acuerdo en función de determinadas reglas que publican claramente en su página web para hacerlo a través de su intervención. En la plataforma se puede adscribir cualquier persona que se registre en la página www.blablacar.es, en la que introducen sus datos personales, edad, teléfono, etc., y que una vez introducidos dichos datos se consigna la procedencia y el destino del viaje, configurados igualmente los voluntarios que pueden realizar dichos viajes. Los viajes pueden buscarse mediante anuncios en internet, en las universidades, o incluso en el cartel de anuncios de un supermercado. La plataforma perfecciona el sistema de manera que genera un volumen enorme de usuarios y de proveedores mucho más allá de la cuestión artesanal, pues debido a su fama y a la publicidad que realiza, todo el que quiere abaratar su viaje, o el que quiere hacerlo en un coche particular puede acceder de forma infinitamente más efectiva que si lo hace a través de un anuncio mecánico o

⁹⁰ Esta resolución ha condicionado la que ha dictado el Tribunal Supremo en relación con los conflictos judiciales planteados por Uber en España, particularmente, el recurso presentado por la Generalitat de Cataluña contra la decisión del juez de Barcelona de anular la sanción de 4.001 euros impuesta a la plataforma Uber (sentencia de 6 de octubre de 2016, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 15 de Barcelona). El litigio surgió a raíz de la sanción impuesta en 2015 a Uber por la Dirección General de Transportes de la Generalitat de Cataluña por la facturación en nombre propio de servicios de transporte público discrecional de viajeros en vehículos de hasta 9 plazas sin estar autorizado. Uber recurrió la sanción considerando que era un prestador de servicios de la sociedad de la información. La resolución judicial acogió las pretensiones de Uber, anulando la sanción excluyendo la actividad de Uber de la normativa de transporte terrestre y considerándolo prestador de servicios de la sociedad de la información, teniendo la condición de intermediario. Frente a esta resolución se ha interpuesto recurso de casación resuelto por el TS (Sala 3ª) en sentencia de 24 de enero de 2018 (Rec. 1277/2017) haciéndolo en la misma línea de la doctrina dictada por el TJUE.

informático (...). Sin embargo, BLABLACAR, además de ser intermediario en el contacto, es también quien pone reglas sobre las personas que lo organizan, el formato en que debe realizarse, el precio que debe pagarse, recibe el dinero y lo paga e incluso es beneficiada por un margen preestablecido en sus normas de contacto”.

72. La clave está en el valor jurídico que haya de dar a esta “intervención” de la plataforma en la prestación de los servicios que se prestan entre particulares. En la sentencia se niega que el control de los datos facilitados por el usuario de la plataforma sea actividad integrada y regulada por la LOTT, “pues es lógico que una plataforma virtual controle a quienes utilizan sus contactos y servicios”. Tampoco la identificación del conductor (con el que carece de relación laboral) y su perfil como persona idónea para contactar con el usuario, la prohibición de determinadas conductas (fumar, oír música) son suficientes para incluir la actividad dentro del ámbito del transporte. Pero quizá lo decisivo sea el problema de la fijación del precio que los establece la plataforma calculados por la distancia (0,06 y 0,09 €/km) y se abonan a través de ella. La plataforma, según se explica en la sentencia, lo único que hace es calcular los kilómetros y recomendar a fuerza de expulsar de la plataforma en caso de abuso, el importe que debe pagar el viajero en función de la distancia y de la cantidad de viajeros en relación al coste total del viaje. Tampoco considera que el pago directo del precio a la plataforma signifique que sea ésta la que presta el servicio, ya que posteriormente lo transfiere al particular, percibiendo la plataforma la correspondiente comisión.

73. En suma, concluye que la actividad realizada por la plataforma se limita a la transmisión de datos entre usuarios, a poner en contacto a particulares que quieren realizar un viaje juntos, y compartir determinados gastos del trayecto, y para dar calidad al servicio de contacto ha puesto unos márgenes y unos límites y un formato de actuación, que en modo alguno es obligatorio para quienes lo usan o para quienes prestan una plaza en su coche para realizar el trayecto. Éstos no están contratados por la plataforma, ni pertenecen a una empresa o a una industria dedicada a este fin. Son particulares que a su cuenta y riesgo se ofrecen a la plataforma buscando a personas que tengan interés en realizar ese mismo viaje y pagar, no en el sentido de pagar un canon o un servicio, sino de pagar, -en el fondo es el concepto del pago el que define la cuestión-, el coste de un viaje.

74. La relación de la plataforma es “horizontal”, la propia de un mercado *multi-side* en tanto su grado de intervención y de influencia en los productos o servicios que ofrecen no permite configurarlo como prestador de servicios. El hecho de que el formato de actuación diseñado por la plataforma no sea “obligatorio” para los particulares que intervienen, me parece un dato decisivo favorable a la naturaleza de la plataforma como intermediario y prestador de servicios de la sociedad de la información, no pudiendo ser limitada su actuación con la imposición de autorizaciones administrativas, tal y como veremos establece la LSSICE ni considerada como un acto de competencia desleal.

75. Por el contrario, en el caso Uber, esta plataforma ejerce una influencia decisiva en el servicio prestado por los conductores quienes se ven obligados a su cumplimiento: fija un precio máximo por servicio y ejerce un control sobre la calidad de los vehículos y el comportamiento de los conductores, considerándose que presta un servicio de transporte por lo que debe sujetarse a autorización administrativa previa y a la amalgama de regulación intervencionista que opera en este sector⁹¹.

76. El TJUE ha tenido oportunidad de pronunciarse de nuevo sobre el problema con ocasión de la plataforma de alojamiento Airbnb en la sentencia de 19 de diciembre de 2019⁹². En la sentencia se

⁹¹ Sobre las características de la regulación del sector y su impacto en la economía colaborativa, vid., G. DOMENECH PASCUAL, “La regulación de la economía colaborativa. El caso Uber contra taxi”, Revista CEFLEGAL, nº 175-17, 2015, p. 83.

⁹² C 390/18 Ireland Airbnb. <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C%2CT%2CF&num=C-390/18>

El lobby hotelero francés AHTOP, presentó una denuncia penal por intrusismo contra Airbnb Ireland, considerando que la plataforma realizaba una actividad de intermediación y de gestión de inmuebles y de fondos de comercio sin estar en posesión de la tarjeta profesional exigida por la Ley Hoguet, necesaria para el ejercicio de la actividad de agente inmobiliario. Airbnb se opuso alegando que prestaba un servicio de la sociedad de la información al amparo de la Directiva de Comercio

discuten varias cuestiones, pero me voy a centrar en la que considero más relevante: si Airbnb presta o no el servicio de alojamiento. La conclusión a la que llega el TJUE en esta sentencia es que Airbnb es un prestador del servicio de la sociedad de la información y su actividad es de mera intermediación entre demandantes y oferentes de alojamiento, *sin que se pueda considerarse que sea la plataforma la prestadora de dicho servicio subyacente. La plataforma proporciona un instrumento que facilita la conclusión de contratos en futuras transacciones*". Y ello a pesar de que la plataforma preste unos servicios accesorios que generan un valor añadido, como son la presentación organizada del conjunto de las ofertas, junto con las herramientas de búsqueda, de localización y comparación entre ellas. La decisión del TJUE se sustenta en los siguientes argumentos:

- *La prestación del servicio realizado por Airbnb, no es indispensable para llevar a cabo la prestación de servicios de alojamiento.* Propietarios y arrendadores pueden recurrir a otro tipo de medios (agentes inmobiliarios, anuncios clasificados, etc...). *"El mero hecho de que Airbnb Ireland compita directamente con estos últimos cauces ofreciendo a sus usuarios, tanto arrendadores como arrendatarios, un servicio innovador basado en las particularidades de una actividad comercial de la sociedad de la información no permite concluir que sea indispensable para la prestación de un servicio de alojamiento"*.
- A diferencia de lo que sucedió en el caso Uber, en el caso de Airbnb, el servicio de intermediación que presta no forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal sea un servicio al que corresponda otra calificación jurídica. En el caso de Airbnb, *su actividad es perfectamente dissociable de la transacción inmobiliaria de alojamiento* que la plataforma no presta.
- *Airbnb no ejerce una influencia decisiva en las condiciones de prestación de los servicios de alojamiento a los que está vinculado su servicio de intermediación.* La plataforma no determina o limita el importe del alquiler solicitado por los arrendadores que utilizan su plataforma. A lo sumo, pone a su disposición una herramienta opcional de estimación del precio de su arrendamiento en función de los precios medios del mercado en dicha plataforma, dejando a los arrendadores la responsabilidad de fijar el precio del arrendamiento. Tampoco selecciona los arrendadores ni los arrendatarios, ni establece condiciones de calidad de los inmuebles.

77. Esta es la posición del TJUE, pero carece de normativa específica que dé soporte legal a estos criterios. Es en este punto en el que, a mi juicio, debe centrarse la intervención legislativa a nivel europeo. No es el TJUE el que debe diseñar tales criterios, sino que deben estar establecidos en la ley en aras a una elemental seguridad jurídica⁹³. Son muchas las consecuencias que se derivan de que la plataforma sea considerada un intermediario o no. Veamos cuáles son.

4. Las plataformas intermediarias en línea como prestadoras de servicio de la sociedad de la información. Consecuencias

78. Aunque ya se ha dicho que las plataformas intermediarias en línea son prestadoras de servicios de la sociedad de la información, conviene detenerse someramente en algunos aspectos particulares de régimen jurídico que se derivan de tal condición. Al margen de la naturaleza del contrato que celebra la plataforma con los usuarios, a cuya calificación luego me referiré, adicionalmente será de aplicación la regulación contenida en la LSSICE⁹⁴ (que transpone la Directiva 2000/31 de comercio electrónico)⁹⁵.

electrónico 2000/31 en el marco de la libre prestación de servicios.

⁹³ En este sentido, A. DE FRANCHESI "Uber Spain and the "Identity Crisis" of Online Platforms", Journal of European Consumer and Market Law (*EuCML*) 1/2018. Vo. 7, pp. 1-4.

⁹⁴ Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

⁹⁵ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (en adelante, DCE).

79. El anexo, letra a) de la LSSICE define los servicios de la sociedad de la información como “todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario. El concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios”.

80. Tal y como se deduce de la definición, la onerosidad no es requisito esencial y, cuando se trata de plataformas multilaterales, es posible que la remuneración esté a cargo de uno de los grupos de usuarios. La clave es que los prestadores de estos servicios realicen actividad económica, lo cual no exige que deban ser necesariamente remunerados. Ello no excluye que para el prestador el servicio constituya una actividad económica, ya que puede obtener ingresos indirectos, por ejemplo, a través de la publicidad. Se considera actividad económica una actividad realizada en la página web que constituye una prestación sucesiva de carácter oneroso, como puede ser aquella que se limita a hacer publicidad de un servicio, aunque no pueda este ser contratado por internet. Hay actividad económica, aunque los servicios sean gratuitos para los destinatarios. Muchas veces el activo que obtiene el prestador de los servicios son precisamente sus datos personales⁹⁶. Que no es precisa la remuneración es un extremo aclarado en el Considerando 18 de la DCE aclara el concepto de servicio de la sociedad de la información⁹⁷

81. Debe tratarse de un servicio prestado a distancia, es decir, sin que las partes estén presentes simultáneamente⁹⁸. Resultan excluidos, por no reunir este requisito, los servicios prestados en presencia física del prestador y del destinatario del servicio, aunque impliquen la utilización de dispositivos electrónicos (Anexo IV. RD 1337/1999)⁹⁹. El servicio debe prestarse a petición individual del destinatario de servicios, quedando fuera los servicios proporcionados mediante transmisión de datos, sin petición individual y recibidos por un número ilimitado de destinatarios (por ejemplo, servicio de radiodifusión sonora, teletexto). Este requisito también tiene lugar en las plataformas en las que son los usuarios los que voluntariamente se convierten en proveedores y clientes de los bienes y servicios que se intercambian.

82. En el anexo de la LSSICE se especifica (lista no exhaustiva) que son servicios de la sociedad de la información, siempre que representen actividad económica, 1.º La contratación de bienes o servicios por vía electrónica. 2.º La organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales. 3.º La gestión de compras en la red por grupos de personas. 4.º El envío de comunicaciones comerciales. 5.º El suministro de información por vía telemática.

83. Se excluyen de manera expresa del concepto de servicios de la sociedad de la información

1. Los servicios prestados por medio de telefonía vocal, fax o télex.
2. El intercambio de información por medio de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente para fines ajenos a la actividad económica de quienes lo utilizan.

⁹⁶ P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado en Internet*, 2011 BIB 2011/961, p. 4.

⁹⁷ “Los servicios de la sociedad de la información cubren una amplia variedad de actividades económicas que se desarrollan en línea; dichas actividades en particular consisten en la venta de mercancías en línea. Las actividades como la entrega de mercancías en sí misma o la prestación de servicios fuera de la línea no están cubiertas. Los servicios de la sociedad de la información no se limitan únicamente a servicios que dan lugar a la contratación en línea, sino también, en la medida en que representan una actividad económica, son extensivos a servicios no remunerados por sus destinatarios, como aquéllos que consisten en ofrecer información en línea o comunicaciones comerciales, o los que ofrecen instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos. Los servicios de la sociedad de la información cubren también servicios consistentes en transmitir información a través de una red de comunicación, o albergar información facilitada por el destinatario del servicio”.

⁹⁸ Artículo 1.b) i) Directiva 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015 por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información. El concepto se reproduce en el art. 92 del Texto Refundido para la defensa de los consumidores y usuarios (TRLUCU).

⁹⁹ Real Decreto 1337/1999, de 31 de julio que regula la remisión de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas y reglamentos relativos a la sociedad de la información, de 4 de agosto de 1999 (en adelante, RD 1337/1999).

3. Los servicios de radiodifusión televisiva (incluidos los servicios de cuasi vídeo a la carta).
4. Los servicios de radiodifusión sonora.
5. El teletexto televisivo y otros servicios equivalentes como las guías electrónicas de programas ofrecidas a través de las plataformas televisivas.

El prestador del servicio de la sociedad de la información es la persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información (Anexo c) LSSICE).

84. La definición legal de prestador de servicios de la sociedad de la información ensancha artificialmente el concepto. En sentido técnico, el concepto de prestador de servicio de la sociedad de la información incluye dos grandes categorías: a) los llamados “intermediarios electrónicos” (proveedores de servicio de internet) y b) proveedores de contenidos, es decir, quienes suministran información o envían o permiten la descarga de archivos (musicales, de vídeo u otros) o programas informáticos. Sin embargo, la LSSICE incluye en la categoría de prestadores de servicios de la información a quien vende electrónicamente productos materiales, pues no encaja en la categoría de intermediarios electrónicos ni en la de proveedores de contenidos. En los contratos de compraventa de bienes, las partes contratan gracias a ciertos servicios de la sociedad de la información (el que le permite al comprador acceder a internet y el que aloja la tienda virtual del vendedor), pero no se erigen ellos en proveedores de servicios de la sociedad de la información. Con todo, por disposición expresa de la ley sí lo son¹⁰⁰. Existen tres tipos de prestadores de servicios de la sociedad de la información: los prestadores intermediarios (intermediación técnica), los prestadores de contenidos y quienes ofrecen en la red la contratación de sus productos o servicios.

85. Es claro que las plataformas de intermediación en línea entran en el amplio concepto de prestadores de servicios de la sociedad de la información¹⁰¹, siendo personas jurídicas que realizan actividad económica, a distancia, por medios electrónicos y a petición individual de un destinatario de servicios.

86. Dado que el objeto de nuestro estudio son las plataformas *multi-side*, es clave que no lleven a cabo la prestación del servicio subyacente, sino que se limiten a favorecer la interacción de los usuarios del sistema que son los que efectivamente contratan. Si la plataforma además prestara el servicio, le sería de aplicación la regulación específica del servicio prestado (art. 6.2 LSSICE). Por tanto, la regulación de la LSSSI se solapa (no es excluyente) con la eventual regulación de la actividad subyacente caso de que la misma fuera prestada por la propia plataforma en su modalidad *one side*, es decir, aquella que no presta servicios de intermediación, sino que ella misma presta el servicio.

4.1. El principio de no sujeción a autorización previa

87. Una de las especialidades de régimen jurídico más sobresalientes que presenta el régimen de los prestadores de servicios de la sociedad de la información es que su actividad no está sujeta a au-

¹⁰⁰ S. CAVANILLAS MÚGICA, “La responsabilidad de los proveedores de información y de comercio electrónico”, en (AA. VV.), *Responsabilidad de los proveedores de información en Internet*, Ed. Comares, Granada, 2007, p. 131.

¹⁰¹ Así lo ha puesto de relieve la COMISIÓN EUROPEA, “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Agenda Europea para la Economía Colaborativa”. Bruselas, 2.6.2016 COM (2016) 356 final, p. 6. También lo reconoció expresamente la sentencia del TJUE de 12 de julio de 2011 (caso L’Oreal vs. eBay): “un servicio en Internet que consiste en facilitar el contacto entre vendedores y compradores de productos tiene, en principio, la consideración de un servicio en el sentido de la Directiva 2000/31. (...) Del concepto de «servicios de la sociedad de la información» se desprende que se encuentran comprendidos en la misma los servicios prestados a distancia a través de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, a petición individual de un destinatario de servicios y, normalmente, a cambio de una remuneración. Resulta evidente que la explotación de un mercado electrónico puede reunir todos estos elementos” (párrafo 109).

torización previa (art. 6 LSSICE). Pero como dispone el art. 6.2 LSSICE, “esta norma no afectará a los regímenes de autorización previstos en el ordenamiento jurídico que no tengan por objeto específico y exclusivo la prestación por vía electrónica de los correspondientes servicios”. De ahí la importancia de determinar caso por caso el papel de las plataformas intermediarias en línea, de forma que quede claro si prestan o no el servicio subyacente. Caso de hacerlo, como he dicho, necesitarán las autorizaciones pertinentes para la realización de tal servicio. En este punto se ha centrado la litigiosidad en el caso Uber a la que me he referido. Si la plataforma se limita a prestar servicio de mediación y de favorecer la interacción entre los usuarios que son los que prestan el servicio, no será precisa autorización previa.

88. Este aspecto ha sido recalcado por la Comisión Europea al señalar que “el hecho de que las plataformas colaborativas puedan estar o no sujetas a requisitos de acceso al mercado, y en qué medida lo estén, depende de la naturaleza de sus actividades. En la medida en que las plataformas colaborativas proporcionan un servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un prestatario de servicios, ofrecen un servicio de la sociedad de la información. Por lo tanto, no pueden estar sujetas a autorizaciones previas o cualquier requisito equivalente dirigidos específica y exclusivamente a dichos servicios (...). Sin embargo, puede haber situaciones en las que puede considerarse que las plataformas colaborativas ofrecen otros servicios además de los servicios de la sociedad de la información, actuando como intermediarios entre los prestadores de los servicios subyacentes y sus usuarios. En particular, en determinadas circunstancias, una plataforma puede ser también un proveedor del servicio subyacente (p. ej., servicio de transporte o de alquiler a corto plazo). En tal caso, las plataformas colaborativas podrían estar sujetas a la normativa sectorial específica, incluidos los requisitos de autorización y concesión de licencias empresariales aplicados por lo general a los prestadores de servicios”¹⁰².

89. El hecho de que a los prestadores de servicios de la sociedad de la información no se les pueda exigir autorización cuando su actividad se centra solo en la prestación de dichos servicios, condiciona una eventual regulación de las plataformas intermediarias en línea, ya que podría suponer una excepción a dicho régimen general. Por lo tanto, a los efectos de determinar el régimen jurídico de una plataforma, lo primero que hay que valorar es si presta o no el servicio subyacente y debe o no serle exigida la autorización correspondiente a la actividad que desarrolle. Pero este problema no debe confundirse con otro, bien distinto, al que me refiero a continuación, cual es si las plataformas pueden considerarse o no un servicio de intermediación definido en el Anexo de la LSSICE. Ello tiene consecuencias no en la necesidad o no de autorización previa, sino en si las plataformas se benefician o no de determinadas exenciones de responsabilidad. El lenguaje en esta materia, como veremos, traiciona y confunde.

3.2. Plataformas intermediarias en línea y prestador de servicio de intermediación en la sociedad de la información. La responsabilidad del operador de la plataforma

90. Siendo las plataformas prestadoras del servicio de la sociedad de la información, es preciso determinar en qué categoría se integran, ya que existen especialidades de régimen para determinados prestadores en función del servicio que prestan. Es decir, si prestan servicio de intermediación técnica, provisión de contenidos o contratación de bienes o servicios.

91. Como ya hiciera la DCE, la LSSICE establece un régimen jurídico específico para los operadores que prestan un servicio de intermediación a que se refiere el Anexo b) y art. 13.2 de la LSSICE. El mismo se define como aquel por el que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información. Son servicios de intermediación la provisión

¹⁰² COMISIÓN EUROPEA, “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones. Una agenda europea para la economía colaborativa”. 2 de junio de 2016. COM (2016) 356 FINAL, p. 6.

de servicios de acceso a Internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet.

92. Los prestadores de servicios de intermediación hacen posible que los contenidos de terceros circulen, se alojen y sean accesibles en la red, haciendo de puente entre quienes generan o editan los contenidos y quienes acceden a éstos. Su función es, por tanto, facilitar las condiciones y medios técnicos requeridos para la transmisión y acceso de datos sin intervenir en su elaboración¹⁰³, siendo intermediarios “en sentido técnico”, no necesariamente en sentido material. Realizan una actividad instrumental en la medida que permite la operatividad de la infraestructura de internet. Entran en este concepto los proveedores de acceso a la red, proveedores de alojamiento (hosting), proveedores de copia temporal (*catching*) y proveedores que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda. Rasgo característico de los prestadores intermediarios es que mantienen una posición pasiva con respecto a los contenidos, no participando ni en su creación ni en la decisión de hacerlos accesibles¹⁰⁴. Ciertamente trabajan con datos, con contenidos, pero respecto a ellos desempeñan funciones informativamente neutras. Trabajan con datos (información no gestionada ni procesada)¹⁰⁵ y no con información (información procesada). Se trata, para entendernos, de la intermediación técnica necesaria para que funcione internet.

93. Como señaló la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de junio de 2015, dictada en el asunto 64569/09 (caso DELFI AS vs. Estonia), presta servicios de intermediación el prestador de servicios de la sociedad de la información “cuya actividad se limita al proceso técnico operativo y da acceso a una red de comunicación a través de la que la información puesta a disposición por terceros se transmite o se almacena temporalmente, con el único propósito de hacer más eficiente la transmisión; esta actividad es de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica que el PSSI no tiene ni conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada. Por lo tanto, los proveedores de los así llamados “servicios de albergador de datos” que tienen control sobre el contenido de la información almacenada no pueden basarse en las exenciones previstas en los artículos 12 a 15 de la Directiva”.

94. Efectivamente, por su posición pasiva en relación con los contenidos, la LSSICE establece un régimen específico de responsabilidad en los arts. 13-17 que transponen los arts. 12-15 DCE. Después de establecerse con carácter general en el art. 13 LSSICE que “los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley”, los arts. 14 y siguientes establecen una serie de exenciones de responsabilidad (denominadas (*safe harbour regime*), para los prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación.

95. Nos centramos en la exención prevista en el art. 16 LSSICE (art. 14 DCE) que es la que se ha alegado por las plataformas de intermediación. Dispone este precepto que:

1. Los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que:

¹⁰³ S. CAMACHO CLAVIJO, “Régimen jurídico de los prestadores de servicios de la sociedad de la información” en Navas Navarro, S., y Camacho Clavijo, S, Mercado digital. Principios y reglas jurídicas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 114.

¹⁰⁴ P. MÁRQUEZ LOBILLO, “Prestadores de servicios de intermediación. Algunas especialidades de su estatuto jurídico”, Revista de la contratación electrónica, nº 88, 2007, p. 8.

¹⁰⁵ T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “El régimen jurídico de los mercados electrónicos cerrados (e-Marketplaces), cit., p. 147.

- a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o
- b) Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.

96. Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador.

97. Los prestadores de servicios de intermediación permiten que se difundan los contenidos en la red por parte de terceros. Si tales intermediarios fueran responsables de los daños que ocasionen contenidos y actividades ilícitas realizadas por terceros, ello supondría un obstáculo jurídico que entorpecería el buen funcionamiento del mercado interior y haría menos atractivo el ejercicio de la libertad de establecimiento y de la libre circulación de servicios. Evitarlo fue uno de los objetivos de la DCE (Considerando 5). Estas actividades ilícitas han sido frecuentes en el ámbito de la propiedad intelectual, derecho al honor, marcas, competencia desleal etc... Se excluye cualquier tipo de responsabilidad, tanto penal como civil, que resulte del contenido intermediado¹⁰⁶ y se aplica horizontalmente a todo tipo de información¹⁰⁷.

98. La divergencia de las normativas y jurisprudencias nacionales actuales o futuras en el ámbito de la responsabilidad de los prestadores de servicios que actúan como intermediarios entorpece el correcto funcionamiento del mercado interior al obstaculizar, en especial, el desarrollo de servicios transfronterizos y producir distorsiones de la competencia (Considerando 40 DCE). De ahí que se establezca la exclusión de responsabilidad de estos prestadores de intermediación que se limitan a facilitar técnicamente la transmisión de contenidos por internet, por los daños que resulten de las actividades ilícitas que se realicen gracias a su ayuda meramente tecnológica¹⁰⁸. No hacerlo, comprometería la innovación tecnológica y el propio funcionamiento de internet¹⁰⁹.

99. Como acertadamente se ha señalado, este régimen especial de responsabilidad se justifica en el carácter gravoso que, desde la perspectiva económica y técnica, supondría para los intermediarios imponerles aquella obligación de control de todos los contenidos que transmitan o alberguen y que en la práctica supondría una obligación de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen la existencia de datos o hechos susceptibles de causar daños ilícitos de imposible cumplimiento. Desde la perspectiva estrictamente jurídica resulta razonable no atribuir a los prestadores de servicios de alojamiento y acceso la función de supervisar contenidos que podría colisionar con la libertad de expresión e información y con los artículos 20.2 CE¹¹⁰. No obstante, a pesar de que los prestadores de servicios

¹⁰⁶ C. MEORO, "Responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información" en S. Cavanillas, S., y C. Meoro, Responsabilidad civil y contratos en internet, Granada, 2003omares, p. 74.

¹⁰⁷ COMISIÓN EUROPEA, "Primer informe sobre la Directiva 2000/31, relativa a determinados aspectos de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior". 21/11/2003. COM (2003) 702 al final, p. 16.

¹⁰⁸ Vid. Al respecto el trabajo de ARROYO AMAYUELAS, E., "La responsabilidad de los intermediarios en internet ¿Puertos seguros a prueba de futuro?" Cuadernos de Derecho Transnacional (marzo 2020), vol. 12, Nº 1, DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5225>

¹⁰⁹ Como han señalado, R.J. MANN, y S. BELZLEY, "The Promise of Internet Intermediary Liability". William and Mary Law Review, Vol. 47, 2005, p. 20. <https://ssrn.com/abstract=696601>. La clave está en determinar si es factible que el intermediario detecte la conducta ilícita y, caso de que sea posible, los costes que ello conllevaría. Si, por ejemplo, Google respondiera por daños causados por cualquier enlace a contenidos ilícitos eliminaría el carácter automático de las búsquedas y reduciría el catálogo de *websites* que tendría que rastrear a cambio, probablemente de un precio. El control de la conducta debería ser no solo posible, sino viable económicamente".

¹¹⁰ JM. BUSTO LAGO, "La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de intermediación en la sociedad de la información", Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 542 (BIB 2002/1091).

de intermediación no tienen obligación de supervisar los contenidos, sí tienen un deber de colaboración cuando se les requiera (art. 17.1.b) LSSICE).

100. Tal y como se hace constar en el Considerando 42 DCE, la intermediación a la que se refiere es meramente técnica. *“Las exenciones de responsabilidad establecidas en la presente Directiva solo se aplican a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información se limita al proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación mediante la cual la información facilitada por terceros es transmitida o almacenada temporalmente, con el fin de hacer que la transmisión sea más eficiente. Esa actividad es de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica que el prestador de servicios de la sociedad de la información no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada”.*

101. Y precisamente por esta falta de control de la información esta modalidad de proveedor no responde por los contenidos y actividades ilegales que se realicen en la red. En este sentido, no es la actividad de intermediación la que reclama este específico régimen de responsabilidad, sino la falta de conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, la cual se presupone por el carácter de intermediario del prestador que adopta posición neutral. No basta que no conozca, sino que además no tenga posibilidad de conocer la actividad ilícita¹¹¹. Por ello, se establece la excepción del conocimiento efectivo en el art. 16 LSSICE. Habrá intermediarios que sí respondan por tener conocimiento efectivo de la ilegalidad del contenido y proveedores que no tengan la condición de prestadores de servicios de intermediación que no puedan alegar las exenciones de responsabilidad, lo cual no significa que necesariamente deban ser necesariamente responsables, sino que se tendrán que dar todos los requisitos legales del régimen que corresponda y, con carácter general, una acción u omisión, daño, culpa o negligencia y relación de causalidad¹¹².

102. *¿Son las plataformas intermediarias en línea prestadores de servicios de intermediación, siéndoles aplicables estas exenciones de responsabilidad?* En caso afirmativo, habría que examinar caso por caso si se cumplen los requisitos para que tal exención de responsabilidad opere. Pero se trata de dos problemas distintos. El primero y prioritario es determinar si su actividad puede calificarse de intermediación en la sociedad de la información según el concepto proporcionado en el Anexo de la LSSICE. Si la respuesta a esta cuestión es negativa, no procede entrar a valorar en si se cumplen o no los requisitos del art. 16 LSSICE. Aclaro este extremo pues, como veremos, se han mezclado ambos problemas y creo que se evitarían muchos litigios si se aclarara la posición jurídica de estos proveedores de servicios intermediarios de la sociedad de la información.

103. Aunque pueda resultar redundante, a mi juicio, no toda plataforma intermediaria en línea presta servicios de intermediación de la sociedad de la información (Anexo LSSICE), en particular, las plataformas colaborativas no necesariamente entran en ese concepto a pesar –insisto– de que sean intermediarias en sentido material por favorecer la interacción entre los usuarios¹¹³. Su carácter de inter-

¹¹¹ La interpretación de la exención de responsabilidad prevista en el art. 16 LSSICE ha sido ha dado lugar a mucha litigiosidad, siendo numerosas las resoluciones dictadas por el TS. Particularmente, el problema de cuándo opera la excepción del “conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización” prevista en el art. 16.1 LSSICE y que deja inoperante la exención de responsabilidad. El TS entiende que el concepto de conocimiento efectivo es abierto y engloba también la “posibilidad de conocer directamente o a partir de datos aptos para posibilitar la aprehensión de la realidad” (sentencias de del TS de 9 de noviembre de 2009 (RJ 2009/131) y de 18 de mayo de 2010 (RJ 2010/2319). Vid. Comentario a la misma de S. CAVANILLAS MÚGICA, “Responsabilidad de un prestador de un servicio intermediario de la sociedad de la información, de alojamiento, por la intromisión ilegítima causada por un comentario enviado a un foro”, CCJC nº 85/2011. BIB 2011/41.

¹¹² M. PEGUERA POCH. “Sólo sé que no sé nada (efectivamente): la apreciación del conocimiento efectivo y otros problemas en la aplicación judicial de la LSSICE, Revista Internet, Dret i Política, junio 2007, p. 9.

¹¹³ Para T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “El régimen jurídico de los mercados electrónicos cerrados (*e-Marketplaces*), cit., p. 149, junto con los intermediarios técnicos y proveedores de contenidos existe otra categoría de prestadores de servicios

mediario debe examinarse desde dos ópticas distintas: la falta de prestación de servicio subyacente y su papel como intermediario técnico de servicio de la sociedad de la información.

104. En diversos litigios planteados ante el TJUE en los que se ha demandado a las plataformas exigiendo responsabilidad por vulneración de normativa relacionada con la actividad realizada por los usuarios, las plataformas se han pretendido acoger a la exención de responsabilidad del art. 14 DCE (art. 16 LSSICE), alegando que prestaban servicios de alojamiento de datos (hosting) proporcionados por el destinatario del servicio. De hecho, si se observan las condiciones generales de uso de las plataformas, aparentemente, quieren parecer prestadores de servicios de intermediación pues aparentan que el servicio que ofrecen es una licencia para utilizar un software que permite la interacción entre los usuarios¹¹⁴

105. Según el Anexo de la LSSICE son prestadores de servicios de intermediación “el alojamiento de datos en los propios servidores” de datos o contenidos facilitados por terceros. Por ejemplo, aquellos proveedores que facilitan el espacio para alojar una página web, y siempre que el contenido de la misma sea proporcionado por terceros. Como veremos, el concepto es meramente técnico y no todo prestador de servicio de la sociedad de la información que permita alojamiento de datos puede ser considerado intermediario y beneficiarse de esta exoneración de responsabilidad, sino solo aquellos que prestan exclusivamente tal servicio. Hay otros tipos de supuestos en los que se pueden alojar datos de terceros, como blogs en los que se admiten comentarios de terceros, wiki¹¹⁵, que, a mi juicio, no son los proveedores de alojamiento a los que se está refiriendo la LSSICE cuando habla de prestadores de servicios de intermediación¹¹⁶. Cuando el Anexo de la LSSI se refiere al servicio de alojamiento de datos, la ley señala que debe serlo “en sus propios servidores”, lo que parece reducir la aplicación del art. 16 LSSICE a los prestadores de hosting sin incluirse el alojamiento de datos en blogs o sitios web como YouTube¹¹⁷. Estas plataformas en línea no podrían beneficiarse de la exoneración de responsabilidad del art. 14 DCC (art. 16 LSSICE).

106. De hecho, como veremos, en la jurisprudencia del TJUE, se acaba negando la exención de responsabilidad de estos proveedores de alojamiento en sentido amplio, por entender que, aunque

de la sociedad de la información que denomina intermediarios de contenidos. No consisten en aproximar físicamente a proveedor y cliente, sino en enlazar de la forma más eficiente la información con su destinatario haciéndola “visible” y “manejeable”, en facilitar la interacción entre compradores y vendedores creando las denominadas comunidades virtuales. Estas comunidades virtuales tienen tres elementos clave: un propósito común a través de una interacción “many to many”; unas fronteras, es decir, una política de acceso y salida del grupo; y un conjunto de normas que regulan el comportamiento de la comunidad virtual. A juicio de la autora citada, tales intermediarios, en cuyo concepto entran las plataformas intermediarias en línea, no son prestadores de servicios de intermediación pura en el sentido técnico de la LSSICE (p. 161). A diferencia de los intermediarios técnicos, los intermediarios de contenido desempeñan un conjunto de funciones que les permiten un mayor conocimiento del contenido que manejan y consecuentemente una más razonable posibilidad de control del mismo. Ejemplos de estos intermediarios de contenidos serían portales, buscadores, mercados virtuales, grupos de discusión. Sin embargo, la autora defiende una interpretación extensiva del art. 17 LSSICE de forma que estos intermediarios de contenidos se vean beneficiados de la exención de responsabilidad. Justifica su postura en que el establecimiento de medidas de control y supervisión son irrazonables (p. 596). Las exenciones de responsabilidad deben ser objeto de interpretación restrictiva. No creo que tal interpretación pueda deducirse con los textos vigentes. Creo que las exenciones están pensadas para el intermediario electrónico.

¹¹⁴ Amazon o sus proveedores de contenidos le conceden una licencia limitada no exclusiva, no transferible y no sublicenciable, de acceso y utilización, a los Servicios de Amazon para fines personales no comerciales. Dicha licencia no incluye derecho alguno de reventa ni de uso comercial de los Servicios de Amazon ni de sus contenidos, ni derecho alguno a compilar ni utilizar lista alguna de productos, descripciones o precios. Tampoco incluye el derecho a realizar ningún uso derivado de los Servicios de Amazon ni de sus contenidos, ni a descargar o copiar información de cuenta alguna para el beneficio de otra empresa, ni el uso de herramientas o robots de búsqueda y extracción de datos o similar”. <https://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html?nodeId=200545940>

¹¹⁵ Mantiene este concepto amplio, M. PEGUERA POCH, “Sólo sé que no sé nada (efectivamente)...”, *cit.*, p. 5. A su juicio, alojar un comentario enviado por un lector de un blog supone que el titular del blog está llevando a cabo un servicio de alojamiento de datos que entra en el ámbito del art. 16 LSSICE. Este artículo no debe entenderse referido a la actividad de hosting en sitios web, sino a cualquier supuesto de alojamiento de datos suministrados por terceros”.

¹¹⁶ Por esta razón se les ha denominado “falsos proveedores de *hosting*”, Vid., ROSATI, E., Why a reform of hosting providers’ safe harbour is unnecessary under EU copyright law, CREATE Working Paper 2016/11, 2016, p. 4. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2830440 (Consultado el 20 de marzo de 2018).

¹¹⁷ S. CAMACHO CLAVIJO, *Régimen jurídico de los prestadores de servicios de la sociedad de la información*, *cit.*, p. 146.

alojen datos, su actividad no es de mera intermediación técnica. Por ello, respecto de estas modalidades de alojamiento, no haría falta valorar si entran en la excepción del conocimiento efectivo de la ilegalidad del contenido. Pueden ser responsables porque no son los prestadores de servicios de intermediación en que estaba pensando el legislador europeo. Sin embargo, aunque se mantenga un concepto amplio de prestación de servicio de alojamiento, lo cierto es que la aplicación práctica evidencia que solo si el prestador de servicios realiza una actividad neutral o técnica, puede acogerse a esta exención de responsabilidad.

107. La sentencia del TJUE de 23 de marzo de 2010 *Google France y Google vs. Louis Vuitton* resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo francés en relación con la demanda presentada por Louis Vuitton contra Google por violación de sus derechos de marca¹¹⁸, la cual fue estimada por el tribunal de instancia. El litigio se centra en el servicio prestado por la plataforma Google Adwords que permite, mediante la inclusión de varias palabras clave, enlaces promocionales que, en el caso enjuiciado, llevaban a páginas web que vendían productos Louis Vuitton falsificados.

108. En lo que aquí interesa, el tribunal pregunta si Google presta un servicio de intermediación de la sociedad de la información y le resulta de aplicación la exención de responsabilidad prevista en el art. 14 DCE (equivalente al art. 16 LSSICE). Considera el TJUE que para comprobar si es aplicable tal exención de responsabilidad “es necesario examinar si el papel desempeñado por el prestador es neutro, es decir, si su comportamiento es meramente técnico, automático y pasivo, lo que implica que no tiene conocimiento ni control de la información que almacena”. Estas son las características que determinan que la actividad de la plataforma sea un servicio de intermediación de la sociedad de la información: carácter técnico, automático y pasivo. No entra en si tuvo o no conocimiento o control de la información, sino que el TJUE analiza la actividad de la plataforma en primer lugar. No se discute si hay o no responsabilidad por cumplirse los requisitos del art. 14 DCE, sino que la resolución se centra, a mi juicio acertadamente, en analizar si Google proporciona o no un servicio de intermediación lo cual debe valorarse en el caso concreto analizando si la plataforma asume “un papel activo que pueda darle conocimiento o control de los datos almacenados” (párrafo 120). Lo decisivo no es que la plataforma realice actividad de alojamiento de datos (*hosting*), sino que, caso por caso, habrá que determinar si tiene naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica que aquél no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada (en el mismo sentido, la sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2014, asunto C-291/13, *Caso Papasavvas*, párrafo 45)¹¹⁹.

109. Más claridad arroja la sentencia del TJUE de 12 de julio de 2011 (*L’Oreal contra eBay*) que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo del Reino Unido. Su objeto es analizar si existe infracción en el uso no autorizado de una marca por particulares que ofertan y realizan ventas esporádicas de productos de marcas famosas a través de plataformas de comercio electrónico. En lo que se refiere al tema que nos ocupa, se plantea el problema de la posible responsabilidad del operador de la plataforma eBay por las infracciones del derecho de marcas realizada por los usuarios de la plataforma que vendían productos falsificados.

110. En primer lugar, se aclara que la plataforma no es la que presta el servicio subyacente, sino que son los clientes vendedores por lo que la posible vulneración de la normativa en materia de marcas es imputable a éstos y no a la plataforma que es un intermediario. La plataforma no viola la regulación

¹¹⁸ Asuntos C-236/08 a C-238/08 acumulados. Google es prestador de un servicio remunerado de referenciación que pone a disposición de los anunciantes palabras clave que reproducen o imitan marcas registradas y, mediante el contrato de referenciación, organiza la creación y la aparición en pantalla en una posición privilegiada, a partir de dichas palabras clave, de enlaces promocionales hacia sitios en los que se ofrecen productos falsificados.

¹¹⁹ En consecuencia, como una sociedad editora de prensa que publica en su página de Internet la versión digital de un periódico tiene conocimiento, en principio, de la información que publica y ejerce un control sobre ésta, no puede ser considerada un «prestador de servicios intermediarios», en el sentido de los artículos 12 a 14 de la Directiva 2000/31, con independencia de que el acceso a la página sea de pago o gratuito.

en materia de marcas (Directiva 89/104 y del Reglamento nº 40/94) y cabe solo plantear su eventual responsabilidad en el marco de la DCE.

111. En relación con su posible papel como prestador de servicios de intermediación y de la eventual aplicación del art. 14 DCE, la sentencia es especialmente clara al respecto. Reconoce que eBay almacena datos de los clientes y por lo tanto presta un servicio de alojamiento: “eBay lleva a cabo este almacenamiento cada vez que un cliente abre una cuenta de vendedor y le proporciona los datos de sus ofertas de venta. Por otra parte, eBay percibe normalmente una remuneración consistente en un porcentaje de las operaciones realizadas a partir de dichas ofertas de venta (párrafo 110).

112. Pero lo relevante de la doctrina sustentada es que ese solo dato no lo convierte en prestador intermediario de la sociedad de la información. “La circunstancia de que el servicio prestado por el operador de un mercado electrónico comprenda el almacenamiento de información que le facilitan sus clientes vendedores no basta por sí misma para concluir que, en cualquier caso, a tal servicio le es aplicable lo dispuesto en el artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2000/31. En efecto, esta disposición debe interpretarse no sólo teniendo en cuenta su tenor sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forme parte” (párrafo 111).

113. Según la interpretación del TJUE, la prestación de servicios de intermediación no cabe deducirla de la naturaleza de la actividad en el sentido de que preste un servicio de alojamiento o almacenamiento de datos. Ello convertiría a todas las plataformas en servicios de intermediación y no es esta la voluntad de la norma europea que tasa específicamente determinados servicios. Tal y como se deduce del Considerando 42 antes citado, y de la doctrina emanada de las sentencias a las que he hecho referencia, es preciso que dicho servicio de almacenamiento de datos constituya una “una prestación neutra, mediante un tratamiento meramente técnico y automático de los datos facilitados por sus clientes (párrafo 113)”. No será servicio de intermediación de servicio de la sociedad de la información el que preste una plataforma que, aunque actúe como intermediaria, “desempeñe un papel activo que le permite adquirir conocimiento o control de tales datos” (párrafo 113). Se postula, de facto, un concepto restrictivo de servicio intermediario de sociedad de la información.

114. Las plataformas colaborativas que actúan como mercado *multi-side* no se limitan a poner en contacto, sino que generan valor añadido para facilitar los efectos en red que son los que garantizan su éxito. No se limitan a alojar datos, sino que intermedian entre los usuarios con herramientas avanzadas de adecuación de la oferta y la demanda, imponen reglas de comportamiento a sus usuarios y tienen cierta capacidad de control¹²⁰. Como señala el TJUE (sentencia L’Oreal) normalmente la plataforma “presta una asistencia consistente, entre otras cosas, en optimizar la presentación de las ofertas de venta en cuestión o en promover tales ofertas” (párrafo 116). Incluso, como veremos seguidamente, diseñan sistemas de reputación en línea para optimizar sus servicios y favorecer el aumento de usuarios. Por lo tanto, ni son ni pasivas, ni son neutrales¹²¹.

115. El argumento de que poner medidas de control y supervisión sistemáticos sería irrazonable y dificultaría la actividad¹²² no me parece argumento suficiente. Las plataformas se lucran con la trans-

¹²⁰ Así, por ejemplo, podemos leer en las condiciones de uso de varias plataformas (Airbnb, BlaBlaCar y eBay) que se reservan el derecho a restringir el acceso a los usuarios que no cumplan las condiciones de uso.

¹²¹ Ello es evidente en plataformas como Airbnb: actúa como agente de cobros, la plataforma presta el servicio de alojamiento cuando el “anfitrión” (usuario proveedor) no puede proporcionar el alojamiento reservado y el cliente rechaza alternativas ofrecidas, el proveedor de servicio de alojamiento (anfitrión) no puede cobrar directamente del cliente. Airbnb “asesora al anfitrión para elegir las reservas de su alojamiento. Airbnb comprueba las identidades o antecedentes de los usuarios e incluso puede modificar los precios redondeando al alza o a la baja. <https://www.airbnb.es/terms> Esta plataforma controla y mucho y desde luego, a mi juicio, no es un mero “albergador de datos” beneficiario de la exoneración de responsabilidad. Y ello, aunque se disfraza de tal, definiendo el contrato con los usuarios como contrato de “acceso a sitio web”. El servicio es mucho más potente que permitir el acceso a un sitio web.

¹²² T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, *Responsabilidad...*, cit., p. 596.

misión de bienes que a través de ellas se producen y pueden y deben establecer mecanismos de control, por ejemplo, números de registro o certificados de autenticidad pertinentes si es un requisito que establezca la normativa aplicable. Pero lo más importante es que creo que tanto la DCE como la LSSICE que la desarrolla están pensando en intermediarios técnicos cuando establecieron las exenciones de responsabilidad. Si éstas se quieren ampliar a los intermediarios de contenidos, es el legislador el que lo tiene que establecer.

116. Sin perjuicio de que sea necesario analizar caso por caso, se puede concluir tras el análisis de la jurisprudencia del TJUE, que lo normal es que las plataformas de servicios intermediarios en línea no sean prestadores de servicios de intermediación de la sociedad de la información a pesar de prestar servicio de alojamiento de datos, pues suelen adoptar un papel activo en su actividad de intermediación, no siéndoles de aplicación la exención de responsabilidad prevista en el art. 16 LSSICE¹²³. La razón es que la actividad de estos prestadores excede del mero ejercicio de actividades de intermediación en el sentido señalado en el Anexo b) LSSICE (alojamiento de datos proporcionados por el destinatario). Su papel no es de carácter técnico, automático y pasivo, tal y como exige el TJUE tras la interpretación de las exenciones de responsabilidad reguladas en la DCE¹²⁴.

117. Dado que desde el punto de vista sustantivo sí son intermediarios y no prestan el servicio subyacente, y se limitan a facilitar la interacción de los usuarios, no serán responsables de los incumplimientos que entre éstos se puedan producir. Cosa distinta es que la plataforma no haya sido transparente sobre su papel en la contratación¹²⁵, en cuyo caso, tal y como ha reconocido el TJUE, puede derivarse para el intermediario la misma responsabilidad que para el vendedor. La sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 2016 Sabrina Wathelet contra Garage Bietheres & Fils SPRL (asunto C149/15) se plantea el problema de si se puede considerar que un intermediario profesional es parte en un contrato de venta entre dos consumidores en virtud de la Directiva 1999/44/CE sobre ventas y garantías de los bienes de consumo si no informa adecuadamente al consumidor-comprador de la identidad y la condición del consumidor-vendedor. El TJUE responde afirmativamente señalando que:

¹²³ Como se recoge en el Considerando 38 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de autor en el mercado único digital de 14 de septiembre de 2016 (COM (2016) 593 final), “en lo que se refiere al artículo 14, es preciso comprobar si el proveedor de servicios desempeña un papel activo, en particular optimizando la presentación de las obras o prestaciones cargadas o promocionándolas, independientemente de la naturaleza de los medios utilizados a tal fin”. El desempeñar un papel activo es un requisito para tener la consideración de prestador intermediario en línea, sin que sea preciso entrar en si se da conocimiento efectivo o no de la actividad ilícita, es decir, sin necesidad de entrar en la aplicación del art. 14 DCE.

¹²⁴ Se muestra crítica con el criterio jurisprudencial que atiende al rol activo o pasivo de los proveedores de hosting, E. ARROYO AMAYUELAS, “La responsabilidad...”, *cit.*, p. 816 porque perjudica enormemente a los prestadores de servicios de internet que explotan su negocio con actividades esencialmente dinámicas que no existían cuando se aprobó la DCE. Y no le falta razón. De ahí que este sea un extremo que deba ser objeto de regulación la responsabilidad de estos nuevos operadores que llevan a cabo una intermediación material no meramente técnica.

¹²⁵ Cfr. la condición de uso nº 12 publicada por Amazon. https://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html/ref=footer_cou?ie=UTF8&nodeId=201909000 No obstante, Amazon realiza una actividad mixta ya que hay productos en los que Amazon es el vendedor.

También eBay anuncia claramente su posición de intermediario en sus condiciones de uso: “eBay es una plataforma de compraventa que permite a los usuarios ofrecer, vender y comprar prácticamente de todo, en una amplia variedad de formatos de precio y ubicaciones.

eBay no posee ninguno de los artículos en venta o vendidos a través de eBay, y no está involucrado en la transacción real entre compradores y vendedores. El contrato de compraventa se hace directamente entre el comprador y el vendedor. eBay no es una casa de subastas tradicional.

Podemos orientar acerca de precios, gastos de envío, y otras cuestiones en nuestros Servicios, si bien dichas orientaciones se realizan a título informativo, por lo que puedes optar por no seguirlas. eBay no revisa los anuncios de los usuarios o su contenido. Aunque podemos ayudar a facilitar la resolución de controversias a través de diversos programas, eBay ni controla ni garantiza, la existencia, calidad, seguridad o legalidad de los artículos anunciados; la veracidad o exactitud de los contenidos, anuncios o valoraciones de los usuarios; la capacidad de los vendedores para vender artículos; la capacidad de los compradores para pagar los artículos; o que un comprador o vendedor llegarán a formalizar una transacción o a devolver un artículo”. <http://pages.ebay.com/es/help/policies/user-agreement.html>

“en virtud de la Directiva 1999/44, la responsabilidad del vendedor debe poder ser exigible al intermediario que crea un riesgo de confusión al dirigirse al consumidor, haciéndole creer que actúa en calidad de propietario del bien objeto de la compraventa. La interpretación contraria, que excluiría en todo caso del ámbito de aplicación del artículo 1, apartado 2, letra c), de la Directiva 1999/44 al profesional que actúa como intermediario, se opone al objetivo global perseguido por la normativa de la Unión en materia de protección de los consumidores y consagrado en el artículo 169 TFUE, que consiste en garantizar un alto nivel de protección de los consumidores y, por tanto, en preservar su confianza” (párrafos 41 y 41).

118. Aunque la sentencia no se refiera a una adquisición a través de una plataforma intermediaria en línea, su doctrina tiene mucha importancia porque si no se informa adecuadamente del papel de intermediario de la plataforma¹²⁶, podrá serle exigida a ésta la misma responsabilidad que al vendedor, sin perjuicio, de la acción de repetición que en su caso pueda corresponder a la plataforma contra el verdadero vendedor.

119. La plataforma responderá, en su caso, como prestador de servicio de la sociedad de la información según las reglas generales de responsabilidad civil (art. 13.1 LSSICE). Será contractual cuando incumpla el contrato celebrado con el usuario, a cuya naturaleza me referiré más adelante. En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, no cabe hablar de responsabilidad por el hecho ajeno (art. 1903 CC), sin que pueda imputarse a la plataforma los daños causados por los usuarios¹²⁷. Cosa distinta es que se estime que, por la infracción por parte del usuario, también sea posible imputar responsabilidad a la plataforma por acto propio al fomentar dicha actuación dañosa¹²⁸. Su responsabilidad será por hecho propio, aplicándose los requisitos generales de imputación (art. 1902 CC), atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

120. En cualquier caso, la tendencia legislativa a nivel europeo avanza, en general, hacia una mayor responsabilidad de las plataformas en línea: “lo que es ilegal en el mundo real, lo es también en el mundo virtual”. Son palabras recogidas en el documento publicado por la Comisión Europea sobre “Lucha contra el contenido ilícito en línea. Hacia una mayor responsabilidad de las plataformas en línea”¹²⁹. Se pretende que se adopten medidas proactivas eficaces para detectar y retirar contenidos ilícitos en línea de forma que no sería de aplicación la exención de responsabilidad del art. 14 DCE. Estas reformas parece que se van a tomar por sector de actividad. Creo que sería más eficiente aportar más claridad sobre los sujetos que se benefician de la exención¹³⁰ adoptando un criterio legal más restrictivo en la línea de la jurisprudencia del TJUE. Creo que las exenciones de responsabilidad deben ser excepcionales y adaptarse a la actuación real de cada plataforma. Hay que evitar situaciones de riesgo moral. Así parece que se ha sugerido en un documento no oficial de la Comisión Europea que se ha filtrado¹³¹ dirigido a actualizar la DCE con la aparición de estos nuevos operadores que son las plataformas online. Ya he

¹²⁶ Este aspecto ha sido puesto de relieve por la Comisión Europea, en el ya citado informe, “Exploratory study of consumer issues in online peer to peer platform markets. Final report”, *cit.*, p. 129, “en la mayoría de los casos de estudio, las plataformas establecen al menos una parte de las cláusulas contractuales de la transacción P2P, lo cual puede hacer que los usuarios tengan la impresión de que la plataforma comparte cierto grado de responsabilidad en caso de no ejecución o grado de incumplimiento (...). Sin embargo, las plataformas excluyen de forma sistemática cualquier responsabilidad en relación con los contratos celebrados entre iguales e indican explícitamente que estas no son partes en los mismos”.

¹²⁷ En este sentido, F. CARBAJO CASCÓN, “Problemas de distribución...”, *cit.*, p. 13.

¹²⁸ Así sucedió en el asunto resuelto por el Tribunal Supremo francés (Cass. Com. 4 de diciembre de 2012, 11-27729, Publié Sté Pewterpassion.com/Sté Leguide.com.). Se trataba de un sitio web de comparación de precios que ofrecía clasificar en los primeros puestos los productos de los comerciantes que pagaban una tasa adicional, el Tribunal Supremo francés constató que, al clasificar los productos en los primeros puestos cobrando una remuneración de terceros comerciantes, la plataforma estaba promocionando indirectamente esos productos y, por tanto, actuaba como proveedor activo de un servicio comercial a esos comerciantes.

¹²⁹ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. “Lucha contra el contenido ilícito en línea. Hacia una mayor responsabilidad de las plataformas en línea” COM (2017), 555 FINAL. 28/09/2017.

¹³⁰ Así se ha puesto de manifiesto en la Consulta pública sobre plataformas intermediarias online COMISIÓN EUROPEA *Public consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy*, 24 septiembre de 2015, p. 2.

¹³¹ <https://netzpolitik.org/2019/leaked-document-eu-commission-mulls-new-law-to-regulate-online-platforms/> (Consulta del 10 de junio de 2020).

dicho que no todas las plataformas son iguales, y las intermediarias que favorecen la contratación entre usuarios tienen particularidades de régimen. No se atiende al rol activo o meramente pasivo o técnico de la plataforma para determinar su grado de responsabilidad, sino al grado de conocimiento real y control que tiene la plataforma sobre el contenido y el material sobre el que se comercia. Habrá cambios legales a nivel europeo en este terreno que se han anunciado en la reciente consulta pública puesta en marcha por la Comisión europea en junio de 2020 acerca de la normativa de los servicios digitales. Se anuncia una modificación de la Directiva de comercio electrónico.¹³²

4. Mecanismos para la valoración de bienes y servicios. Los sistemas de reputación *online*

121. La interdependencia de los usuarios es un rasgo característico de esta modalidad de plataformas y clave de su éxito. Su actividad se centra en conseguir el mayor número de usuarios tanto proveedores como adquirentes de bienes y servicios. Para ello es habitual que la propia plataforma u otra que se dedique a esta finalidad diseñe un sistema de reputación que se construye sobre la base de las opiniones de los propios usuarios¹³³. Mientras las empresas convencionales generan confianza entre los consumidores mediante el cumplimiento de la normativa gubernamental que regula la actividad, las plataformas lo hacen tanto a través de la gestión de los sistemas de evaluación entre iguales y de calificación y reputación como a través de la verificación de la exactitud de la identidad facilitada.

122. Los sistemas de reputación tratan de evitar los riesgos de información asimétrica que son connaturales a esta modalidad de contratación. Así, el usuario puede tener conocimiento de la “seriedad” del prestador del servicio, lo que aumenta la confianza en la contratación, esencial en el tráfico económico. Con razón se ha dicho, que la confianza es el “pegamento social” que facilita el consumo colaborativo y el funcionamiento de la economía de la plataforma¹³⁴. Según un estudio realizado en los EEUU, el 82% de los clientes tienen en cuenta las reseñas a la hora de tomar la decisión de compra¹³⁵.

123. Un consumidor valora que existan más usuarios, no solo por un efecto cuantitativo (pues así el número de evaluaciones es mayor y éstas son menos manipulables¹³⁶), sino también por un efecto cualitativo de «agenda de contactos» (pues aumenta la probabilidad de que personas conocidas, en cuyo criterio confía más, hayan efectuado evaluaciones), razón por la cual muchas plataformas exigen o incentivan la integración del perfil del usuario con las redes sociales¹³⁷. Así, por ejemplo, algunas plataformas como AirBnb dan la opción a los usuarios, sobre todo, los que tienen poco historial, de consolidar su reputación enlazando su perfil con otras redes como Facebook. Esto facilita la creación de reputación

¹³² https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_962 (Consultado el 2 de septiembre de 2020).

¹³³ Según el informe realizado en el Reino Unido sobre la base de opiniones de consumidores y proveedores, COMPETITION MARKET AUTHORITY “Online reviews and endorsements” 2015, p. 3 https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/436238/Online_reviews_and_endorsements.pdf (Consultado el 15 de junio de 2020), “los consumidores que usan los sistemas de valoración del servicio de proveedores los encuentran valiosos y son usados por más de la mitad de los adultos del Reino Unido. Se estima que 23 mil millones de libras al año de gasto del consumidor del Reino Unido se ve potencialmente influenciado por estos sistemas de valoración. Se trata de un sistema en el que los consumidores confían y basan en ellos sus decisiones de compra. Mayoritariamente los consumidores dijeron que el producto o servicio adquirido después de leer las valoraciones coincidía con sus expectativas. Estos datos evidencian la importancia de los sistemas de reputación y su grado de fiabilidad.

¹³⁴ C. BUSCH, “Crowdsourcing Consumer Confidence: How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy. Alberto De Franceschi (ed.), European Contract Law and the Digital Single Market, Intersentia, Cambridge 2016.. <https://ssrn.com/abstract=2799489>, p. 3.

¹³⁵ <https://www.pewresearch.org/internet/2016/12/19/online-reviews/> (Consultado el 12 de junio de 2020).

¹³⁶ Se trata de evitar el “sesgo por selección según el cual las opiniones son realizadas por un subgrupo de consumidores que no es representativo de la totalidad. Cuantos más usuarios tenga la plataforma más valoraciones habrá y más fiables serán porque representan una visión de una pluralidad de usuarios amplia siendo más improbable la manipulación o, caso de existir, ser menos relevante en términos cualitativos.

¹³⁷ M. SOBRINO, Y P. HINOJO, “Retos para la competencia de las plataformas digitales de economía colaborativa” en A. Muñoz García y S. Rodríguez Marín, (Coord.), Aspectos legales de la economía colaborativa y bajo demanda en plataformas digitales, Wolters Kluwer, 2018, (Smarteca).

inicial a nuevos usuarios que aún no han sido valorados. De hecho, a través de esta forma de generación de confianza, esencial para el funcionamiento del mercado a través de la red (el comportamiento pasado es el mejor predictor del comportamiento futuro), se están creando plataformas, cuyo objeto es precisamente aunar y gestionar la reputación de un usuario en varias plataformas¹³⁸.

124. En esta modalidad de contratación la reputación¹³⁹ es un importante activo¹⁴⁰ (difícil de obtener y muy fácil de perder), por lo que el diseño del sistema de recopilación de opiniones de los usuarios debe ser fiable, pues se corre el riesgo de que se produzcan situaciones en las que usuarios que no han utilizado el servicio¹⁴¹ puedan valorarlo negativamente, ocasionándose un perjuicio injustificado en el proveedor. Hay algunos tipos de plataformas que se prestan más al fraude como es el caso, por ejemplo, de eBay donde muchos usuarios son proveedores y consumidores pudiendo darse el caso de que las partes lleguen a un acuerdo tácito o explícito para intercambiarse puntuaciones elevadas¹⁴². Empresas que pagan para recibir valoraciones positivas¹⁴³ o pagan para que se hagan valoraciones negativas a empresas de la competencia, plataformas que hacen una selección de las valoraciones incluyendo solo las positivas. Se trata de actuaciones que pueden perjudicar y mucho al consumidor porque le inducen a error en la contratación¹⁴⁴. Obsérvese que el error no procede del proveedor directamente porque vende lo que realmente dice vender, sino a través de otros usuarios que realizan valoraciones que no se corresponden con la realidad del producto. A su vez, la plataforma no controla adecuadamente la veracidad de las valoraciones. Cualquier exigencia de responsabilidad desde la estricta teoría general del contrato se torna compleja en esta estructura triangular de contratación.

125. Las valoraciones erróneas dañan gravemente al consumidor y al proveedor¹⁴⁵ y hay que tener en cuenta que en muchas ocasiones nos encontramos en relaciones C2C, no siendo de aplicación la normativa de protección del consumidor. Por ello, resulta imprescindible que se diseñen modelos fiables

¹³⁸ Es el caso, por ejemplo, de la plataforma Atribus <http://atribus.com/> Booking.com, Tripadvisor, Yelp

¹³⁹ Otros métodos tradicionalmente utilizados para generar confianza en las transacciones económicas son i) la regulación por el sector público, ii) la auto-regulación de los operadores del sector, ii) las certificaciones concedidas por un tercero creíble, iv) el aseguramiento o v) las garantías.

¹⁴⁰ Destaca este aspecto J. BLOCHER, "Reputation as property in virtual economies", 200 <https://www.yalelawjournal.org/forum/reputation-as-property-in-virtual-economies> (Consultado el 13 de mayo de 2020), para quien la reputación puede asimilarse a una forma de propiedad sin necesidad de demostrar su valor económico. "La importancia del éxito en este mercado reputacional puede ser tan importante para algunas personas como los activos financieros: las vidas de muchas personas giran virtualmente en torno a sitios y blogs de redes sociales. De hecho, ya es noticia que millones de personas pasan más tiempo pensando en sus perfiles de Facebook que en sus perfiles de inversión".

¹⁴¹ Hay sistemas de reputación "abiertos" y "cerrados". En los abiertos solo puede el usuario hacer la valoración una vez que ha confirmado la operación de compra de bien o servicio. Es el caso de Airbnb. Otros, por el contrario, no tienen estas restricciones y cualquier usuario registrador puede hacer una valoración de cualquier producto, con la salvedad de que no aparece el sello de "verificada". Es el caso de Amazon Marketplace". Una eventual regulación europea deberá determinar si los sistemas deben ser abiertos o cerrados. Una plataforma con un sistema de valoración abierto es mucho menos fiable y lo importante es que los usuarios conozcan este extremo

¹⁴² COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE LA COMPETENCIA "Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios de la economía colaborativa", marzo 2016, p.48.

¹⁴³ El periódico digital El Confidencial se hace eco de este problema denunciando "la última treta de las reseñas en Amazon: cartas con 20 euros de regalo si das cinco estrellas". https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2019-07-03/vendedores-amazon-descuento-cartas-resenas-reviews_2103875/ (Consultado el 7 de junio de 2020).

¹⁴⁴ COMPETITION MARKET AUTHORITY "Online reviews and endorsements" 2015, p. 3 https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/436238/Online_reviews_and_endorsements.pdf (Consultado el 13 de marzo de 2018).

¹⁴⁵ Destaca E. OLMEDO PERALTA, "Competencia dentro de las plataformas de la economía colaborativa: posibles prácticas restrictivas de los mal llamados "prosumidores", en Beatriz Fonticiella Hernández (Coord.) Inmaculada González Cabre-ra (Dir.), María del Pino Rodríguez González (dir.), Las viviendas vacacionales: Entre la economía colaborativa y la actividad mercantil, 2019, págs. 207-232, cómo los sistemas de reputación pueden favorecer actos de competencia desleal. "El sistema de valoración de usuarios sirve como elemento para la fijación de un estándar mínimo de calidad, de modo que obtener una puntuación media inferior a un determinado mínimo es, en ciertas aplicaciones, causa de expulsión del sistema (...). "Ciertas prácticas de falseamiento de la competencia basadas en verter opiniones falsas sobre los competidores podría suponer la salida de éstos del mercado. Es el caso de aplicaciones de transporte urbano como Uber, en las que obtener una puntuación baja implica la expulsión del conductor del sistema".

de reputación, ya que, bien contruidos¹⁴⁶, pueden más eficientes para la protección de los intereses de las partes que la propia regulación del mercado¹⁴⁷.

126. Por otro lado, si algo favorecen las plataformas *online* es el mercado transfronterizo y los distintos sistemas de valoración de la reputación pueden suponer una barrera en el mercado interior europeo¹⁴⁸. No me cabe duda de que la regulación¹⁴⁹ de *feedback* reputacional es procedente¹⁵⁰ y oportuna porque la reputación digital incentiva comportamientos adecuados. Deben existir mecanismos de control que eviten los “falsos positivos” y los “injustos negativos” que pueden producir la expulsión injustificada de un proveedor del mercado. Me muestro favorable a este sistema que dota al consumidor (responsable) de un instrumento potente para favorecer el correcto cumplimiento de las obligaciones, incluso más potente que otros mecanismos tradicionales como la denuncia a los reguladores.

127. Cosa distinta son las opciones de política legislativa que existen a este respecto. Como se ha señalado¹⁵¹, desde un plano de libertad, cabría imponer un deber de transparencia sobre las normas y criterios de diseño, construcción y publicación para que sean conocidas por los usuarios. Otra opción consiste en recurrir al establecimiento de estándares sobre las modalidades de recogida, procesamiento, agregación y publicación que aseguren la fiabilidad, la diligencia y la transparencia del sistema. Estos estándares pueden ser simplemente recomendados o de obligado cumplimiento¹⁵². La mala reputación

¹⁴⁶ Así lo ha puesto de relieve la COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Agenda Europea para la Economía Colaborativa. Bruselas, 2.6.2016 COM (2016) 356 final, p. 4 al señalar respecto de los sistemas de evaluación de la reputación que los mismos pueden contribuir a aumentar la calidad de los servicios y reducir posiblemente la necesidad de determinados elementos reguladores, siempre que pueda confiarse adecuadamente en la calidad de las evaluaciones y calificaciones. Sin embargo, como se ha puesto de relieve en el informe COMISIÓN EUROPEA, “Exploratory study of consumer issues in online peer to peer platform markets. Final report”, *cit.*, p.87, después de analizarse el funcionamiento de 485 plataformas, tanto las principales herramientas de fomento de la confianza, los sistemas de evaluación entre iguales y de calificación de la mayoría de las plataformas no son ni totalmente fiables ni transparentes. Su eficacia es objeto de serias dudas.

¹⁴⁷ Así lo manifiestan, C. KOOPMAN, M. MITCHEL, Y A. THIERER, “Sharing Economy and Consumer Protection Regulation: The Case for Policy Change”, e *Journal of Business, Entrepreneurship & the Law*, Vol. 8, Issue 2, 2015, p. 543, <https://digitalcommons.pepperdine.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.es/&httpsredir=1&article=1130&context=jbel> (Consultado el 15 de marzo de 2020).

¹⁴⁸ C. BUSCH, “Crowdsourcing Consumer Confidence: How to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy”, *cit.*, p.2.

¹⁴⁹ No lo entiende así la Comisión Nacional del Mercado de la Competencia en su informe sobre “Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios de la economía colaborativa”, marzo 2016, p. 45 <https://www.agorarsc.org/10942-2/>

(Consultado el 14 de mayo de 2020). Señala en este sentido que la intervención pública en estos sistemas reputacionales conllevaría un incremento en el coste regulatorio de la actividad redundando, quizás sin beneficio para los usuarios, en un mayor precio final.

¹⁵⁰ Así lo ha puesto de relieve el Comité Económico y Social Europeo (CESE) que, respecto a las herramientas de calificación y reputación de los proveedores, considera que, si bien cumplen el objetivo de interés público de reducir para los consumidores los riesgos vinculados a las asimetrías de información, también pueden conducir a una selección adversa y a un riesgo moral. A este respecto, las autoridades públicas y los gestores de las plataformas digitales deben velar por la calidad y la fiabilidad de las informaciones, las evaluaciones y las calificaciones de las plataformas colaborativas, haciendo uso de organismos independientes de control. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO (CESE), en el Dictamen sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Una Agenda Europea para la economía colaborativa», COM (2016) 356 final], (2017/C 075/06).

¹⁵¹ T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “Una regulación europea para las plataformas electrónicas. Propuestas en curso y alternativas”, en Blanco Sánchez M.J. y Madrid Parra, A., (Dir.), *Derecho mercantil y tecnología*, Ed: Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 427-452.

¹⁵² Este es el modelo acogido en el art. 8 BPDPL que establece la obligación del operador de la plataforma de proporcionar información sobre las modalidades de recogida, procesamiento y publicación de calificaciones y revisiones. Exige, con carácter general que el *feedback* reputacional debe cumplir con los siguientes estándares de diligencia profesional:

1. Debe tomar todas las medidas razonables y proporcionadas para verificar que las revisiones se basen en una transacción efectivamente realizada.

2. Deberá indicar si, en su caso, el usuario ha obtenido algún tipo de beneficio o contraprestación por haber dado su opinión sobre el producto o servicio.

3. Si se rechaza una crítica, el usuario que la ha realizado debe ser informado sin demora indebida sobre el rechazo y las razones de dicho rechazo.

puede tener consecuencias indeseables de las que podría derivar responsabilidad civil contractual por parte de la plataforma en el caso de que no adopte unos estándares mínimos de diligencia y la misma se derive de valoraciones falsas.

128. A mi juicio, en este punto la transparencia es fundamental. Si no se opta por la imposición de unos estándares mínimos, el usuario debe tener conocimiento del diseño del sistema de reputación: si hay comprobación de la autenticidad de las reseñas y si son realizadas por clientes que han realizado transacciones, si las reseñas son remuneradas o no en la línea del citado art. 8 BPDPL.

129. Como ha puesto de relieve la Comisión Europea¹⁵³ hay que tener en cuenta que las plataformas pueden tener la consideración de comerciantes a los efectos de la aplicación la Directiva 2005/29, sobre prácticas comerciales desleales de 11 de mayo de 2005¹⁵⁴ (en adelante, DPCD), siéndoles de aplicación los arts. 6.1b y 7.4 a) de la DPCD que establecen lo que es publicidad engañosa sobre el producto o servicio ofrecido. Se considera que, al publicar reseñas de usuarios, se requiere que el operador de la plataforma proporcione información veraz sobre las principales características de sus servicios. En particular, la plataforma no debe inducir a error a los usuarios en cuanto al origen de las revisiones: debe evitar crear la impresión de que las valoraciones publicadas a través de ella provienen de usuarios reales, cuando no puede garantizarlo adecuadamente. En tal caso, el operador de la plataforma debe informar claramente a los consumidores sobre este hecho. Si, a contrario, un proveedor de herramientas de valoración por usuarios afirma explícitamente que sus revisiones proceden de usuarios, debe tomar medidas razonables y proporcionadas que aumente la probabilidad de que dichas revisiones reflejen las experiencias reales de los usuarios.

⁴ Las evaluaciones deben publicarse sin demora indebida.

⁵ El orden en que se presentan las opiniones no debe ser confuso. Los usuarios de la plataforma deben poder visualizar las revisiones en orden cronológico.

⁶ Si el sistema de información sobre la reputación excluye las valoraciones antiguas, deberá indicarse esta circunstancia a los usuarios de la plataforma. El período de exclusión debe ser razonable pero no inferior a 12 meses.

⁷ Si las revisiones se consolidan en una calificación global, debe indicarse el número total de revisiones en las que se basa la calificación.

⁸ El operador de la plataforma debe proporcionar de forma gratuita un sistema que permita a los usuarios de la plataforma enviar una comunicación si tienen dudas sobre la autenticidad de una revisión.

Al margen de estos estándares de diligencia, se contempla la obligación del proveedor de la plataforma de facilitar al usuario la portabilidad de las valoraciones que sobre su actividad se han realizado en un formato estructurado y legible de forma digital. Como se puede apreciar, se cuenta con el hecho de que existen plataformas cuya finalidad sea precisamente procesar estos datos relativos a la reputación de los proveedores.

Respecto a lo que acontece cuando el operador incumple alguno de los estándares previstos en el diseño de su sistema reputacional, el BPDPL no establece una responsabilidad específica de la plataforma. Tan solo en el capítulo V dedicado expresamente a este extremo, después de declarar la irresponsabilidad de la plataforma por el incumplimiento del contrato entre proveedor y usuario, se centra en la responsabilidad de la plataforma por publicar información falsa acerca de los proveedores de bienes y servicios cuando no empleó toda la diligencia debida para rectificar dicha información.

¹⁵³ COMISIÓN EUROPEA, “Guidance on the implementation/application of Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices”, Commission staff working document, 25 de mayo de 2016, COM (2016) 320 final. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016SC0163&from=EN> (Consultado el 15 de marzo de 2018), p. 126. Lo normal que es la plataforma no lo asegure. A título de ejemplo, Airbnb no aclara expresamente en sus condiciones: “Airbnb no verifica la exactitud de las Valoraciones y las Evaluaciones, que podrían así ser incorrectos o engañosos”. “Si decidimos realizar una verificación de identidad o comprobaciones de antecedentes sobre algún Miembro, en la medida permitida por la legislación aplicable, renunciamos a cualquier garantía de ningún tipo, ya sea expresa o implícita, respecto a que dichas comprobaciones acaben detectando pasadas conductas inapropiadas por parte de un Miembro o que se garantice que un Miembro no vaya adoptar un comportamiento inapropiado en el futuro.” Ello viene acompañado de una absoluta exención de responsabilidad <https://www.airbnb.es/terms#sec10>

¹⁵⁴ Artículo 2.a) Directiva 2005/29 define al comerciante como “cualquier persona física o jurídica que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión, así como cualquiera que actúe en nombre del comerciante o por cuenta de éste”. La norma europea fue transpuesta al Derecho español por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre que modifica entre otras la Ley 3/1991, de 10 de enero de competencia desleal.

130. La cuestión es que no se sabe hasta qué punto la plataforma puede garantizar la fiabilidad de las valoraciones. Bastaría que declarara que no puede hacerlo, para que estuviera exenta de responsabilidad¹⁵⁵, exención que se recoge en la mayoría de sus clausulados¹⁵⁶. Caso de que la publicación de una valoración errónea en los términos que sugiere la Comisión europea en el documento citado, las consecuencias serían las establecidas en el art. 32 de Ley 3/1991, de 10 de enero de competencia desleal, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios causados por parte de la plataforma por una especie de “*culpa in vigilando*”, por la falta de control de la veracidad de las valoraciones.

131. La Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE de 27 de noviembre de 2019¹⁵⁷ introduce modificaciones en la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. Se añade el apartado 6 al art. 7 dedicado a las omisiones engañosas. Se establece en dicho nuevo apartado se señala que «cuando un comerciante facilite el acceso a las reseñas de los consumidores sobre los productos, se considerará fundamental la información acerca de si el comerciante garantiza que las reseñas publicadas pertenezcan a consumidores que hayan adquirido o utilizado el producto y de qué modo lo hace». Se considera que tal información es sustancial. El considerando 47 dispone que el proveedor habrá que especificar qué procesos de verificación se han usado y si se aplican a todas las reseñas.

132. También se modifica el Anexo I de dicha Directiva 2005/29 dedicado a determinar prácticas que se consideran desleales. Se añaden los apartados 23 ter y 23 quater en los siguientes términos:

«23 ter) *Afirmar que las reseñas de un producto son presentadas por consumidores que han utilizado o adquirido realmente el producto, sin tomar medidas razonables y proporcionadas para comprobar que dichas reseñas pertenecen a tales consumidores.*

23 quater) *Presentar o encargar a otra persona física o jurídica que presente reseñas o aprobaciones de consumidores falsas, o distorsionar reseñas de consumidores o aprobaciones sociales con el fin de promover productos».*

Como en tantas otras ocasiones, un aspecto clave como es el mecanismo sancionador, se deja en manos de los Estados miembros. Así se señala en el nuevo art. 11 bis¹⁵⁸ de la Directiva 2005/29/CE.

133. Tras la aprobación de esta directiva, los sistemas de reputación gozan de regulación, pero sólo en el ámbito de la Directiva 2005/29. Esta iniciativa hay que aplaudirla, pero resuelve el problema parcialmente, es decir, cuando se utilizan las reseñas para falsear la competencia.

134. De hecho, este ha sido el problema que se ha planteado en España con el caso Tripadvisor resuelto por la sentencia dictada por el Juzgado mercantil nº 7 de Barcelona de 18 de septiembre de 2019.

¹⁵⁵ En la sentencia IZR 94/13 de 19 de marzo de 2015, el Tribunal Federal de Justicia alemán consideró que un sitio web de valoración de hoteles no era el responsable de una opinión publicada por un usuario en la que indicaba que, en determinado hotel, «cobraban 37,50 EUR por persona y noche y había chinches». El propietario del hotel reclamó daños y perjuicios a la plataforma. La pretensión fue desestimada. El Tribunal observó que el sitio web no había fomentado ni difundido activamente la opinión del usuario, sino que había adoptado una actitud neutral al respecto sin obligarse a la comprobación de las valoraciones. El tribunal llegó a la conclusión de que el sitio web de valoración de hoteles solo hubiera sido responsable de los contenidos de las opiniones de los usuarios si hubiese vulnerado su obligación de llevar a cabo comprobaciones de las opiniones.

¹⁵⁶ COMISIÓN EUROPEA, “Exploratory study of consumer issues in online peer to peer platform markets. Final report”, *cit.*, p. 94.

¹⁵⁷ Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión.

¹⁵⁸ “Los consumidores perjudicados por prácticas comerciales desleales tendrán acceso a medidas correctoras proporcionadas y eficaces, incluida una indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el consumidor y, cuando proceda, una reducción del precio o la resolución del contrato. Los Estados miembros podrán establecer las condiciones de la aplicación y los efectos de dichas medidas correctoras. Los Estados miembros podrán tener en cuenta, cuando proceda, la gravedad y la naturaleza de la práctica comercial desleal, los daños y perjuicios sufridos por el consumidor y otras circunstancias pertinentes”.

El litigio se plantea entre la empresa “Recaba inversiones turísticas S.L.” que demanda a Tripadvisor Spain LS.L. y Tripadvisor LLC, ejercitando las acciones declarativas, de cesación, remoción de efectos y resarcimiento (arts. 4, 12, 15 y 32 de la LCD). Precisamente, la demanda se fundamenta en una serie de comentarios vejatorios¹⁵⁹ (no meramente negativos) realizados por los usuarios en dicha plataforma y sobre dos restaurantes de la demandante. Se considera que hay contravención de las exigencias de la buena fe, en el aprovechamiento indebido de la reputación ajena y en la violación de normas. Hay que aclarar que Tripadvisor es una plataforma que establece herramientas de comparación de hostelería y alojamiento (*online review sites* o sitios de valoración *online*). Se trata de un motor de búsqueda al que recurre cualquier persona que demanda un determinado bien o servicio. En el caso de Tripadvisor, la plataforma hace una comparativa de proveedores de servicio de hostelería y alojamiento. La plataforma se nutre de opiniones de los usuarios, pero el titular del alojamiento o servicio de hostelería carece de vínculo contractual con la plataforma. Cualquier usuario puede “dar de alta” el establecimiento en la plataforma y publicar opiniones sobre el establecimiento. No se pide ninguna autorización al establecimiento el cual es expuesto en la web sin su consentimiento. La mera descripción del fenómeno provoca tensión. No en vano es ya práctica habitual la extorsión a empresarios bajo la amenaza de calificación negativa.

135. La existencia de este tipo de portales tiene su lado positivo pues supone un incentivo al buen comportamiento contractual y a la calidad de los bienes y servicios. Pero tiene su lado oscuro pues puede mentirse y lesionarse el honor de personas físicas como jurídicas. Este tema es el que se planteó en la sentencia citada que absolvió a Tripadvisor al estimar que no se violaba la normativa de competencia desleal. Lo cierto es que dos de los comentarios fueron removidos por Tripadvisor de la web al día siguiente de su publicación, tras haberlo solicitado la demandante.

136. *¿Qué responsabilidad asume el operador de la plataforma respecto de las barbaridades que puedan llegar a decirse en estos portales que albergan reseñas de los usuarios?* Hay partir de la base de que se declaró probado que Tripadvisor tenía un control de contenido de los comentarios, si bien se trataba de un sistema previo de control mediante algoritmos y un sistema de control posterior llevado a cabo por personal contratado por la compañía, ofreciendo a los establecimientos la posibilidad de responder a las observaciones de los usuarios y denunciar a Tripadvisor la incorrección de un comentario.

137. La sentencia es criticable entre otras razones por negar la aplicación del art. 12 LCD (aprovechamiento indebido de reputación ajena) con base en que Tripadvisor tiene más reputación que los dos restaurantes afectados lo que parece que a juicio del juez autorizaría a la plataforma a aprovecharse de la reputación ajena. No juzgo el resultado, pero sí el argumento.

138. También descarta la sentencia que haya un ilícito desleal por violación de las normas (art. 15 LCD), en particular por la violación del art. 16 LSSICE. Esta norma se refiere a la responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos a la que ya he hecho referencia. Las plataformas no responden de la información almacenada por los usuarios si no tienen conocimiento efectivo de la ilicitud de la misma, o teniéndolo, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos. Según la sentencia, el mero hecho de que Tripadvisor de manera voluntaria tenga sistemas de control de los comentarios, implica que no hay violación del art. 16 LSSICE y no hay acto desleal con base en el art. 15 LCD.

¹⁵⁹ Se trataba de tres comentarios. Uno de ellos se limitó a poner como título “Estafa a la Seguridad Social, personal enchufado mal cualificado, una chapuza de gestión de negocio”. El segundo se refería a uno de los restaurantes de la demandante al que denominaba “Tóxico Beach” y señalaba: “El tartar de atún nos proporcionó fuertes diarreas a los que lo comimos. Es inconcebible para un restaurante que tiene ínfulas de restaurante elegante”. El tercero llevaba por título: “Es una empresa sin derechos laborales”, y su contenido era el siguiente: “El dueño es un sinvergüenza que no paga horas extra, se queda un 30% de las propinas cuando factura millonadas y no da de alta a los trabajadores las horas que hacen. ES UNA EMPRESA SIN DERECHOS LABORALES. Cómo va a funcionar con los trabajadores malpagados y agotados... Lo mejor de todo es que solo se acerca allí para maltratar y humillar gritando a los empleados delante de toda la gente”.

139. La mera exposición de este caso evidencia la problemática y la posible indefensión en la que se pueden encontrar los proveedores de bienes y servicios de la mano de un sistema de reputación sin regulación. Basta que haya un control de comentarios por parte de la plataforma para que no responda, aunque tal control haya sido ineficiente. A día de hoy, el operador de la plataforma no responde de los comentarios que se hacen en las páginas, aunque sea el operador el que organice el sistema de reputación. Según el art. 16 LSSICE no responde el operador de la plataforma si éste desconoce la ilicitud del comentario o, si lo conoce, lleva a cabo gestiones para eliminarlo. La única defensa que puede tener el proveedor afectado es informar al operador de la plataforma (previa la cesión de sus datos) para que retire el comentario. El responsable es el autor del comentario que puede no identificarse de manera real y hacer un comentario anónimo o con pseudónimo (cuentas avatar).

140. No será el último caso. El mal uso de los sistemas de reputación *online* inundará los juzgados¹⁶⁰ si no se establece una regulación adecuada y disuasoria. La clave es evitar que estos hechos se produzcan, porque, una vez producidos, la reparación del daño causado es difícil de probar y de lograr¹⁶¹.

141. La inclusión de reseñas falsas no solo puede falsear la competencia, lesionar el honor si son denigratorias, sino que siendo falsas también puede afectar a la formación del contrato del adquirente del bien o servicio a través de la plataforma. Si la plataforma que actúa como intermediaria en la transacción entre pares no controla la veracidad de las reseñas, éstas cuando son falsas pueden inducir a error en la contratación. No hay engaño por parte del prestador del bien o servicio, sino de un tercero. Si bien es cierto que el dolo de un tercero no es invalidante del contrato, sí podría ser anulable el contrato si el error reúne los requisitos legales (art. 1.266 CC). Con todo, el encaje del supuesto en el error como vicio del consentimiento puede tener dificultades pues el comprador debe fijarse en la información proporcionada por el vendedor (prosumidor o no) y no en las reseñas. Pero la realidad nos evidencia que las reseñas tienen un extraordinario poder en la toma de decisión de contratar.

142. Este es solo un ejemplo de los perjuicios que puede ocasionar un sistema de reputación poco transparente y que es diseñado por la plataforma que en este punto asume un papel activo para favorecer los “efectos en red”. A mi juicio, la regulación no debe hacerse a través de códigos de conducta, sino que creo que el instrumento normativo debe ser otro, normas de obligado cumplimiento¹⁶², ya que es necesario un régimen de responsabilidad del operador de la plataforma que incentive a tales comportamientos adecuados. Ciertamente es que el operador de la plataforma tiene ya un incentivo a que su sistema de valoración sea fiable, pero la trascendencia que tiene para el consumidor aconseja una regulación más agresiva en esta materia, pues pienso que es un mecanismo potente de protección del consumidor, dado el poder que estos sistemas tienen en su decisión de contratar. La falta de control de los sistemas de reputación puede provocar la ineficiencia de las normas de protección del consumidor y comprometer el éxito del tráfico a través de plataformas en línea que depende de la confianza que generen.

¹⁶⁰ Tripadvisor ha sido de nuevo denunciado y condenado por la sentencia de Juzgado de Primera Instancia de Mérida de 27 de noviembre de 2019 por un comentario realizado por un usuario anónimo contra un hotel. La condena fue a eliminar el comentario difamatorio objeto del presente procedimiento, difundiendo íntegramente la sentencia y la obligación de abonar 300 euros al demandante en concepto de daños y perjuicios. Se entiende que ha habido lesión al derecho al honor. No obstante, la sentencia ha sido anulada por la de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 3ª) de 5 de mayo de 2020 (JUR/2020/168632), por fallos en la citación del demandado. Pero realmente no todos los casos llegarán a los juzgados debido al denominado “efecto Streisand”: intentar ocultar de cierta información en Internet acaba siendo contraproducente, ya que esta acaba siendo ampliamente divulgada, recibiendo mayor publicidad de la que habría tenido si no se la hubiese pretendido acallar. Cfr. MARTÍNEZ NADAL, A., y ROSELLÓ RUBERT, F., “La experiencia del cliente: el análisis jurídico de la publicación online de comentarios de clientes (reviews). En particular, el caso de Tripadvisor”. <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/52694/martinez-nadal.pdf;jsessionid=37F79A5EC9DA6EC16CF9E7BCC336E333?sequence=1> (Consultado del 12 de junio de 2020).

¹⁶¹ Además de la vía de la LCD, frente a una reseña denigratoria puede ejercitarse las acciones derivadas de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del derecho al honor y en su caso, cuando se den los requisitos, las acciones de responsabilidad en el marco de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

¹⁶² Así se ha establecido en el Código del Consumo francés (L- 131-4) con sanciones pecuniarias para el caso de incumplimiento de los deberes de información precontractual que es el marco en el que se diseña la regulación de los sistemas de valoración *online*.

V. Régimen jurídico aplicable en la contratación a través de plataformas intermediarias en línea.

1. La relación jurídica entre el operador de la plataforma y los usuarios

0.1. Naturaleza de relación jurídica entre los usuarios y el operador de la plataforma: contrato de mediación electrónica

143. Dado que la plataforma intermediaria opera como un mercado multilateral no siendo prestador del servicio subyacente, cualquiera que sean los servicios que oferten los usuarios entre sí, la naturaleza del contrato celebrado entre la plataforma y éstos será la misma. Como se ha señalado repetidamente, las plataformas ponen en contacto a dos grupos de usuarios: clientes y proveedores de bienes y servicios, proporcionando una infraestructura tecnológica que permite la contratación. La plataforma puede adoptar un papel pasivo, ser un mero tablón de anuncios¹⁶³, o un papel más activo prestando otros servicios complementarios (gestión de pagos, herramientas avanzadas de búsqueda y selección de contenidos), dirigidos a impulsar la perfección del contrato, pero sin actuar por encargo concreto ni en representación de los usuarios.

144. Característica de la actividad de las plataformas es la obtención de una comisión por parte de uno de los grupos de usuarios o por ambos. Existe, pues, ánimo de lucro, devengándose la comisión a su favor cuando se perfecciona el contrato entre los usuarios, aunque en ocasiones, se cobra la comisión por el hecho de publicar el anuncio en determinadas condiciones¹⁶⁴. Otras plataformas, por el contrario, no cobran ninguna comisión, obteniendo ingresos de la publicidad (es lo que sucede, por ejemplo, con *Wallapop*). Muchas plataformas, por lo tanto, prestan servicios mixtos¹⁶⁵, pero siempre orientados a una finalidad común: favorecer la interacción, sin que tales servicios, a mi juicio, puedan ser individualizados en modalidades contractuales distintas porque están ordenados a un objetivo común.

145. Procede analizar la naturaleza del contrato de acceso¹⁶⁶ a la plataforma por parte de los usuarios, ya sean proveedores o clientes, en relación con la actividad de intermediación que lleva a cabo la plataforma. En el Derecho español no hay una regulación general sobre la figura de los intermediarios, es decir, personas dedicadas a poner en contacto a futuros contratantes, sino que existen distintos tipos contractuales en función del papel que juegue el intermediario en la contratación¹⁶⁷.

146. Como en tantas ocasiones, la realidad social está impulsando el nacimiento de una nueva modalidad contractual de la mano de la actividad de las plataformas de intermediación. Las particularidades de régimen que genera el medio electrónico dificulta el encaje de este contrato de acceso en los modelos contractuales tradicionales. Como sucede en los contratos atípicos, la fuente de su regulación se encuentra en el principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) y en los principios generales

¹⁶³ Como se señala en el informe del WORKING GROUP ON THE COLLABORATIVE ECONOMY “Impulse paper on specific liability issues raised by the collaborative economy in accommodation sector. Paris, Amsterdam, Barcelona, University of Groningen, 14 de marzo de 2016, p.12, para determinar si una plataforma es un mero tablón de anuncios se establece como criterio si el servicio proveedor del servicio prestado y el cliente pueden contactar directamente porque la plataforma se limita a dar datos de contacto. En caso afirmativo, podrá considerarse como tal. http://europa.eu/geninfo/query/index.do?&queryText=%22impulse+paper%22&query_source=GROWTH&summary=summary&swlang=en (Consultado el 22 de mayo de 2020).

¹⁶⁴ Así sucede, por ejemplo, en la plataforma eBay <http://pages.ebay.es/help/sell/seller-fees.html>

¹⁶⁵ Por supuesto, si la plataforma, a su vez, presta el servicio subyacente, entonces el contrato celebrado será el correspondiente a la prestación realizada. Así, por ejemplo, Amazon actúa como vendedora en muchos casos y en otros intermedia con otros vendedores.

¹⁶⁶ El término “contrato de acceso” me parece adecuado por su neutralidad en relación con la naturaleza que, como veremos, no tiene una clara identidad con contratos típicos. Utiliza esta denominación T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “El régimen jurídico de los mercados electrónicos cerrados (e-Marketplaces), *cit.*, p.231.

¹⁶⁷ Como señala J.A. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, El mandato y la comisión mercantil, Granada, Comares, 1997, p. 47, la noción de “intermediario” vendría a destilar una nueva actividad económica propia de la sociedad industrial que agrupa numerosas formas de intermediación: mandato, comisión, agencia, concesión, distribución, contrato estimatorio...

de integración contractual del art., 1258 CC, junto con las normas generales de la teoría general de la obligación y del contrato regulada en el Código Civil.

147. La necesidad de determinar la naturaleza del contrato de acceso se impone con el objeto aplicar analógicamente el régimen jurídico del contrato afín, en aspectos no pactados expresamente por las partes. El contrato celebrado entre los usuarios y profesionales a través de plataformas intermediarias online parece aproximarse en cuanto a su naturaleza al contrato de mediación o corretaje¹⁶⁸, que carece de una regulación en nuestro ordenamiento¹⁶⁹. Se trata de un contrato atípico cuya naturaleza ha sido muy discutida, pero con una importante tipicidad social que lo convierte en nominado¹⁷⁰, cuyos caracteres han sido diseñados por la jurisprudencia, dada su extraordinaria aplicación práctica. Parecería que la calificación del contrato celebrado por las plataformas con los usuarios como mediación o corretaje no sería de gran ayuda, dada la ausencia de un régimen jurídico específico para esta modalidad contractual. Sin embargo, la presencia de una consolidada doctrina jurisprudencial y el marco legal de contratos afines pueden ser especialmente útiles para diseñar las obligaciones y el régimen de responsabilidad de las partes en el contrato de acceso a plataformas intermediarias en línea.

148. Procede analizar las características del contrato de mediación o corretaje, comprobando si la actividad de la plataforma intermediaria tiene o no encaje en esta modalidad contractual, teniendo en cuenta los clausulados contractuales de las plataformas que, a pesar de la diversidad de servicios prestados, presentan una gran homogeneidad estando estandarizados sus elementos esenciales¹⁷¹.

149. El Tribunal Supremo se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre el contrato de mediación o corretaje, de cuyas resoluciones podemos extraer sus caracteres para probar su encaje con la actividad realizada por las plataformas de intermediación. Resume la doctrina jurisprudencial al respecto, la sentencia del TS de 14 de noviembre de 2012 (RJ2013/13), que recoge doctrina de sentencias anteriores. Se entiende que "el contrato de mediación se integra en los contratos de colaboración y gestión de intereses ajenos, cuya esencia reside en la prestación de servicios encaminados a la búsqueda, localización y aproximación de futuros contratantes, sin intervenir en el contrato ni actuar propiamente como mandatario. Constituye un contrato atípico, consensual, bilateral y aleatorio, puesto que su resultado es incierto, y se rige por las estipulaciones de las partes que no sean contrarias a la ley, a la moral o al orden

¹⁶⁸ M.I. GRIMALDOS GARCÍA, «El contrato de intermediación entre las plataformas colaborativas y sus usuarios», en Alfonso Sánchez, R., Valero Torrijos, J., (Dir.) *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*, Thomson Reuters–Aranzadi, Navarra, 2017, p. 366 y JJ. MONTERO PASCUAL, "El régimen jurídico de las plataformas colaborativas" en Montero Pascual JJ., (Dir.), *El régimen jurídico de las plataformas colaborativas. La regulación de la economía colaborativa. Airbnb, BlaBlaCar, Uber y otras plataformas*, Tirant lo Blanch, 2016, p. 97. J.L. GARCÍA PITA Y LASTRES, "Plataformas de financiación participativa y financial crowdfunding, Tirant lo Blanch, Valencia 2016, p. 68, considera que se trata de una "modalidad especial del contrato de mediación o corretaje". I. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, "El servicio de mediación electrónica y las obligaciones de las plataformas de la economía colaborativa" en JJ. Montero Pascual, *El régimen jurídico de las plataformas colaborativas. La regulación de la economía colaborativa. Airbnb, BlaBlaCar, Uber y otras plataformas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 142, después de afirmar que el contrato no tiene un encaje perfecto en ninguna estructura contractual de colaboración conocida, "no parece aventurado calificarlo como una subespecie de la mediación y corretaje". Para RODRÍGUEZ MARÍN, S., "Aspectos jurídicos de la economía colaborativa y bajo demanda en plataformas digitales" en A. Muñoz García, y S. Rodríguez Marín, (Coord.), *Aspectos legales de la economía colaborativa y bajo demanda en plataformas digitales*, Wolters Kluwer, 2018, (Smarteca), no se trata de un contrato de mediación o corretaje porque no parece que la plataforma intervenga directamente en el contrato, ni que exista un mandato previo y el devengo de la comisión por parte de la plataforma no siempre depende de la ejecución de la ejecución del contrato por las partes ni siempre existe imparcialidad de la plataforma respecto del contrato entre las dos partes.

¹⁶⁹ Sí se regula la mediación con carácter general en los arts. 1754 y siguientes del Código Civil italiano. Se define el mediador como aquella persona "que conecta a dos o más partes para concluir un negocio, sin estar vinculado a ninguna de ellas por relaciones de colaboración, dependencia o representación". También se regula en los arts. 412 y ss, del Código de obligaciones suizo y en los parágrafos 652 y ss del BGB alemán. El Anteproyecto de Código Mercantil prevé una regulación para los "contratos de colaboración" (Título IV, Libro V), entre los cuales se propone una regulación del contrato de mediación en los arts. 544-1 a 544-6.

¹⁷⁰ El contrato tiene *nomen iuris* y está dotado de tipicidad social, dotado de cierta regulación consuetudinaria. Cfr. JB: JORDANO BAREA, "Los contratos atípicos", RGLJ 1953, p. 58.

¹⁷¹ T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, "El régimen jurídico de los mercados electrónicos, cit., p. 352.

público y, en lo no previsto, por los preceptos correspondientes a figuras afines, como el mandato, el arrendamiento de servicios o la comisión mercantil".

150. En relación con el cobro de la comisión, "el mediador no tiene derecho a la remuneración: (1º) si el contrato encargado no llega a celebrarse (no se produce la perfección del mismo); (2º) si se ha celebrado pero no por la actividad del mediador (falta el nexo causal); y (3º) si se celebra una vez transcurrido el plazo pactado (es causa de extinción del contrato) a no ser que se pruebe que el contrato se celebró después, pero por razón de la actividad mediadora, con cuyo retraso las partes contratantes han querido evitar el pago al mediador" (Sentencia del TS de 25 de noviembre (RJ 2011/8161)).

151. En una primera aproximación, se puede decir que el servicio prestado por la plataforma cumple la misma función que el contrato de mediación, en cuanto facilita la interacción de los usuarios, sin intervenir en el contrato, devengándose el derecho al cobro de la comisión cuando se perfecciona el contrato entre ellos.

152. Los usuarios que contratan con una plataforma no encargan a la plataforma que procure la celebración del contrato con el otro usuario, y en este sentido, no cabe hablar de contrato de mandato¹⁷², ni de comisión mercantil (art. 244 Cco)¹⁷³, ni tampoco de contrato de agencia¹⁷⁴. Cuando los usuarios se inscriben en la plataforma, usualmente, la relación contractual tiende a prolongarse en el tiempo, a modo

¹⁷² Aunque inicialmente la jurisprudencia cuestionó la independencia de la mediación respecto del mandato, actualmente se mantiene la autonomía contractual de la mediación (STS de 10 de marzo de 1992, RJ1992/2167). A diferencia del mandato, el mediador no tiene una relación de colaboración, representación o dependencia, ni hay encargo concreto (art. 1709 CC). Se limita a poner en contacto a las personas, quedando fuera del contrato resultante. Por el contrario, como ha señalado la sentencia de la AP de Madrid (Sección 14) de 7 de julio de 2004 (JUR 2004/275497), "el mandatario no media, sino que contrata en nombre y por cuenta de su principal en caso de mandato representativo, o lo hace en nombre y por cuenta propia en caso de mandato oculto. Por esa nota de gestión no mandataria es por lo que solo los interesados son los llamados a concluir el contrato mediante la expresión del consentimiento recíproco, salvo que el cliente hubiese concedido mandato al agente con carácter expreso y representativo para que en su nombre y por su cuenta concluya el contrato sustituyéndole íntegramente".

Lo mismo sucede con las plataformas de intermediación en línea, que no son parte en el contrato celebrado por los usuarios a los que se limita a poner en contacto. El mandatario celebra el contrato. El mediador no.

¹⁷³ Según el art. 244 Cco., «se reputará comisión mercantil el mandato, cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o comisionista». Se trata del mandato mercantil y presenta las mismas diferencias conceptuales que ya he señalado respecto del mandato civil. Dado que la plataforma tiene la condición de empresario, la delimitación conceptual de la mediación procede hacerla respecto del contrato de comisión mercantil. Como señala la sentencia de la AP Castellón de 31 de julio de 2000 (AC 2000/1791): "la función del mandatario o comisionista es siempre una finalidad estrictamente jurídica, que es la de que se celebre un contrato, mientras que la del mediador o corredor es básicamente material, se trata de promover la celebración del contrato sin intervención para nada en el mismo".

¹⁷⁴ En el contrato de agencia, al igual que en el de mediación, el agente es un intermediario independiente dirigido a promover la celebración de contratos, sin asumir el riesgo y ventura de las operaciones. Se trata de un contrato típico regulado por la Ley 12/1992, de 27 de mayo. Sin embargo, la actividad del agente es más extensa, pudiendo concluir operaciones en nombre y por cuenta ajena, si así se pacta (arts. 1 y 2 Ley 12/1992), cosa que no sucede con el mediador y menos con las plataformas de intermediación que aclaran este extremo en sus condiciones de uso. La actividad del agente es parcial, y debe actuar con buena fe y lealtad a su principal. El mediador, por el contrario, debe ser imparcial si contrata con ambas partes del contrato mediado, que es precisamente lo que sucede en las plataformas. El contrato de agencia es estable y de tracto sucesivo (sentencias del TS de 9 de noviembre de 2011 (RJ 2012/1371) y 30 de julio de 2014 (2014/4793)). La mediación es una actividad de tracto y ejecución instantánea, aunque nada impide que haya sucesión de contratos de mediación. Sí es cierto que, en este punto, el contrato celebrado con las plataformas se acerca a la agencia, por cuanto se trata de un contrato de tracto sucesivo que no se agota con la perfección de un contrato con los usuarios. Éstos pueden acceder al sitio web y realizar pluralidad de contratos a lo largo del tiempo. Pero esta circunstancia no acerca el contrato de acceso a la agencia, dada la imparcialidad e independencia de las plataformas que no tiene lugar en el contrato de agencia. Una relación continuada no desnaturaliza el contrato celebrado con la plataforma como contrato de mediación. Otra diferencia relevante es que, en el contrato de agencia, según lo dispuesto en el art. 14 de la Ley 12/1992, el agente cobrará su comisión cuando el empresario hubiera ejecutado el acto u operación de comercio o éstos hubieran sido ejecutados total o parcialmente por el tercero. El mediador percibe la comisión cuando se perfecciona el contrato mediado. Ciertamente la estabilidad y permanencia es una característica clave del contrato de agencia que también se da en el contrato celebrado con las plataformas, pero ello no implica su asimilación porque ni el mediador ni las plataformas son portadoras de los intereses del oferente o usuario sobre todo cuando hay pluralidad de contratos de mediación. Vid. M. R., QUINTANS EIRAS "Problemas suscitados en la dogmática del contrato de corretaje, con ocasión de la promulgación de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia". Cuadernos de Derecho y Comercio, nº 20, 1996, p. 104.

de contrato de tracto sucesivo, de forma que, el contrato que inicialmente se celebra, no se extingue con la perfección del contrato mediado, sino que se proyecta en el tiempo con la eventual perfección de sucesivos contratos. Esta característica se compadece mal con el contrato de comisión o con el mandato, que son contratos de tracto único¹⁷⁵. El automatismo y la despersonalización que caracterizan el funcionamiento de las plataformas son incompatibles con mandatos concretos adaptados a las necesidades del oferente.

153. Tampoco la plataforma actúa como representante de ninguno de ellos, sino que se limita a proporcionar una infraestructura tecnológica gracias a un programa informático, acompañada en su caso de servicios auxiliares que favorecen la contratación, pero manteniéndose al margen del contrato celebrado¹⁷⁶. En este punto se acerca la posición de la plataforma al mediador que se caracteriza por su independencia¹⁷⁷.

154. La prestación realizada por la plataforma presenta particularidades por cuanto la intermediación que fomenta es puramente técnica¹⁷⁸ de aproximación de las partes contratantes y, hasta cierto punto, material, aunque sea a través de medios técnicos. Buena prueba de ello son las herramientas de comparación que se ponen a disposición de los usuarios y la posibilidad de casar las ofertas con las demandas. Este carácter técnico no creo que ello sea suficiente para negar que la plataforma pueda prestar servicios de mediación y corretaje¹⁷⁹. Lo importante, a mi juicio, es el objetivo de facilitar la contratación de terceros, al margen de los medios utilizados para tal interacción. El medio electrónico obliga a aplicar además la regulación en materia de contratación electrónica (arts. 23 y ss LSSICE), pero este solo hecho no convierte el contrato en un tipo específico¹⁸⁰.

155. La otra opción sería considerar que el contrato que los usuarios celebran con la plataforma sería un simple contrato de servicios informáticos¹⁸¹, de naturaleza técnica¹⁸². La prestación de la platafor-

¹⁷⁵ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “El régimen jurídico de los mercados electrónicos cerrados (*e-Marketplaces*), *cit.*, p. 455.

¹⁷⁶ BUSTO LAGO J.M. “El contrato de mediación y corretaje” en Bercovitz Rodríguez Cano, R., (Dir.) Tratado de contratos, t. III, Tirant lo Blanch, Valencia 2009, p. 3076.

¹⁷⁷ ARGUDO PÉREZ, JL Y SESMA SÁNCHEZ, B., “El contrato de mediación y corretaje” en Yzquierdo Tolsada, M., (Dir.) Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. T. IV. Contratos de prestación de servicios y realización de obras (I), Thomson-Aranzadi, 2014, p. 588. “La independencia no debe ser confundida con la imparcialidad y es característica del contrato de mediación y no del mandato. En el caso de que recaiga el mediador el encargo de dos partes interesadas en celebrar el mismo contrato, es más relevante la imparcialidad”. Como señala BUSTO LAGO J.M., “El contrato de mediación o corretaje...”, *cit.*, p. 3081, esta independencia del mediador implica que el mediador no está facultado, por el mero hecho de haberse concertado un contrato de mediación o corretaje, a perfeccionar el contrato pretendido con el tercero, por cuenta del oferente. La independencia del mediador permite distinguir la mediación del arrendamiento de servicios. El arrendador de servicios está vinculado al arrendatario o principal por una relación de dependencia. En este sentido, ÁLVAREZ GARCÍA, M.D., “El contrato de mediación y corretaje”, en *Los contratos de gestión*, Consejo General del Poder Judicial, 1995, p. 234.

¹⁷⁸ Pero ello no la convierte en un mero prestador de servicios de intermediación de la sociedad de la información en el sentido del art. 16 LSSICE. Así lo entiende, por el contrario, RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “El régimen jurídico de los mercados electrónicos cerrados (*e-Marketplaces*), *cit.*, p. 398. A mi juicio, el comportamiento de la plataforma no es si su comportamiento es meramente técnico, automático y pasivo, lo que implica que no tiene conocimiento ni control de la información que almacena, tal y como exige el TJUE. Vid supra apartado 2.5.2.

¹⁷⁹ Así lo entiende, por el contrario, RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, T., “El régimen jurídico de los mercados electrónicos cerrados (*e-Marketplaces*), *cit.*, p. 461, quien considera que la plataforma no recibe encargo alguno de ninguna de las partes para facilitar la negociación entre ellas.

¹⁸⁰ Así lo entiende, por el contrario, RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, I., “El servicio de mediación electrónica...”, *cit.*, p. 135.

¹⁸¹ Esta es, a juicio de T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “El régimen jurídico de los mercados electrónicos cerrados (*e-Marketplaces*), *cit.*, p. 466, la calificación que merece el contrato de acceso a la plataforma de intermediación. En virtud del contrato de acceso, el participante podrá acceder, mediante el debido uso de las claves, a un entorno electrónico cerrado que le ofrece las funcionalidades adecuadas para negociar y concluir contratos con otros participantes de conformidad con un conjunto de reglas predeterminadas. La obligación asumida por la plataforma es una obligación de medios y no se realizan actos materiales de aproximación de las partes típicas de la mediación. Considera que es contrato de servicios por la independencia técnica y económica, el que se diseña como contrato de duración, las distintas modalidades de fijación del precio y la falta de causalización del resultado. A mi juicio, las razones alegadas no son suficientes para descartar la naturaleza del contrato de acceso como contrato de mediación, el cual no deja de ser una modalidad de contrato de prestación de servicios. Coincido con la autora en que la prestación a la que se obliga la plataforma es de medios, al igual que lo que acontece, a mi juicio, con la obligación que corresponde al mediador.

¹⁸² Este es aparentemente el contrato que ofertan algunas plataformas como Airbnb: “*La Plataforma Airbnb es un mercado*

ma se reduciría a la puesta a disposición de un software cuyas funcionalidades facilitan el intercambio de información estandarizada entre los participantes y su negociación¹⁸³. Ello significaría que la plataforma podría obtener una remuneración al margen de que se perfeccionara o no el contrato entre los usuarios.

156. La mayoría de las plataformas cobran una comisión precisamente cuando el contrato se perfecciona, lo cual acerca la figura a la mediación antes descrita, con un componente de aleatoriedad. Por supuesto, habrá que atender al clausulado particular de cada plataforma para determinar su exacta naturaleza, pero lo cierto es que la mayoría de las plataformas de intermediación, como he dicho, presentan importantes denominadores comunes en sus condiciones de uso.

157. Una particularidad del servicio que presta la plataforma intermediaria en línea es que lo lleva a cabo para dos grupos de usuarios: el cliente que quiere adquirir un bien o servicio y el proveedor que desea prestarlo. En el contrato de mediación solo son partes el oferente y el mediador y no se considera parte en el contrato, la otra parte contratante con la que eventualmente se perfecciona el contrato mediado¹⁸⁴. Sin embargo, en la contratación a través de plataformas intermediarias, ambos grupos de usuarios celebran un contrato con la plataforma, tratándose de contratos distintos¹⁸⁵. En este caso, el mediador (la plataforma), podría cobrar una comisión de ambos grupos de usuarios¹⁸⁶. Puede que esto no suceda y solo se cobre una comisión al usuario, por ejemplo, que actúa como proveedor del bien o servicio, lo

en línea que permite que los usuarios registrados ("Miembros") y ciertos terceros que ofrecen servicios (los Miembros y terceros que ofrecen servicios son "Anfitriones" y los servicios que ofrecen son "Servicios de Anfitrión") publiquen dichos Servicios de Anfitrión en la Plataforma Airbnb ("Anuncios") y comuniquen y gestionen directamente con los Miembros que desean reservar dichos Servicios de Anfitrión (los Miembros que utilizan los Servicios de Anfitrión son "Huéspedes"). Los Servicios de Anfitrión pueden incluir la oferta de propiedades desocupadas o de otro tipo para su uso ("Alojamientos"), actividades de uno o varios días en diversas categorías ("Experiencias"), acceso a eventos y lugares únicos ("Eventos"), así como toda una gama de demás servicios relacionados o no con el viaje". Se ofrece el servicio de acceder a un servicio web, pero la prestación realmente realizada es la intermediación entre usuarios a través de dicha página web.

También Amazon "disfraza" el contrato de licencia: Amazon o sus proveedores de contenidos le conceden una licencia limitada no exclusiva, no transferible y no sublicenciable, de acceso y utilización, a los Servicios de Amazon para fines personales no comerciales. Dicha licencia no incluye derecho alguno de reventa ni de uso comercial de los Servicios de Amazon ni de sus contenidos, ni derecho alguno a compilar ni utilizar lista alguna de productos, descripciones o precios. Tampoco incluye el derecho a realizar ningún uso derivado de los Servicios de Amazon ni de sus contenidos, ni a descargar o copiar información de cuenta alguna para el beneficio de otra empresa, ni el uso de herramientas o robots de búsqueda y extracción de datos o similar". Sin embargo, los contratos son los que son, y no lo que las partes dicen que son. El servicio que prestan las plataformas es de clara intermediación y no de uso de un programa informático.

¹⁸³ Así lo entiende T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, *op. cit.*, p. 456. A su juicio es irrelevante que tal *software* fomente la interacción entre los usuarios, que la plataforma cobre la comisión en función del contrato perfeccionado. El carácter técnico y no material de la actividad realizada por la plataforma aleja el contrato de la mediación.

¹⁸⁴ No han faltado quienes han defendido el carácter plurilateral del contrato de mediación, del que formaría parte también el otro contratante (mediatario) con el que contrata el oferente a través del mediador. El contrato de mediación se perfecciona en el momento en el que el corredor encuentra a algún sujeto interesado en contratar con el oferente, y comienza las gestiones de conciliación entre ellos. En este sentido, J. GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX, *La mediación inmobiliaria...*, *cit.*, p. 54 y 55. Esta doctrina parte del carácter unilateral del contrato de mediación, que hoy puede considerarse superada.

¹⁸⁵ Como señala J.L., ARGUDO PÉRIZ, Y SESMA SÁNCHEZ. *op. cit.*, p. 594, "el mediatario no tiene vinculación contractual con el corredor, aunque llegue a concluirse el negocio previsto, pero si también le confiere al mismo mediador el encargo de la gestión, surge un segundo contrato de mediación o corretaje, con su propio contenido aunque ambos contratos confluyan en un mismo objeto, en el que el mediatario ocupa la posición del oferente, y es cuando queda vinculado con el mediador y quedaría obligado a remunerar al corredor si el contrato se concluye". En el mismo sentido, M.D.ÁLVAREZ GARCÍA, "El contrato de mediación y corretaje", en *Los contratos de gestión*, Consejo General del Poder Judicial, 1995, p. 239.

¹⁸⁶ Así se establece en el art. 1755 del Código civil italiano: "El mediador tiene derecho a una comisión de cada una de las partes, si el asunto se concluye como resultado de su intervención.

La cuantía de la comisión y la proporción que se cobrará a cada una de las partes, a falta de acuerdo, de tarifas profesionales o de costumbre, serán determinadas por el tribunal de manera equitativa". Traducción propia. La plataforma Airbnb cobra a ambos grupos de usuarios, tal y como se señala en sus condiciones de uso: "Airbnb podrá cobrar tarifas a los Anfitriones ("Tarifas de Anfitrión") y/o a los Huéspedes ("Tarifas de Huésped") (en adelante, conjuntamente, las "Tarifas de Servicio") en contrapartida por el uso de la Plataforma Airbnb". <https://www.airbnb.es/terms#sec7>

El Artículo 545-3 del Anteproyecto de Código Mercantil permite que el mediador pueda cobrar la retribución de ambos contratante aunque solo haya celebrado el contrato con uno de ellos. Señala que "La retribución del mediador consistirá en una comisión que, salvo pacto en contrario, percibirá de ambas partes".

cual significa que el otro contrato de mediación no sería oneroso, ya que el comprador o, prestatario del servicio, no asume ningún coste por la intermediación que obtiene de la plataforma. Cosa distinta es que el proveedor le repercuta la comisión al otro contratante aumentando el precio. Pero formalmente, en las plataformas multilaterales puede suceder que un grupo de usuarios no abone comisión alguna, lo cual no supone un obstáculo a seguir considerando el contrato como mediación, por tratarse la onerosidad de un elemento natural del contrato¹⁸⁷. Con todo, a pesar de que un grupo de usuarios (proveedores o clientes) abone la comisión y el otro no, no priva de onerosidad a la operación en un sentido global.

158. A pesar de que, eventualmente, la remuneración la abone un grupo de usuarios (generalmente los proveedores), ello no significa que la plataforma pueda favorecer a este colectivo en detrimento de los clientes. La neutralidad o imparcialidad¹⁸⁸ se erige en criterio determinante del contrato de mediación cuando el mediador recibe el encargo de varias partes¹⁸⁹, que es lo que sucede en la contratación a través de plataformas¹⁹⁰. Ello es necesario para que se genere confianza entre los usuarios¹⁹¹ y, a su vez, justifica que cuando hay dos contratos de mediación independientes, pueda la plataforma cobrar comisiones de ambas partes. Entiendo que tal deber es una exigencia de la buena fe (art. 1258 CC) y es fruto de la independencia que caracteriza la mediación, nota característica de la actuación de las plataformas y necesaria para su operatividad, dado que presta servicio a multitud de usuarios de manera simultánea.

159. De asimilarse el contrato de acceso a un contrato de mediación o corretaje, el derecho a la comisión por parte de la plataforma deriva de la puesta en contacto de los usuarios y de la perfección del contrato y no de su consumación¹⁹², tal y como ya se ha explicado. Por lo tanto, celebrado el contrato entre los usuarios, se devenga el derecho a la comisión a favor de la plataforma, al margen de que tal contrato se cumpla o no correctamente. Así, cuando un usuario adquiere, por ejemplo, a través de la plataforma eBay un bien y no resulta conforme con el mismo, una vez recibido, podrá resolver el contrato con el vendedor, pero no por ello, la plataforma deberá devolver la comisión cobrada. Y ello porque no es la consumación del contrato el hecho generador de la comisión, sino su perfección. Cosa distinta es que pueda pactarse que la comisión se devengue cuando se consume la venta¹⁹³.

160. El contrato de acceso comparte con la mediación su carácter de contrato autónomo y no vinculado ni accesorio al contrato celebrado entre los usuarios. Las vicisitudes de este no afectan a la

¹⁸⁷ C. CUADRADO PÉREZ, Consideraciones sobre el contrato de mediación o corretaje». RCDI N° 704, p. 2507 y doctrina allí citada.

¹⁸⁸ G. MACANÁS, *El contrato de mediación o corretaje. (Carencias y posibilidades)*, Wolters kluwer, Madrid, 2015, p. 300. El deber de imparcialidad tiene dos posibles vertientes: de un lado, no debe el mediador buscar el beneficio de su comitente más allá de las instrucciones objetivas o marco contractual transmisible al mediatario, a costa de este último. De otro, no deberá tampoco buscar su propio provecho más allá de la retribución pactada por su actuación diligente, por encima de los intereses que su mediación pretende aunar en un consentimiento común. En los supuestos en los que la remuneración dependa del quantum que perciba el comitente, la infracción del deber de imparcialidad será conjunta.

¹⁸⁹ E. VILLA VEGA, “El contrato de corretaje”, en Bercovitz Rodríguez –Cano, A., (Dir.), Contratos mercantiles, T. I, Thomson Reuters, 2009, p. 683. Por el contrario, cuando el contrato de mediación se ha celebrado a instancia de una sola de las partes, se ha negado la nota de imparcialidad. En este sentido, A. BONET CORREA, “El contrato de corretaje o mediación. Conclusiones críticas...”, *cit.*, p. 324, para quien el mediador no tiene ningún deber de imparcialidad para el mediatario como no sea el de su contrayente, es más, en la práctica de los negocios se puede constatar todos los días que el mediador unilateral no es jamás imparcial. El mediador permanece con su cualidad de mediador, tanto se comporte con espíritu de parcialidad como que opere imparcialmente respecto de una de las dos partes que le hayan encargado un negocio.

¹⁹⁰ Como señala M. SANPONS DELGADO, “El contrato de corretaje”, Ed. Montecorvo, Madrid, 1965, p. 140, la imparcialidad no es un rasgo esencial del contrato de corretaje y no opera cuando el mediador ha recibido el encargo de una de las partes del contrato futuro.

¹⁹¹ M.I. GRIMALDOS GARCÍA, *op. cit.*, p. 382.

¹⁹² Así, por ejemplo, la plataforma Airbnb que oferta un servicio de intermediación de alojamiento, establece una obligación de pago de la comisión a ambos grupos de usuarios “cuando se completa la reserva”: para los anfitriones (arrendadores), quienes deben pagar un 3% del subtotal bruto de la reserva y para los huéspedes (arrendatarios) entre un 0% y un 20% del subtotal bruto de la reserva. La concreción de la comisión se determina antes de que el huésped confirme la reserva, pero se abona una vez producida ésta. <https://www.airbnb.es/help/article/1857/what-are-airbnb-service-fees>

¹⁹³ En este sentido se pronuncia la sentencia del TS de 15 de noviembre de 2010 (2010/8874).

eficacia del contrato celebrado entre la plataforma y los usuarios. Aunque la mayoría de las plataformas establecen en sus condiciones de uso el cobro de comisión cuando se perfecciona la venta¹⁹⁴, algunas cargan también comisiones por publicar anuncios de venta en la plataforma o incluso una cuota mensual fija por ser el vendedor profesional¹⁹⁵. Conforme las plataformas van ganando cuota de mercado y cuentan con un número importante de usuarios, se avanza hacia un cobro de remuneración que no depende del número de contratos que consiguen perfeccionar los usuarios. Ello no aleja la naturaleza del contrato de la mediación, aunque también perciba una remuneración al margen del éxito de la interacción, ya que podría considerarse que se retribuyen gastos derivados de la actividad mediadora y se trata de una comisión auxiliar a la principal.

161. Sí me parece esencial para la calificación del contrato como mediación, la falta de intervención del mediador en el contrato y en que su actividad se centre en favorecer la interacción. Por ello, a mi juicio, sí desnaturalizaría el contrato el que el mediador prestara el servicio subyacente o impusiera condiciones contractuales a los usuarios, como puede ser el precio. Respecto a este último extremo, no es infrecuente que la plataforma oriente, por ejemplo, sobre precios o gastos de envío, pero sin que vincule a los usuarios¹⁹⁶.

162. También hemos visto que la plataforma puede prestar otros servicios (sistema de reputación, servicios de pago, orientación sobre condiciones contractuales) que son accesorios de la prestación principal que es la intermediación. La especificidad radica en cómo se presta este servicio que es electrónico, a través de un software que permite la búsqueda y case de las transacciones según los intereses concretos de cada usuario. El consentimiento contractual se presta por medio electrónico, tratándose de un contrato a distancia. Pero estas particularidades no desnaturalizan, a mi juicio, la calificación del contrato como mediación y sí provocarán el solapamiento de la regulación específica en materia de contratación electrónica y contratos a distancia. A ello hay que añadir, como ya he señalado, la aplicación de la regulación en materia de condiciones generales de los contratos, así como todo el bloque normativo de las normas de protección de consumidores cuando el usuario tiene tal carácter.

1.2. Derechos y obligaciones de las partes

163. La configuración del contrato de acceso a la plataforma como un contrato de mediación implica que desde su perfección emergen obligaciones para ambas partes contratantes. La plataforma al permitir el acceso del usuario a la plataforma mediante la cumplimentación de un formulario de registro al sistema que incluye la aceptación de condiciones generales del contrato. En tal formulario el usuario aporta los datos relevantes, no solo personales, sino también los relativos al bien y servicio que oferta, caso de ser proveedor¹⁹⁷. La plataforma deberá, como responsable del tratamiento de los datos personales, cumplir los deberes establecidos en el Reglamento General de protección de datos¹⁹⁸.

¹⁹⁴ En el caso de eBay, expresamente se dice que “Cuando tu artículo se vende o finaliza con una puja ganadora, se carga una comisión por venta realizada a tu cuenta de vendedor cuyo importe depende del precio de venta final y de la categoría del artículo”. <http://pages.ebay.es/help/sell/fvf.html>

¹⁹⁵ Es el caso de Amazon que distingue dos tipos de vendedores. El vendedor individual solo paga cuando vende el producto. El denominado “vendedor Pro”, que es el que vende más de 40 productos al mes, paga una comisión mensual de 39 euros además de la comisión por venta de producto. <https://services.amazon.es/servicios/vender-por-internet/planes-y-precios.html#account-pro-anchor>

¹⁹⁶ Así se establece, por ejemplo, en las condiciones de uso de eBay: “Podemos orientar acerca de precios, gastos de envío, y otras cuestiones en nuestros Servicios, si bien dichas orientaciones se realizan a título informativo, por lo que puedes optar por no seguirlas”. <http://pages.ebay.com/es/help/policies/user-agreement.html>

¹⁹⁷ Sobre el proceso de formación del contrato y las características del formulario de acceso, vid. T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, *El régimen jurídico de los mercados electrónicos cerrados...cit.*, pp. 285 y ss.

¹⁹⁸ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Los datos que almacenan las platafor-

164. Permitido el acceso, la plataforma pone a disposición del usuario la infraestructura tecnológica para favorecer la interacción. La obligación de medios que corresponde a la plataforma como mediadora se cumple permitiendo el uso de las herramientas técnicas que permiten dicha interacción. Como acontece en el contrato de mediación, la plataforma no asume ninguna responsabilidad en el caso de que la perfección del contrato entre los usuarios no se logre. Su obligación es de medios, no de resultado en relación con la formalización del contrato entre los usuarios.

Sí puede considerarse de resultado su obligación de permitir el acceso al entorno electrónico, pero los clausulados a menudo la “disfrazan” de obligación de medios ya que ni siquiera se garantiza el acceso continuado al servicio, dada la frecuente presencia de cláusulas exoneradoras de responsabilidad en este punto¹⁹⁹.

165. Puesto que en las plataformas de intermediación todos los usuarios que en ellas participan celebran el contrato de acceso, se produce una pluralidad de contratos de mediación con los usuarios, lo que exige que la plataforma actúe con imparcialidad, de forma que no beneficie a una contraparte sobre la otra²⁰⁰.

166. Como contrato bilateral, las obligaciones del usuario con la plataforma y viceversa nacen antes de que los usuarios contraten entre sí. En relación con la obligación de la plataforma, al permitir el acceso a la web y poner a disposición de los usuarios los medios tecnológicos, cumple su obligación de medios de facilitar la contratación entre usuarios. La “materialidad” de los actos de mediación no es imprescindible, a mi juicio, para descartar la naturaleza de contrato de mediación a la actividad de las plataformas²⁰¹.

mas constituyen un importante activo. Como se ha puesto de relieve en el informe elaborado por la COMISIÓN EUROPEA, «Exploratory study of consumer issues in online peer to peer platform markets. Final report», *cit.*, p. 130, la utilización y reutilización de datos es común entre las plataformas y es una parte esencial de su modelo de negocio. La información que las plataformas facilitan con respecto a la utilización, reutilización, intercambio y venta, en muchos casos, no es plenamente transparente y no está claro si respetan las normas nacionales de protección de datos. Todas ellas indican que comparten datos con terceros, pero no siempre mencionan que lo hacen únicamente con el consentimiento del usuario. Por ello se sugiere que las medidas de acompañamiento destinadas a facilitar la aplicación del Reglamento General de protección de datos incluyan medidas específicas que se centren en las implicaciones para las plataformas en línea P2P. La preocupación por el respeto adecuado a la legislación de protección de datos ha sido puesta de relieve en la «Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre las plataformas en línea y el mercado único digital» de 31 de mayo de 2017 (2016/2276): «con frecuencia se incentiva a los usuarios para que compartan sus datos personales con las plataformas en línea; destaca la necesidad de informar a los usuarios sobre la naturaleza exacta de los datos recopilados y la forma en que se utilizarán; subraya que es imprescindible que los usuarios puedan controlar la recopilación y utilización de sus datos personales; insiste en que también debería existir la opción de no compartir los datos personales; observa que la norma del «derecho al olvido» también se aplica a las plataformas en línea; pide a las plataformas en línea que garanticen la protección del anonimato cuando los datos personales sean tratados por terceros». Por su parte, la Comisión de Asuntos Jurídicos, en el mismo informe resalta

«la importancia de garantizar la portabilidad de los datos para todos los usuarios, y en particular para los trabajadores de las plataformas, así como de garantizar la transferibilidad y la acumulación de sus puntuaciones y reseñas en las distintas plataformas, sobre la base del respeto de las normas de la Unión vigentes en materia de protección de datos y de la privacidad de las demás partes implicadas». https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0204_ES.html (Consultado el 31 de mayo de 2020). Con todo, no creo que sea necesaria una intervención normativa en relación con la protección de datos de los consumidores en las plataformas en línea. Basta que se respete la regulación contenida en el Reglamento General de Protección de datos.

¹⁹⁹ Así, en el caso de Amazon, se dispone en sus condiciones de uso que “Realizaremos nuestros mejores esfuerzos para asegurar la disponibilidad, sin interrupciones, de los Servicios de Amazon, así como la ausencia de errores en cualquier transmisión de información que pudiera tener lugar. No obstante, y debido a la naturaleza misma de Internet, no es posible garantizar tales extremos. Asimismo, su acceso a los Servicios de Amazon pudiera ocasionalmente verse suspendido o restringido a efectos de la realización de trabajos de reparación o mantenimiento, o la introducción de nuevos productos o servicios. Procuraremos limitar la frecuencia y duración de tales suspensiones o restricciones”. <https://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html?nodeId=200545940>

²⁰⁰ I. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *El servicio de mediación electrónica...*, *cit.*, p. 156. I. GRIMALDOS GARCÍA, “El contrato de intermediación...”, *cit.*, p. 381.

²⁰¹ Esta es la calificación que, a juicio del WORKING GROUP ON THE COLLABORATIVE ECONOMY, “Impulse paper on specific liability issues raised by the collaborative economy in accommodation sector. Paris, Amsterdam, Barcelona, University of Groningen, p. 96, merece el contrato que vincula a los usuarios con las plataformas en línea en España.

167. Dado que la plataforma tiene la condición de empresario, al contrato que celebre con los usuarios que tengan la condición de consumidores²⁰² le será de aplicación la normativa de protección de consumidores contenida en el Texto refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios (TRLUCU)²⁰³, particularmente la regulación en materia de contratos a distancia contenida en los arts. 92 y ss. TRLUCU y las disposiciones sobre cláusulas abusivas. Cosa distinta es que, como se ha señalado, sea difícil en ocasiones determinar si nos encontramos ante un *prosumer* o un empresario. A esta regulación hay que sumar la contenida en la Ley 7/1998 de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, dado que en el contrato de acceso se lleva a cabo a través de contrato de adhesión e incorporadas a una pluralidad de contratos.

168. Puesto que, como se ha señalado, las plataformas son prestadores de servicios de la sociedad de la información, les resultan de aplicación las obligaciones establecidas en los arts. 9-12 bis LSSICE. Desde el punto de vista de la responsabilidad de la plataforma, predicado su carácter de mediador electrónico que no contrata directamente con los usuarios la prestación del servicio subyacente, del incumplimiento contractual por parte de cualquiera de los usuarios, de la falta de conformidad del bien o servicio, no se podrá derivar responsabilidad a la plataforma²⁰⁴. El deber de transparencia de las condiciones generales se erige en determinante pues es necesario que los usuarios conozcan que no existe ninguna relación de dependencia entre los proveedores y la plataforma de manera que pudiera desencadenar un régimen de responsabilidad civil por el hecho ajeno (art. 1903 CC).

169. De ahí que uno de los principales deberes del gestor de las plataformas sea el deber de información precontractual derivada de la normativa de protección del consumidor antes citada y de su consideración de contrato electrónico (art. 27 LSSICE 60.1 y 97.1. a) TRLUCU) donde debe quedar clara su función de mediación y no de prestadora del servicio subyacente, así como de todas las condiciones contractuales (comisiones, cancelaciones, instrumentos de pago y responsabilidades de las partes).

170. En el art. 13 del Borrador de propuesta de directiva sobre plataformas intermediarias en línea se insiste en este deber de información precontractual que compete al gestor de la plataforma²⁰⁵ que deberá informar:

- a) que el proveedor suministrará bienes, servicios o contenidos digitales en virtud de contratos con clientes y no con el operador de la plataforma,
- b) sobre las tarifas debidas al operador de la plataforma y cómo se calculan;

²⁰² Según el art. 3 TRLUCU A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

²⁰³ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

²⁰⁴ Este aspecto es resaltado en las condiciones de uso que publican las plataformas. Así lo expresa Airbnb: “*En calidad de proveedor de la Plataforma Airbnb, Airbnb no posee, crea, vende, revende, suministra, controla, gestiona, ofrece, entrega ni presta ningún Anuncio ni Servicio de Anfitrión. Los Anfitriones son responsables en exclusiva de sus Anuncios y Servicios de Anfitrión. Cuando los Miembros realizan o aceptan una reserva, suscriben un contrato directamente entre ellos. Airbnb no es ni pasará a ser una parte ni un participante en ninguna relación contractual entre Miembros, ni tampoco constituye un agente inmobiliario ni de seguros. Airbnb no actúa como agente en capacidad alguna para ningún Miembro, excepto conforme a lo dispuesto en los Términos de pago*”. <https://www.airbnb.es/terms>

También se aclara este extremo en las condiciones de uso de Wallapop: “*wallapop no es propietaria de ninguno de los artículos en venta o vendidos a través de su plataforma y no es parte en la transacción de compraventa llevada a cabo exclusivamente entre compradores y vendedores ni revisa o valida los productos que los Usuarios ofrecen a través del Servicio, por lo que wallapop no será responsable, ni directa ni indirectamente, de los daños y perjuicios de cualquier naturaleza derivados de la utilización y contratación de los contenidos y de las actividades de los Usuarios y/o de terceros a través del Servicio así como de la falta de licitud, fiabilidad, utilidad, veracidad, exactitud, exhaustividad y actualidad de los mismos*”. <https://es.wallapop.com/toc>

²⁰⁵ RESEARCH GROUP ON THE LAW OF DIGITAL SERVICES, “Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms”, Journal of European Consumer and Market Law, nº 4/2016.

- c) sobre cualquier mecanismo de pago que el operador de la plataforma prevea para los contratos entre proveedor y cliente;
- d) sobre cualquier método de transferencia de comunicaciones entre el proveedor y sus clientes,
- e) si el operador de la plataforma selecciona clientes para el proveedor y si el proveedor tiene derecho a rechazar a un cliente propuesto.

171. Insiste BPDPL en los deberes de información en el art 11: El operador de la plataforma debe informar al cliente antes de la celebración de un contrato proveedor-cliente de que el cliente celebrará un contrato con un proveedor y no con el operador de la plataforma. En su apartado segundo del art. 11 del BPDPL se establece una obligación que considero novedosa y relevante: El operador de la plataforma debe garantizar que el proveedor informa al cliente de que actúa como comerciante. Este aspecto es sumamente relevante en la medida de que como veremos seguidamente, el régimen jurídico de los contratos celebrados entre los usuarios, está condicionado por la condición de comerciante del proveedor. Dado que en el ámbito de la contratación con plataformas intermediarias es factible que un consumidor actúe como proveedor (*prosumer*), puede ser difícil determinar cuándo estamos ante una u otra categoría. Con este deber de información se aporta seguridad jurídica a las relaciones contractuales entre los usuarios. La obligación de información pesa sobre el usuario-proveedor, pero es el operador de la plataforma el encargado de garantizar que tal obligación se cumple. De hecho, en muchas plataformas el procedimiento de registro es distinto para empresas y particulares²⁰⁶.

172. También corresponde a la plataforma, fruto de su obligación principal de intermediación, el deber de informar al cliente de las condiciones específicas del contrato que va a celebrar con el otro usuario y sobre la marcha de la negociación. Así, deberá remitir las comunicaciones del proveedor al cliente y viceversa. Este aspecto ha sido especialmente contemplado en el BPDPL que dispone en su art. 7 que “cuando la plataforma de intermediación en línea ofrezca facilidades para la comunicación entre el cliente y el proveedor en relación con la conclusión o ejecución de contratos proveedor-cliente, el proveedor de la plataforma deberá remitir las comunicaciones sin demora injustificada. 2. En relación con las comunicaciones entre un proveedor y un cliente, la recepción de la comunicación por parte del sistema de comunicación del operador de la plataforma se considerará como recepción por parte del destinatario si la comunicación ha sido realizada por un consumidor o por un cliente en un contrato entre empresarios”.

173. Cabe plantearse si el operador de la plataforma tiene la obligación de controlar la licitud de la información difundida. Si observamos las condiciones de uso de las plataformas comprobamos que la respuesta es negativa²⁰⁷. Como acertadamente se ha señalado, los entes gestores tratan de encontrar

²⁰⁶ Así lo hacen, por ejemplo, eBay <https://centroparavendedores.ebay.es/anuncios-articulos-ley> y Amazon <https://services.amazon.es/servicios/vender-por-internet/como-funciona-pro.html#benefits> (Consultado el 10 de junio de 2020).

²⁰⁷ Así se dice en la plataforma Amazon Marketplace: “No somos responsables de examinar o calificar, ni en ningún caso garantizamos, las ofertas de ninguna de tales empresas o personas físicas, ni el contenido alojado en sus respectivos sitios web. No asumimos responsabilidad alguna por las acciones, productos y contenidos de ninguna de tales empresas o individuos o cualesquiera otros terceros. El cliente siempre estará informado sobre si un tercero participa en su operación y podremos compartir con dicho tercero cualquier información relativa a dicha operación. Le sugerimos que revise detenidamente las declaraciones de privacidad y demás condiciones de uso de tales terceros”. <https://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html?nodeId=200545940> En el caso de Airbnb encontramos una cláusula en parecidos términos: “Aunque podremos ayudar a facilitar la resolución de disputas, Airbnb no tiene control sobre, ni garantiza (i) la existencia, calidad, seguridad, idoneidad o legalidad de ningún Anuncio o Servicio de Anfitrión, (ii) la veracidad o exactitud de las descripciones de ningún Anuncio ni de las Evaluaciones, Comentarios y demás Contenido del Miembro (conforme a lo definido a continuación) o (iii) la actuación o la conducta de ningún Miembro o tercero. Airbnb no avala a ningún Miembro, Anuncio o Servicio de Anfitrión. Toda referencia a un Miembro “verificado” (u otro término similar) únicamente indica que ese Miembro ha completado el proceso de verificación o identificación correspondiente, pero no significa nada más. Este tipo de descripción no supone un aval, una certificación ni una garantía por parte de Airbnb acerca de Miembro alguno, incluida la identidad o antecedentes del Miembro o el hecho de que el Miembro sea fiable, seguro o adecuado. Usted debe siempre ejercer la diligencia y atención debidas al decidir si pernocta en un Alojamiento, participa en una Experiencia o Evento o utiliza otros Servicios de Anfitrión, acepta una petición de reserva de un Huésped o comunica e interactúa con otros Miembros, ya sea en línea o en persona. Las Imágenes

convencionalmente un equilibrio entre dos extremos de difícil compatibilidad: generación de confianza y limitación de la responsabilidad²⁰⁸. Con ello, los gestores de las plataformas pretenden convertirse en simples albergadores de datos y beneficiarse de las exenciones de responsabilidad previstas en el art. 16 LSSICE, a las que me he referido anteriormente. Sin embargo, como ha señalado el TJUE en sentencia de 12 de julio de 2011 (C-324/09-L’Oreal), tendrán la consideración de prestadores de servicios de la sociedad de la información y, por lo tanto, podrán acogerse a tales exenciones de responsabilidad cuando la actividad de la plataforma sea meramente pasiva, técnica y automática. “Cuando el operador presta una asistencia consistente, entre otras cosas, en optimizar la presentación de venta en cuestión o en promover tales ofertas, cabe considerar que no ha ocupado una posición neutra entre el cliente vendedor correspondiente y los potenciales compradores, sino que ha desempeñado un papel activo que le permite conocer los datos relativos a esas ofertas”. Por lo tanto, al margen de lo dispuesto en el clausulado, habrá que enjuiciar el caso concreto para valorar esa capacidad de supervisión y control. Como ya he señalado anteriormente, el concepto de prestador de servicio de intermediación en que estaba pensando la LSSICE y la DCE, era el de un prestador de servicios meramente técnico de acceso a red de comunicación. Las plataformas intermediarias, tal y como he tratado de justificar llevan a cabo una actividad de mediación a través de una infraestructura electrónica, lo cual es distinto de considerar que su actuación es de pura transmisión de datos, *mere conduut*, como señala el Considerando 43 DCE.

174. De hecho, muchas plataformas hacen público en sus condiciones de uso la existencia de condiciones de elegibilidad de los usuarios²⁰⁹, con el objeto de generar confianza en el sistema, lo cual evidencia la existencia de un posible control y supervisión²¹⁰ que tiene consecuencias por mucho que se aclare que no asumen ningún tipo de responsabilidad. En cualquier caso, como digo habrá que atender al caso concreto y examinar la actividad desarrollada por la plataforma a los efectos de determinar su régimen de responsabilidad.

175. Respecto de la información engañosa, el BPDPL establece en su art. 17 la obligación del gestor de la plataforma de eliminar la información engañosa facilitada por los proveedores:

1. Si un proveedor presenta información engañosa en el formulario, y esto se comunica mediante una notificación dirigida al operador de la plataforma, el operador de la plataforma es responsable de los daños causados por la información engañosa, a menos que el operador de la plataforma tome las medidas apropiadas para eliminar o rectificar la información engañosa.
2. Si el operador de la plataforma utiliza un sistema de retroalimentación de reputación para rectificar la información engañosa proporcionada por el proveedor, el operador de la plataforma asume la carga de la prueba de que la información engañosa presentada por el proveedor fue contrarrestada eficientemente a través del sistema de retroalimentación de reputación.

Verificadas (conforme a lo definido a continuación) tienen como intención únicamente indicar una representación fotográfica de un Anuncio en el momento en que la fotografía haya sido realizada, y no suponen, por lo tanto, un aval por parte de Airbnb respecto a Anfitrión o Anuncio alguno". <https://www.airbnb.es/terms>

²⁰⁸ T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, 22 *El régimen jurídico de los mercados electrónicos cerrados...cit.*, p. 394.

²⁰⁹ Así lo hace Airbnb: “Airbnb podrá supeditar el acceso y uso de la Plataforma Airbnb, o de ciertas áreas o funciones de la misma, a determinadas condiciones o requisitos, como realizar un proceso de verificación, cumplir cualidades concretas o criterios de elegibilidad, satisfacer umbrales de Evaluaciones o Comentarios o un determinado histórico de reservas y cancelaciones”. <https://www.airbnb.es/terms> (Consultado el 12 de junio de 2020).

²¹⁰ En el caso de eBay, se establecen una serie de requisitos que deben cumplir los usuarios y también unas consecuencias: “Si consideramos que, de cualquier manera, haces un mal uso de eBay y/o de nuestros Servicios, tendremos derecho, a nuestra entera discreción y sin perjuicio de otros recursos, a limitar, suspender o cancelar tu cuenta o tus cuentas de usuario y el acceso a nuestros Servicios, retrasar o retirar los contenidos, remover cualquier estatus especial asociado a tu cuenta o tus cuentas, eliminar, no mostrar anuncios y/o bajarlos de categoría, reducir o eliminar cualquier descuento y tomar medidas técnicas y/o legales para impedir que utilices nuestros Servicios”. <https://pages.ebay.com/co/es-co/help/policies/user-agreement.html>

176. En este punto se centra la preocupación de la Comisión Europea: en los riesgos para el consumidor de la información engañosa publicada en la plataforma y en la generalizada falta de transparencia²¹¹, que se evidencia en varios extremos.

177. En primer lugar, en relación con la falta de información que ofrecen las plataformas respecto de la condición del proveedor del bien o servicio, si tiene la condición de empresario o no²¹². Es el caso, por ejemplo, de las plataformas Airbnb, Peerby, Wallapop, UberPop. Como veremos a continuación, el régimen jurídico aplicable a los contratos entre los usuarios depende y mucho de la condición o no de empresario del proveedor.

178. En segundo lugar, en relación con el precio del bien o servicio, se ha detectado falta de transparencia en cuanto en muchas plataformas no se desglosa el precio del bien del coste de transacción y de otros cargos como pueden ser seguros y gastos de entrega. En muchos casos los resultados de las búsquedas en múltiples plataformas no dan el precio total y las comisiones de las plataformas solo se añaden en la fase de reserva²¹³

179. Por último, la extensión de las condiciones de uso y su prolijo lenguaje se ha considerado poco transparente. No se aclaran cuáles son los derechos de los consumidores y quién es responsable de los daños ocasionados. La mayoría de las plataformas se limitan a establecer su exención de su responsabilidad²¹⁴, a pesar de establecer condiciones de uso que afectan directamente a las relaciones entre los usuarios (por ejemplo, gastos de cancelación, devoluciones, gestión de pagos). Como se ha señalado, ello puede hacer creer al usuario que la plataforma asume algún tipo de responsabilidad en caso de falta de cumplimiento del contrato por alguno de los usuarios²¹⁵.

180. Resumiendo, la contratación a través de plataformas intermediarias en línea, respecto a la protección del consumidor, se caracteriza por la falta de transparencia y exenciones de responsabilidad de la plataforma por el incumplimiento de las obligaciones por parte de los usuarios y por la veracidad de la información aportada por éstos y por las opiniones vertidas en el sistema de reputación que normalmente incluyen. Este último aspecto es sumamente relevante. El control de los sistemas de reputación y la capacidad de supervisión de la plataforma sobre el contenido son claves para una eficiente protección del consumidor. Las plataformas se presentan como entes generadores de confianza, pero a su vez, disfrazan jurídicamente su posición de intermediarios de servicios de la sociedad de la información con objeto de beneficiarse de las exenciones de responsabilidad que para estos prevé la LSSICE.

181. En relación con las obligaciones de los usuarios respecto de la plataforma, ya sean proveedores o clientes, la formalización del contrato de acceso a través de la cumplimentación del oportuno formulario de inscripción, les obliga a proporcionar los datos personales y los del bien y servicio ofertado, en el caso de que se trate de proveedores. La falta de conformidad del bien o servicio prestado en relación con el ofertado no implica ningún tipo de responsabilidad con la plataforma, sino con el otro usuario (cliente) que es con el que realmente contratan.

182. En su vinculación con la plataforma, la obligación principal de los usuarios será la de abonar la comisión o tarifa establecida, que normalmente es un porcentaje sobre el precio de venta o prestación del servicio en el momento de la perfección del contrato con el otro usuario.

²¹¹ Así lo ha puesto de manifiesto la Comisión Europea en un informe, “Exploratory study of consumer issues in online peer to peer platform markets. Final report” 12/06/ 2017, http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=77704, p. 78, en el que analiza los clausulados de varias plataformas, destacando las diferencias entre ellas.

²¹² Hay plataformas como BlaBlaCar y easyCar Club que solo permiten el acceso a particulares. Otras permiten el acceso a ambos tipos de usuarios (empresarios y particulares) y exigen que el proveedor aclare si es empresario o no (así lo hacen eBay, Windu y Yoopies).

²¹³ COMISIÓN EUROPEA, “Exploratory study of consumer issues in online peer to peer platform markets. Final report”, *cit.*, 80.

²¹⁴ COMISIÓN EUROPEA,, “Exploratory ... *cit.*, p. 80.

²¹⁵ COMISIÓN EUROPEA, , “Exploratory ... *cit.*, p. 82.

1. Régimen jurídico aplicable a los contratos celebrados entre los usuarios a través de plataformas intermediarias en línea. En particular, la posición jurídica del *prosumidor*

183. El régimen jurídico aplicable a los contratos celebrados entre usuarios, vendrá determinado por su naturaleza. Así, se pueden celebrar contratos entre empresarios (B2B), entre consumidores entre sí (C2C), entre empresario y consumidor (B2C) y entre consumidor (proveedor) y empresario (C2B).

184. En primer lugar, al margen de la condición de empresario o no del usuario, hay que tener en cuenta que el proveedor que proporciona el bien o servicio no tiene la condición de prestador de servicio de la sociedad de la información. La contratación se realiza a través de la plataforma que es la que tiene tal consideración y su funcionalidad radica precisamente en favorecer el comercio electrónico²¹⁶. Será la plataforma la encargada de que se cumplan, por ejemplo, los deberes precontractuales de información que prevé el art. 27 LSSICE, ya que el proveedor no tiene tal carácter cuando actúa a través de una plataforma intermediaria.

185. Como ya he señalado, la normativa específica de protección del consumidor está diseñada para relaciones verticales, entre empresarios proveedores y consumidores. De esta forma, cuando se trate de contratos entre consumidores (C2C), la normativa de aplicación será el Código Civil, en función del tipo contractual celebrado. Sin embargo, a pesar de que se trate de un contrato entre particulares, lo cierto es que las mismas no se conocen físicamente, la identidad de las partes no es clara, no negocian los términos del contrato que en muchas ocasiones están predispuestos por la propia plataforma que incluye condiciones relativas a los contratos entre particulares²¹⁷. De ahí que la Comisión Europea estime que la regulación contenida en los Códigos civiles no sea adecuada para transacciones entre consumidores concluidas online a través de plataformas de intermediación²¹⁸. Francia ha sido pionera en la adaptación del Código Civil en este punto. La reciente reforma del Código Civil²¹⁹ ha modificado el art. 1171 del Código Civil introduciendo un criterio que estaba hasta la fecha presente en los contratos celebrados con consumidores y empresarios. Según el nuevo art. 1171, los tribunales tienen la facultad de anular las cláusulas "abusivas" que crean "un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes" en los contratos de adhesión (cláusulas no negociadas). Los términos que pueden ser anulados son aquellos que no tienen relación con el objeto del contrato o su precio. Anteriormente, con arreglo al Derecho francés codificado, este principio sólo era aplicable en el caso de los contratos de consumo. Se traslada la regulación en materia de cláusulas abusivas a los contratos entre consumidores.

186. La particularidad de régimen que presentan los contratos C2C celebrados a través de plataformas es que se rigen en muchos casos por cláusulas que predispone la propia plataforma que no es parte en el contrato. No se puede olvidar que la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) y los mecanismos de protección allí establecidos para la protección del adherente están diseñados para los supuestos en los que una de las partes contratantes es el predisponente (al margen de la autoría material de las cláusulas)²²⁰ y otra parte contractual es la adherente. Ninguna de

²¹⁶ El problema de la calificación que merecen los servicios prestados por un proveedor cuando se limita a recibir los servicios de comercio electrónico de un tercero, es planteado por S. CAVANILLAS, "La conclusión del contrato en internet" en Cavanillas, S., y Meoro, C., Responsabilidad civil y contratos en internet, Granada, 2003, Ed., Comares, p. 131. A su juicio, no queda claro quién es en este caso el prestador de servicios de la sociedad de la información que realiza la actividad de contratación electrónica a través de un tercero.

²¹⁷ El estudio realizado por la Comisión Europea ("Exploratory study of consumer issues in online peer to peer platform markets. Final report", *cit.*, p. 80) abarca el análisis de 485 plataformas de las cuales el 35% prevén reglas en sus condiciones de uso que afectan a los contratos entre particulares. Así sucede, por ejemplo, con las plataformas Airbnb, BlaBlaCar, eBay, UberPop. Destacan las reglas relativas a las políticas de cancelación <https://www.blablacar.es/conoce-blablacar/condiciones-generales-de-uso>

²¹⁸ COMISIÓN EUROPEA, "Exploratory study of consumer issues in online peer to peer platform markets. Final report", *cit.*, p. 102.

²¹⁹ Ordinance n°2016-131, de 10 de febrero de 2016.

²²⁰ Como señala R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, "Comentario al art. 1 LCGC" en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), *Comentario a la Ley de Condiciones Generales de la contratación*, Thomson Aranzadi, 1999, p. 26, "son CGC las cláusulas ya

las partes contractuales predispone las condiciones generales presentes en el contrato entre los usuarios, sino que ambos se adhieren a un contrato predispuesto por un tercero que no es parte. El ámbito subjetivo de aplicación de la LCGC son los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional –predisponente– y cualquier persona física o jurídica –adherente–. Hay aquí otro agujero regulatorio que merece especial atención²²¹.

187. La inaplicación de las normas de protección de los consumidores, deja huérfanos de solución los desequilibrios que pueden producirse en la contratación entre “iguales”. Para que podamos hablar de contratos C2C, es necesario que una de las partes sea proveedora, la cual, si no tiene la condición de empresaria, será considerado “prosumidor”, no aplicándose la normativa en materia de protección de consumidores²²². Baste un ejemplo para “visualizar” las consecuencias. Si se tratara de una compraventa en línea, si el vendedor es un particular, se aplica el Código Civil y la responsabilidad por vicios ocultos será la contemplada en los arts. 1484 CC: 6 meses para reclamar al vendedor a contar desde la entrega de la cosa. de conformidad que se manifiesten en un plazo de dos años desde la entrega del bien, en el caso de bienes nuevos, pudiendo pactar, en los productos de segunda mano, un plazo menor, que no podrá ser nunca inferior a un año desde la entrega (art. 123 TRLGDCU)²²³.

188. No puede exigirse a un particular proveedor no profesional que tenga las habilidades y recursos técnicos, legales y organizativos de los que disponen los comerciantes y las empresas profesionales. Como se ha señalado, mientras que un productor profesional de automóviles o máquinas de café puede reparar o reemplazar fácilmente un producto defectuoso, este requisito exigido por la regulación en materia de garantías de bienes de consumo (arts. 118 y ss. TRLCU) puede plantear dificultades para un *prosumer* que ha vendido su coche o máquina de café. Del mismo modo, cumplir con el extenso catálogo de deberes de información puede ser un reto importante para los particulares proveedores, que pueden no poseer toda la información requerida. Si se aplican de manera inapropiada, los requisitos legales mal adaptados podrían constituir un desincentivo para que los proveedores y consumidores se involucren en plataformas de pares en primer lugar²²⁴.

189. Más dudas se plantean en si cabe considerar como relación de consumo la entablada C2B siendo el consumidor es el proveedor del bien o servicio (prosumidor) en un contrato con un empresario. Efectivamente, cuando el proveedor actúa con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional (*prosumer*) se plantea el problema general de si puede ser considerado consumidor cuando es proveedor de servicio de financiación a un empresario que actúa en el ámbito de su actividad profesional o empresarial. El Derecho de consumo parte de la necesidad de corregir los desequilibrios e información asimétrica que tienen lugar entre prestadores profesionalizados que imponen sus condiciones contractuales y consumidores con escasos conocimientos que carecen de margen en la contratación. La protección del consumidor es una protección frente al empresario, frente a quien se dedica a comercializar en el mercado los bienes y servicios que él adquiere y/o utiliza o disfruta. Se trata de compensar esta

preparadas previamente, predisuestas por un profesional para ser utilizadas en la contratación propia de su actividad profesional o empresarial. La predisposición no implica autoría, que normalmente corresponderá a un tercero o incluso será anónima. Debe entenderse la “autoría material” del Texto legal como autoría a secas. Por ello carece de sentido indagar en la finalidad perseguida por el autor de las cláusulas contractuales”. En nuestro caso, el promotor de la financiación no utiliza las cláusulas redactadas por la plataforma, sino que se “ve obligado” a utilizar las cláusulas materialmente redactadas por la PFP en su contrato con el inversor. Por eso, parece ciertamente injusto que se pueda ver afectado por acciones de nulidad o no incorporación.

²²¹ Trato este problema para los contratos de préstamo a través de plataformas de financiación participativa, en mi trabajo, “Las FinTech de prestamos...”, *cit.*, pp- 262 y ss.

²²² S. CÁMARA LAPUENTE, “El concepto legal de “consumidor” en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, Cuadernos de Derecho Transnacional (marzo,2011), Vol. 3, No 1, p. 114. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/viewFile/1068/387> (Consultado el 29 de mayo de 2020).

²²³ Pone de relieve esta disfunción M.F., MARTÍN MORAL, “Economía colaborativa y protección del consumidor Revista de Estudios Europeos N° 70, julio-diciembre, 2017-185-203

²²⁴ OCDE, “Protecting consumers in peer platform markets. Exploring the issues, 2016 http://unctad.org/meetings/es/Contribution/dtl-eWeek2017c05-oecd_en.pdf (Consultado el 30 de mayo de 2020), p. 21.

desventaja del consumidor frente al empresario. Se parte de que el consumidor es un sujeto cautivo en su relación con el mercado, puesto que no tiene más remedio que consumir bienes y servicios²²⁵.

190. La definición de consumidor contemplada en el art. 3 TRLCU no atiende a la posición que éste tiene en la relación jurídica²²⁶ es decir, si es o no proveedor del bien o servicio²²⁷. Tal precepto se limita a señalar que son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Un criterio de interpretación literal no permite privar al consumidor de su condición de tal por el mero hecho de que sea proveedor del bien o servicio. De ahí que se haya estimado “sigue existiendo una relación entre un consumidor y un profesional, donde el fundamento de la desigualdad jurídica, negociadora y económica seguirá vigente y no existe exclusión legal de este tipo de relaciones” y normalmente la contratación se realizará a través de un contrato de adhesión²²⁸. Aunque el fundamento de la regulación europea, y la nacional española que es su consecuencia, es la posición de desequilibrio contractual en la que se encuentra, la conceptualización de consumidor no atiende a la vulnerabilidad, sino a la extraprofesionalidad. Nos guste o no, este es el criterio impuesto legalmente.

191. Por tanto, el proveedor consumidor encaja en el concepto del art. 3 y en el art. 2 TRLCU²²⁹ y no se puede obviar que se trata de un concepto normativo, no valorativo. No es preciso entrar a enjuiciar en cada caso si se dan los presupuestos que justificaron, desde un planteamiento teleológico, la protección de los consumidores. Entiendo que sí se produce una relación de consumo en los contratos C2B, siendo aplicables los deberes de información precontractual, derecho de desistimiento y normas sobre cláusulas abusivas²³⁰.

192. No hay duda de que, en relación con los contratos B2C, sí será de aplicación la normativa en materia de protección del consumidor recogida en el Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), así como la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (Ley 7/1998, de 13 de abril) y el Código Civil. El proveedor debe proporcionar, cuando perfecciona su contrato de acceso a la plataforma, toda la información sobre el bien o servicio requerida por la normativa de protección de consumidores.

²²⁵ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al art. 2 TRLCU” en Bercovitz, R., (Coord.) Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 50 y 55.

²²⁶ Sí era claro en este punto el art. 2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios: “A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”.

²²⁷ Sí se ha atendido a esta cuestión en varias normas comunitarias, como es el caso de la Directiva 2011/83 UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. En su art. 2.5 relativo al contrato de compraventa, posiciona al consumidor como comprador. En el art. 2.6 relativo a la prestación de servicios, el proveedor es el comerciante. No se aplica tal regulación al supuesto en que el proveedor es consumidor. También la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, delimita su ámbito de aplicación a los supuestos en los que el consumidor es el receptor de la financiación.

²²⁸ S. CÁMARA LAPUENTE, “El concepto legal de consumidor en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, Cuadernos de Derecho Transnacional (marzo, 2011), Vol. 3, No 1, <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/viewFile/1068/387> p. 113. L. ARNAU RAVENTÓS, “La noció de consumidor i la incorporació de les normes en materia de contractació amb consumidors al Llibre sisè del Codi Civil de Catalunya”, p. 40, Revista Catalana de Dret Privat, Vol. 9, 2008, p. 41. Desde el punto de vista del Derecho de la UE, cf. E. MONTERO, « Régime juridique des sites de ventes aux enchères sur Internet », Droit de la consommation n° 90, 2011, p.80.

²²⁹ En este sentido, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *op. cit.*, p. 55. No obstante, entiende que en el caso del consumidor que esporádicamente suministra bienes y servicios, no se trata de un sujeto cautivo en su relación con el mercado y, consiguientemente, cliente cautivo de los empresarios como colectivo. En esto es en lo que radica, principalmente la desigualdad entre empresarios y consumidores, y la consiguiente conveniencia de proteger a éstos frente a aquéllos. Desaparecida esta circunstancia, la conveniencia de proteger a éstos frente a aquéllos se desvanece.

²³⁰ S. CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, p. 114.

V. Recapitulación. Retos jurídicos que plantea la economía de la plataforma

193. Son muchos los problemas que plantea la contratación de bienes y servicios a través de plataformas intermediarias en línea. El aspecto principal que creo que compete aclarar es el de la responsabilidad, habida cuenta que el desarrollo tecnológico ha hecho que emerjan nuevos intermediarios que no parecen encajar en el concepto de prestador de servicios de intermediación de servicios de la sociedad de la información. La confusión al respecto está generando una importante litigiosidad en relación con la aplicación o no de las exenciones de responsabilidad previstas en el art. 14 DCE. Este aspecto parece será objeto de inminente regulación a nivel europeo²³¹. Ha nacido un nuevo modelo de prestador de servicio de la sociedad de la información, que tiene una posición activa y muy protagonista en las transacciones que debe reflejarse en su régimen de responsabilidad no estando justificados para estos operadores los puertos seguros o exenciones de responsabilidad previstas en la DCE²³².

194. El establecimiento de criterios claros conceptuales que permitan determinar cuándo se considera que la plataforma presta o no el servicio subyacente, la necesaria transparencia sobre su papel en la contratación y unas adecuadas reglas para el diseño de los sistemas de reputación son aspectos claves que deben regularse desde una norma general que aborde esta modalidad de contratación a través de plataformas y no tanto por sectores de actividad. Debe huirse de la ploriferación normativa de una misma actividad, incoherente y solapada, algo que ya hemos padecido con la regulación europea en materia de protección de consumidor.

195. La posición del *prosumer*; la regulación de las relaciones entre consumidores cuando contratan a través de plataformas exige una adaptación de las normas contenidas en el Código Civil. Dicha contratación se realiza a través de contratos de adhesión, siendo en algunas ocasiones cláusulas predispuestas por la propia plataforma que, no obstante, no se convierte en parte de dicho contrato. Por más que los consumidores acepten en el contrato de acceso tales reglas contractuales, el contrato de compraventa o prestación de servicios se produce entre particulares, contrato al que no es de aplicación la regulación contenida en la LSSICE en materia de contratación electrónica no es aplicable a contratos entre consumidores²³³.

196. A mi juicio, es necesaria una intervención legislativa europea que aborde de manera general la problemática que encierra la contratación a través de intermediarios en línea. La Directiva 2019/2161²³⁴ de 27 de noviembre sobre la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE resuelve algunos problemas, pero deja fuera un tratamiento más completo

²³¹ En este sentido, el PARLAMENTO EUROPEO, “Propuesta de resolución del PE sobre las plataformas en línea y el mercado único digital” de 31 de mayo de 2017 (2016/2276)”, hace hincapié en este aspecto: “debe aclararse en mayor medida el régimen de responsabilidad, dado que se trata de un pilar crucial para la economía digital de la Unión; considera que se requieren unas orientaciones de la Comisión sobre la aplicación del marco de responsabilidad de los intermediarios para que las plataformas en línea puedan cumplir sus obligaciones y las normas sobre responsabilidad, reforzar la seguridad jurídica y aumentar la confianza de los usuarios; pide a la Comisión que adopte nuevas medidas a tal fin, recordando al mismo tiempo que las plataformas que no desempeñen un papel neutro, tal como se define en la Directiva sobre el comercio electrónico, no pueden acogerse a la exención de responsabilidad”.

²³² Como señala G. FROSIO, “Reforming Intermediary Liability in the Platform Economy: A European Digital Single Market Strategy” (6 de febrero de 2017). 112 Northwestern University Law Review 19 (2017). SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2912272> (Consultado el 13 de junio de 2020), la reforma debe llevarse a cabo desde la DCE, y no por sectores de actividad, una reforma con cautela para evitar que los prestadores de servicios de intermediación se conviertan en “policías de internet”. Sin duda habrá que buscar un punto de equilibrio para que estos agujeros regulatorios inviten a convertir la red en un terreno propicio para la violación de los derechos. Buen ejemplo de ello es el ejemplo de los sistemas de reputación online y la impunidad que alimentan cuando se lesiona el honor y la reputación de los proveedores.

²³³ S. CAVANILLAS, “La conclusión del contrato en internet” en Cavanillas, S., y Meoro, C., *Responsabilidad civil y contratos en internet*, Granada, 2003, Ed., Comares, p. 132.

²³⁴ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE.

de los sistemas de reputación *online* y no hay mecanismos sancionadores adecuados al respecto, los cuales se dejan en manos de los Estados miembros. La posibilidad de operaciones transfronterizas es mayor en esta modalidad de contratación y debe avanzarse en la armonización en el terreno sancionador.

197. Falta una regulación detallada de la ordenación de los resultados de búsqueda en las plataformas de las ofertas de los productos y servicios lo que pone en cuestión el esquema tradicional de deber de información precontractual al consumidor. Efectivamente, en la contratación a través de plataformas intermediarias en línea, sobre todo en los mercados electrónicos, las ofertas se basan en el uso de algoritmos que proporcionan a los consumidores una experiencia de compra personalizada. Gracias a la gran gestión de datos, muchas tareas y decisiones se confían a sistemas basados en la toma de decisiones algorítmicas (inteligencia artificial). La información del producto se dirige específicamente a los consumidores en función de un perfil diseñado por algoritmos, hasta el punto de que el precio del producto se determina en función del perfil del consumidor (precio personalizado)²³⁵. La oferta personalizada dificulta la comparación con otras ofertas y la clasificación de las ofertas puede ser opaca y los algoritmos pueden ser manipulables. Los consumidores deben estar capacitados para comprender cómo se organizan y presentan la información y las ofertas. La transparencia se torna fundamental.

198. La Directiva 2019/2161 citada, introduce en el nuevo art. 6 bis de la Directiva 2011/83 una mención muy general a esta cuestión señalando que la obligación el mercado en línea facilitará

²³⁵ Se destaca este extremo el informe elaborado por EUROPEAN CONSUMER ORGANIZATION, “Ensuring consumer protection in the platform economy”, 2/10/2018 https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2018-080_ensuring_consumer_protection_in_the_platform_economy.pdf (Consultado el 20 de mayo de 2020), p. 5. El precio de los productos en las plataformas también se fija en función de algoritmos personalizándolo para el usuario. Así, por ejemplo, Amazon, utiliza el algoritmo Dynamic Pricing que toma automáticamente decisiones de cambio de precio en función del a competencia, de las ventas de dicho producto y de las características del cliente. Hay que distinguir los “precios dinámicos”, del precio personalizado. En los primeros, se cambia el precio de un producto de una manera muy flexible y rápida en respuesta a las demandas del mercado. Muy típico en medios de transporte, un billete de tren o de avión es distinto en función del día en que se hace la reserva.

Por el contrario, en los precios personalizados el precio para el cliente concreto es distinto en función de su historial de compras, el tiempo que has estado buscando el producto incluso en otras páginas web (datos que recaba gracias a las famosas cookies).

Se crean ‘perfiles de compra’ basados en compras anteriores de sus clientes en línea, lo que permite al comerciante adaptar sus precios. La amplia disponibilidad de datos personales en internet y en los dispositivos del internet de las cosas, así como la capacidad de hacer correlaciones y crear vínculos puede permitir determinar, analizar y predecir ciertos aspectos de la personalidad o el comportamiento, los intereses y los hábitos de una persona. Un cliente clasificado como de “mayor poder adquisitivo” podría ser reconocido por la dirección IP del ordenador o por otros medios, como una cookie, cuando el consumidor visita el sitio web del comerciante desde su ordenador de origen. Los precios propuestos a este cliente podrían ser, por ejemplo, por término medio un 10 % superiores a los de un nuevo cliente o a los de un cliente clasificado como de “menor poder adquisitivo”.

En definitiva, como señala J. ALFARO, “se trata de cobrarle al cliente el precio máximo que está dispuesto a pagar”. https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2018-05-13/precios-personalizados-webs-viajes_1562301/ (Consultado el 20 de febrero de 2019). Tales datos son procesados a través de técnicas de inteligencia artificial y los algoritmos predicen la capacidad económica y el precio es personalizado. Vid. SANCHEZ, J., “La muerte del precio fijo: por qué tú y yo no compraremos lo mismo por el mismo precio”. <https://www.revistagq.com/noticias/tecnologia/articulos/big-data-algoritmos-fin-del-precio-fijo/25953> (Consultado el 20 de febrero de 2019). La “locura” de la fijación de precios a través de algoritmos puede conducir a resultados sorprendentes como que un libro se venda a 35 dólares un día y dos días más tarde a \$1,730,045.91. M. EISEN, “Amazon’s \$23, 698,655.93 book about flies” <http://www.michaeliseisen.org/blog/?p=358> (Consultado el 20 de marzo de 2019). En cuanto al impacto en el consumidor de esta modalidad de fijación de precios se ha señalado que, debido al efecto de transferencia de riqueza asociado a la personalización de los precios de un producto o servicio, los consumidores son menos capaces de gastar en otros productos o servicios. Por lo tanto, el efecto de expansión de la producción para el producto o servicio en particular sujeto a precios personalizados se produce a expensas de la producción (consumo) de otros productos y servicios.

En segundo lugar, el efecto de expansión de la producción es limitado en situaciones en las que la producción es limitada. En el caso de los servicios digitales con costes marginales casi nulos, en la práctica la producción es casi ilimitada. Pero en el caso del comercio electrónico de productos tangibles, es probable que la producción sea limitada. En tales casos, cabría esperar que la empresa vendiera su producción limitada a los clientes más ricos como una cuestión prioritaria, sin dejar nada para los clientes menos acomodados. Este escenario constituye una excepción a la idea de que los consumidores menos acomodados podrán comprar un producto que de otro modo no habrían podido permitirse.

Cfr. DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS COMPETITION COMMITTEE (OCDE), “Personalised Pricing in the Digital Era – Note by the European Union” 20 de noviembre de 2018. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)128/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)128/en/pdf) (Consultado el 23 de mayo de 2020).

al consumidor información sobre “*los principales parámetros que determinan la clasificación de las ofertas presentadas al consumidor como resultado de su consulta en el mercado en línea*”. Lo decisivo es el peso que tiene cada criterio para que las ofertas se presenten al consumidor. Así, como ha puesto de relieve en un informe la Organización de Consumidores Europeos “los consumidores podrían pensar que las ofertas que ven en las plataformas de reserva en línea para servicios de viajes como Booking.com se basan en el valor y la relevancia de cada oferta y se evalúan sobre la base de los comentarios de los usuarios. La realidad es que a menudo los proveedores de servicios específicos han pagado para que sus ofertas sean promovidas, o que las ofertas promovidas son las que dan a la plataforma el mayor margen de beneficio. Todo esto no se revela y explica adecuadamente. De las principales plataformas de reservas online en Alemania, sólo Booking.com menciona en sus términos y condiciones que su clasificación por defecto está influenciada por la comisión que pagan los hoteles. Pero esta información no se divulga adecuadamente, sino que se oculta en los términos y condiciones. Esto conduce a una situación muy engañosa para los consumidores²³⁶”.

199. Debe informarse a los consumidores sobre el hecho de que se usan algoritmos para presentar ofertas o determinar precios, sus criterios y cuáles son los que prevalecen, los datos que se utilizan y si se personaliza la fijación de los precios. El consumidor debe conocer si los proveedores de servicios específicos han pagado para que sus ofertas sean promovidas, es decir, las ofertas promovidas son las que dan a la plataforma el mayor margen de beneficio. Y ello sin olvidar el derecho que corresponde al usuario a oponerse al uso de sus datos para finalidades distintas para las que fueron recopilados, como le autoriza la regulación en materia de protección de datos personales²³⁷. Con todo, la Directiva 2019/2161 modifica el art. 6 de la Directiva 2011/83 sobre derecho de los consumidores dedicado a los deberes de información precontractual en contratos a distancia. Dispone el nuevo apartado e) bis del art. 6 que el comerciante debe informar “cuando corresponda, que el precio ha sido personalizado basándose en la toma de decisiones automatizada”. Tal y como se establece en el Considerando 45, la personalización del precio no está prohibida, sino que tan solo hay deber de informar sobre ello, sin que queden claros qué datos se utilizan para la personalización de los precios.

²³⁶ EUROPEAN CONSUMER ORGANISATION “Ensuring consumer protection in the platform economy”, 2/10/2018 https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2018-080_ensuring_consumer_protection_in_the_platform_economy.pdf (Consultado el 20 de mayo de 2020), p.5.

²³⁷ No hay que olvidar que el art. 22 RGPD dispone que “*todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar*”. Se exceptúa la regla cuando es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento b) está autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, c) se basa en el consentimiento explícito del interesado.

Como se señala en documento elaborado por el GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29, “Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento” 2016/67917/ES WP251rev.01, https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=612053 (consultado el 22 de mayo de 2020), señala que “la elaboración de perfiles y las decisiones automatizadas pueden plantear riesgos importantes para los derechos y libertades de las personas que requieran unas garantías adecuadas. Estos procesos pueden ser opacos y puede que las personas no sean conscientes de que se está creando un perfil sobre ellas y que no entiendan lo que implica. La realización de perfiles puede perpetuar los estereotipos existentes y la segregación social. Así mismo, puede encasillar a una persona en una categoría específica y limitarla a las preferencias que se le sugieren. Esto puede socavar su libertad a la hora de elegir, por ejemplo ciertos productos o servicios como libros, música o noticias. A veces las predicciones son inexactas. Las decisiones automatizadas que provoquen diferencias de precios sobre la base de datos o características personales también podrían tener un efecto significativo si, por ejemplo, unos precios prohibitivamente elevados impiden que una persona acceda a determinados bienes o servicios. Según este informe, la elaboración de perfiles automatizados para diseñar un precio personalizado no tiene como título de legitimación el que sea necesario para la celebración del contrato. Normalmente estos datos se usan para elaboración de perfiles con base en el consentimiento para el procesamiento de los datos de navegación a través de las cookies. Con todo, según la normativa contenida en el RGPD, los responsables del tratamiento deben garantizar que explican a las personas de forma clara y sencilla el funcionamiento de la elaboración de perfiles o las decisiones automatizadas. El Considerando 60 RGPD establece que facilitar información acerca de la elaboración de perfiles forma parte de las obligaciones de transparencia del responsable del tratamiento según el art. 5.1a). El interesado tiene derecho a ser informado por el responsable del tratamiento, en determinadas circunstancias acerca de su derecho de oposición a la elaboración de perfiles, independientemente de si se han producido decisiones individuales basadas únicamente en el tratamiento automatizado sobre la base de la elaboración de perfiles.

200. Resulta sorprendente que este aspecto no haya sido más desarrollado en la Directiva 2019/2161 citada²³⁸ que afecta a las relaciones de la plataforma con los consumidores y sí lo sea con mayor intensidad en el Reglamento 2019/1150 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para las empresas que utilizan servicios de intermediación en línea de 20 de junio de 2019. El Reglamento se centra en las relaciones entre las plataformas que prestan servicios de intermediación en línea y motores de búsqueda con los proveedores de bienes y servicios a consumidores. Que una empresa aparezca antes o después en los motores de búsqueda puede influir de manera significativa en el éxito comercial. Como se señala en el Considerando tercero, *“la clasificación de los sitios web que elaboran los proveedores de motores de búsqueda electrónicos, incluida la de los sitios web donde las empresas ofrecen sus bienes y servicios a los consumidores, tiene un impacto significativo en la posibilidad de elección de los clientes y en los resultados comerciales de tales usuarios de sitios web corporativos. Incluso a falta de una relación contractual con estos usuarios, los proveedores de motores de búsqueda en línea pueden, por consiguiente, actuar en la práctica de una manera unilateral que puede ser injusta y perjudicar a los intereses legítimos de los usuarios de los sitios web corporativos y, de modo indirecto, también de los consumidores europeos”*.

201. Por esta razón, el art. 5 del Reglamento se ocupa de regular la necesaria transparencia de los parámetros principales que rigen la clasificación y los motivos por los que aquellos cuentan con una importancia relativa superior a la de otros parámetros. Este último aspecto es clave, así como la referencia a la posible remuneración por parte de las empresas a la plataforma para priorizar su aparición en los motores de búsqueda. No parece razonable que el nivel de protección de los consumidores sea menor que el de los empresarios sobre este extremo que me parece decisivo. Los motores de búsqueda desempeñan un papel fundamental en el comportamiento de los consumidores en línea como guardianes de la web, por lo que es imprescindible una total transparencia en cuanto a su funcionamiento.

202. En suma creo que debe diseñarse una regulación general de la contratación a través de plataformas intermediarias en línea que proteja a los usuarios del sistema con las especificaciones que correspondan en función de su consideración como empresarios o consumidores. Ambos tipos de usuarios tienen problemas comunes (sistemas de reputación, parámetros de clasificación en motores de búsqueda) y hay que huir de la doble regulación de una misma realidad.

203. Francia ha sido uno de los países pioneros en abordar una regulación específica de la contratación a través de plataformas intermediarias en línea. La Ley n° 2016-1321 de 7 de octubre de 2016 pour une République numérique²³⁹, modifica entre otras normas el Código de Consumo introduciendo normas específicas para esta modalidad de contratación. Concretamente, la sección tercera se titula “Lealtad de las plataformas y protección del consumidor”.

204. Se modifica el art. 111-7 del Código de Consumo que define al operador de la plataforma como toda persona física o jurídica que ofrezca, con carácter profesional, remunerado o no, un servicio público de comunicación en línea basado en:

- 1° La clasificación o referenciación, mediante algoritmos informáticos, de contenidos, productos o servicios ofrecidos o puestos en línea por terceros;
- 2° O la vinculación de varias partes con el fin de vender un bien, prestar un servicio o intercambiar o compartir contenido, un bien o un servicio.

Se incluyen pues, de manera expresa, los motores de búsqueda online.

²³⁸ Hay que decir que también dicha directiva modifica la Directiva sobre competencia desleal (2005/29). El nuevo Art. 7, apartado 4 bis, dispone que el titular de una plataforma tiene que facilitar información general relativa a los principales parámetros que determinan la clasificación. Pero no se especifica el contenido de la obligación sobre todo cuando afecta a consumidores.

²³⁹ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000033202746&categorieLien=id> (Consultado el 3 de junio de 2020).

205. La necesidad de transparencia en la contratación se pretende lograr con el cumplimiento por parte del operador de la plataforma quien debe proporcionar a los consumidores información justa, clara y transparente sobre el *papel de la plataforma* debiendo declarar “*las condiciones generales de uso del servicio de intermediación que ofrece y sobre las modalidades de referenciación, clasificación y descentralización de los contenidos, productos o servicios a los que este servicio permite el acceso*”.

206. Deben aclararse los parámetros de clasificación de los proveedores de servicios. La información es más detallada que la contenida en la Directiva 2019/2161 que modifica la Directiva 2011/83. La norma francesa exige que se informe sobre “*la existencia de una relación contractual, de un vínculo de capital o de una remuneración en su beneficio, en cuanto influyan en la clasificación o referenciación de los contenidos, bienes o servicios ofrecidos o puestos en línea*”. De esta forma, el consumidor tendrá conocimiento de que las ofertas que aparecen mejor posicionadas no necesariamente son las mejor valoradas por los clientes, sino, en su caso, por ser especialmente remuneradas por el proveedor a la plataforma.

207. Es el operador de la plataforma el que tiene que informar de si el proveedor es comerciante o no y además especificar el contenido obligatorio. Así, se dispone que deberá informar de “*la calidad del anunciante y los derechos y obligaciones de las partes en materia civil y fiscal, cuando se pone en contacto a los consumidores con profesionales o no profesionales*”.

208. Se establece una remisión a desarrollo reglamentario del precepto y se especificará *para cualquier operador de una plataforma en línea cuya actividad consista en proporcionar información que permita comparar los precios y las características de los bienes y servicios ofrecidos por los profesionales, la información comunicada a los consumidores sobre los elementos de esta comparación y lo que constituye publicidad en el sentido del artículo 20 de la Ley N° 2004-575, de 21 de junio de 2004, sobre la confianza en la economía digital*.

209. Este decreto establece las modalidades según las cuales, cuando los profesionales, vendedores o prestadores de servicios se pongan en contacto con los consumidores, el operador de la plataforma en línea les proporcionará un espacio que les permita comunicar a los consumidores la información prevista en los artículos L. 221-5 y L. 221-6”. Estos preceptos se refieren a los deberes precontractuales de información que deben cumplir los profesionales que contratan con consumidores.

210. Se prevé así mismo la posibilidad de la autoridad administrativa competente evaluará y comparará las prácticas de los operadores de plataformas en línea mencionados en el párrafo primero del presente artículo. *A tal fin, podrá recabar de estos operadores la información necesaria para el cumplimiento de esta tarea y difundirá periódicamente los resultados de estas evaluaciones y comparaciones y publicará la lista de las plataformas en línea que no cumplen las obligaciones que les incumben en virtud del artículo L. 111-7*. Como se puede apreciar, la sanción más eficiente para una plataforma es su desprestigio online.

211. Y, por último, establece una regulación de los sistemas de reputación online en el art. 111-7-2 del Código de Consumo: “Sin perjuicio de las obligaciones de información previstas en el artículo 19 de la Ley n° 2004-575 de 21 de junio de 2004 sobre la confianza en la economía digital y en los artículos L. 111-7 y L. 111-7-1 del presente Código, toda persona física o jurídica cuya actividad consista, como actividad principal o secundaria, en recabar, moderar o difundir opiniones en línea de los consumidores está obligada a proporcionar a los usuarios información justa, clara y transparente sobre la forma de publicar y tratar las opiniones publicadas en línea. Debe especificarse:

- Si las opiniones están o no sujetos a control y, en caso afirmativo, indica las principales características del control realizado.
- La fecha de la opinión y las actualizaciones

Se deberá informar a los consumidores cuyo anuncio en línea no haya sido publicado de los motivos de su rechazo.

Los proveedores de bienes y servicios tienen derecho a advertir al operador de la plataforma sobre la autenticidad de la notificación, debiendo indicar el motivo de la alerta.

212. Como se puede apreciar de la regulación francesa, la misma opera para toda plataforma al margen de la naturaleza del bien o servicio que se ofrezca. Se abordan los aspectos clave: transparencia sobre el papel de la plataforma, condición de los usuarios, parámetros de clasificación de ofertas y sistemas de reputación. A ello hay que añadir la reforma citada del art. 1171 del Código Civil francés sobre la aplicación de la normativa sobre cláusulas abusivas a contratos entre particulares a la que ya he hecho mención.

213. Es clara, a mi juicio, la necesidad y oportunidad de abordar esta regulación antes de que la contratación a través de plataformas intermediarias en línea se convierta en foco de conflicto para los consumidores, usuarios y proveedores. La Comisión Europea inició la consulta pública para recabar opiniones sobre una norma europea sobre servicios digitales y que afectará a las plataformas intermediarias en línea. El tema está encima de la mesa y esperemos que la regulación vaya en la dirección correcta https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_962 (Consultado el 2 de septiembre de 2020).

TERRITORIALIDAD DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y MERCADO ÚNICO DIGITAL

DIGITAL SINGLE MARKET AND TERRITORIALITY OF COPYRIGHT

PEDRO ALBERTO DE MIGUEL ASENSIO
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Complutense de Madrid

Recibido: 12.06.2020 / Aceptado: 01.07.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5613>

Resumen: Un rasgo distintivo de la UE es el nivel particularmente elevado de armonización de los regímenes nacionales de derecho de autor, lo que puede facilitar el desarrollo de mecanismos específicos para sortear la actual fragmentación del mercado interior al margen de la creación de títulos unitarios. El alcance de la competencia judicial internacional condiciona la adopción de medidas judiciales para la tutela de derechos de autor en diversos Estados miembros, pero tal posibilidad requiere la aplicación de tantas legislaciones como Estados. En algunos instrumentos recientes se observa una tendencia renovada a recurrir al criterio del país de origen para superar obstáculos derivados de los regímenes nacionales de derecho de autor. En este contexto, se valoran las aportaciones del Reglamento (UE) 2017/1128 y las Directivas (UE) 2019/789 y 2019/790 en lo relativo a la regulación de las actividades transfronterizas en el marco del mercado único digital.

Palabras clave: propiedad intelectual, Unión Europea, Internet, competencia judicial, derecho aplicable.

Abstract: A distinctive feature of the EU is the particularly high level of harmonisation of the national copyright regimes. This may facilitate the adoption of specific mechanisms to get around the current fragmentation within the internal market in the absence of a single EU copyright title. Enforcement measures based on national rights are limited to the territory of the respective rights, although the possibility to adopt measures with respect to the Union or several Member States depends, first of all, on the extent of the jurisdiction granted to national courts. A renewed trend to have recourse to the country of origin principle to overcome some of the obstacles posed to the digital single market by the national copyright regimes can be found in some recent instruments. Regulation (EU) 2017/1128 and Directives (EU) 2019/789 and 2019/790 are discussed with a particular focus on their impact on cross-border activities.

Keywords: copyright and related rights, European Union, Internet, jurisdiction, choice of law.

Sumario: I. Introducción. II. Fragmentación de la propiedad intelectual y funcionamiento del mercado interior. III. ¿Hacia el establecimiento de títulos unitarios? IV. Tutela transfronteriza de los derechos de autor. 1. Fundamentos. 2. Correlación entre competencia judicial y territorialidad de la propiedad intelectual. 3. Límites y condicionantes de la competencia de alcance global. V. Fundamento y retos del criterio *lex loci protectionis*. VI. Mercado interior y aplicación de un régimen unitario. 1. El criterio de origen en el entorno digital. 2. Portabilidad transfronteriza de contenidos en línea. 3. Directiva (UE) 2019/790 sobre los derechos de autor en el mercado único digital. 4. Transmisiones en línea de organismos de radiodifusión. VII. Perspectivas de futuro.

I. Introducción

1. Entre la esencia del mercado único en el seno de la Unión Europea y el carácter estrictamente nacional de los derechos de autor y derechos conexos que coexisten en la Unión cabe apreciar una abierta contradicción, que condiciona la circulación, explotación y tutela de contenidos creativos en la UE. Esa oposición y los obstáculos que de la territorialidad de los derechos de propiedad intelectual derivan para el desarrollo de actividades en línea transfronterizas en la Unión han sido destacados de manera reiterada por la Comisión Europea como uno de los aspectos que debe ser superado en sus iniciativas de desarrollo del mercado único digital en materia de derechos de autor y derechos conexos. La Comisión vincula las dificultades que encuentra la posibilidad de hacer cumplir de forma efectiva los derechos de autor a nivel de la Unión y los obstáculos al uso transfronterizo de los contenidos protegidos por esos derechos en el mercado único digital con la circunstancia de que todos estos derechos “siguen siendo territoriales”, de modo que no existe un único título de derechos de autor válido en el conjunto de la UE sino tantos títulos nacionales diferentes como Estados miembros¹.

2. En realidad, la contradicción con el mercado único no deriva de la territorialidad, rasgo inherente a los derechos de autor y derechos conexos, sino precisamente de la coexistencia en la Unión de títulos de carácter nacional. La diferencia entre un título nacional y otro unitario –que sí existe en otros ámbitos, como las marcas, diseños o indicaciones geográficas- no es el carácter territorial de los derechos, ya que todos lo son, sino su alcance; mientras que los primeros se limitan al territorio de cada Estado miembro, los títulos unitarios van referidos al territorio del conjunto de la Unión². La Comisión ha insistido en que la construcción del mercado único, la prosperidad de la economía europea y la libre circulación de los contenidos científicos y culturales exigen la creación en el futuro de títulos únicos y normativas únicas para el conjunto de la Unión que superen las actuales particularidades de los títulos de derecho de autor nacionales de los Estados miembros. Incluso ha llegado a poner de relieve que la adopción “de un código de derechos de autor único y de un único título de derechos de autor exigiría” (para garantizar su aplicación uniforme) “una única jurisdicción competente sobre los derechos de autor, con su propio tribunal, de modo que una jurisprudencia incoherente no contribuya a una mayor fragmentación”³.

3. Ahora bien, el establecimiento de títulos en materia de derechos de autor y derechos conexos que tengan carácter unitario y produzcan los mismos efectos en todo el territorio de la Unión, de modo que su explotación y protección sea posible para el conjunto de la Unión con base en una normativa común, constituye únicamente una visión de la Comisión como objetivo a largo plazo (apdo. III, *infra*). Por consiguiente, no cabe renunciar a valorar el potencial de otras alternativas, que sin suponer una transformación tan radical del actual entramado normativo puedan contribuir a facilitar la tutela y explotación transfronterizas de los productos culturales en el conjunto del mercado único y permitir de manera eficaz hacer frente a las dificultades derivadas de la fragmentación inherente a la coexistencia de tantos títulos independientes como Estados miembros.

4. La tutela civil de estos derechos más allá del territorio de un Estado miembro se halla condicionada por las posibilidades de su titular de reclamar dicha tutela conforme a las normas de competencia judicial internacional. Si bien la unificación de las normas sobre cooperación judicial civil en el seno de la Unión ha ido unida a la consolidación de criterios de competencia que hacen posible la tutela transfronteriza de esos derechos, incluido en su caso el ejercicio de acciones relativas a la tutela de derechos de autor de Estados miembros diversos ante un único tribunal (apdo. IV, *infra*), la fragmentación

¹ Comunicación de la Comisión: *Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor*, COM(2015) 626 final, 9 de diciembre de 2015, pp. 3-4.

² *Vid.*, v.gr., J. DREXL, “Internationales Immaterialgüterrecht”, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 7th ed., Bd. 12, Munich, C.H. Beck, 2018, pp. 1241–1405, para. 133.

³ Comunicación de la Comisión: *Hacia un marco moderno... cit.*, p. 14.

resultante del carácter nacional de los títulos excluye en la práctica la posibilidad de adoptar medidas relativas al territorio de la Unión con base en una única legislación (apdo. V, *infra*). Al margen de la eventual creación futura de títulos unitarios, cabe apreciar que si bien los instrumentos normativos adoptados en el marco del mercado único digital dejan inalteradas las normas sobre Derecho internacional privado, sí contemplan la introducción de mecanismos específicos tendentes a facilitar la aplicación de una única normativa en situaciones conectadas con varios Estados miembros, en particular mediante la extensión del llamado criterio del país de origen con respecto a ciertas actividades en línea, así como otros mecanismos basados en la localización ficticia en un único Estado miembro de actos de utilización en línea de contenidos (apdo. VI, *infra*).

II. Fragmentación de la propiedad intelectual y funcionamiento del mercado interior

5. Como el propio Tribunal de Justicia ha destacado, el principio de territorialidad de los derechos de autor y derechos afines es un principio reconocido por el Derecho internacional y admitido igualmente por el Derecho de la Unión, de modo que tales derechos tienen necesariamente carácter territorial y cada legislación nacional únicamente puede sancionar actos que tengan lugar en su respectivo territorio nacional⁴. Cuando una obra goza de protección en múltiples Estados su titular se ve atribuido un conjunto de derechos diferenciados que recaen sobre un mismo objeto pero van referidos a territorios diferentes⁵. Consecuencia de la independencia de los sistemas nacionales es que el contenido de la propiedad intelectual –los derechos de carácter patrimonial y personal que la integran así como los límites y excepciones a los mismos– sobre una misma creación varía según los países, sin perjuicio de que tales derechos se atribuyan *ex lege* al margen de cualquier formalidad, frente a lo que es habitual en el caso de los derechos de propiedad industrial, así como que el alcance de la armonización internacional y europea en la materia tienden a reducir esa disparidad. La independencia de los sistemas nacionales determina también que quién tiene atribuida en un determinado momento la titularidad de algunos de esos derechos sobre una misma creación pueda variar según los países.

6. Incluso en el seno de la UE el importante logro que representan las numerosas directivas relativas a la armonización de los derechos de autor y derechos afines adoptadas en los últimos lustros no ha alterado la situación de que tales derechos se hallan circunscritos al territorio de cada uno de los Estados miembros, tanto en lo relativo a su existencia como a sus efectos⁶. Si bien las directivas de armonización exigen la protección de los derechos de autor de modo automático en todos los Estados miembros, tales derechos, como consecuencia de su carácter nacional y del principio de territorialidad, únicamente pueden ser infringidos “respectivamente, en cada uno de los Estados miembros, en función del Derecho sustantivo aplicable”⁷. La territorialidad nacional inherente a estos derechos ha condicionado también su exclusión de ciertas normas esenciales en relación con el funcionamiento del mercado interior con respecto a la utilización y explotación de contenidos en línea, como es el caso del criterio de origen establecido en el artículo 3 de la Directiva 2000/31 sobre el comercio electrónico⁸.

7. El que la coexistencia en el seno de la Unión de derechos de propiedad intelectual de carácter nacional puede repercutir negativamente en el funcionamiento del mercado interior y, en particular, me-

⁴ STJUE de 14 de julio de 2005, *Lagardère*, C-192/04, EU:C:2005:475, apdo. 46.

⁵ A. PEUKERT, “Territoriality and Extraterritoriality in Intellectual Property Law”, G. HANDL, J. ZEKOLL & P. ZUMBANSEN (eds.), *Beyond Territoriality: Transnational Legal Authority in an Age of Globalization*, Brill, Leiden/Boston, 2012, 189-228, <http://ssrn.com/abstract%3D1592263>, apdo. I.A.

⁶ *Vid.*, v.gr., Conclusiones del AG Jääskinen de 13 de junio de 2013, *Pinckney*, C-170/12, EU:C:2013:400, apdo. 48.

⁷ STJUE de 22 de enero de 2015, *Hejduk*, C-441/13, EU:C:2015:28, apdo. 22, con referencia a la STJUE de 3 de octubre de 2013, *Pinckney*, C-170/12, EU:C:2013:635, apdo. 39.

⁸ Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), DO L 178, 17.7.2000, p. 1.

noscabar la libre circulación de mercancías y servicios ha sido un elemento relevante desde los orígenes de la integración europea. El artículo 36 TFUE reconoce que los derechos de propiedad intelectual pueden justificar prohibiciones o restricciones a la libre circulación de bienes. No obstante, desde hace décadas el Tribunal de Justicia ha venido afirmando que si bien los tratados constitutivos no afectan a la existencia de los derechos de autor y derechos afines reconocidos por la legislación de cada Estado miembro, el ejercicio de tales derechos puede estar sujeto a las restricciones establecidas por el Derecho de la Unión, en particular, las tendentes a evitar una excesiva e injustificada compartimentación territorial del mercado⁹.

8. Ciertamente, resulta muy significativa a este respecto la consolidación del criterio del agotamiento comunitario con respecto a los derechos de propiedad industrial e intelectual, que tiene claro reflejo en los instrumentos legislativos de la Unión en materia de derechos de autor y derechos afines. Así lo ilustran, por ejemplo, el artículo 4.2 de la Directiva 2001/29/CE sobre los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información¹⁰ o el artículo 4.2 de la Directiva sobre programas de ordenador¹¹. Además, el marco resultante de las directivas excluye la posibilidad de que los Estados miembros establezcan que el agotamiento tiene alcance internacional de modo que abarque productos comercializados en terceros países. El alcance territorial del agotamiento de los derechos queda establecido en todo caso por el Derecho de la Unión y se limita a las situaciones en las que los productos se comercializan en el Espacio Económico Europeo¹². La relevancia práctica del agotamiento con respecto a la explotación en línea de productos culturales se halla condicionada por la circunstancia de que la Directiva 2001/29 se basa en la distinción entre la distribución electrónica y la distribución material de contenidos protegidos, limitando el agotamiento a esta última. En consecuencia, la comercialización en línea mediante descarga de un libro electrónico constituye típicamente un acto de comunicación al público, por lo tanto comprendido en el ámbito del derecho regulado en el artículo 3 de la Directiva 2001/29 (y el art. 20 LPI en España) y excluido del agotamiento¹³. Como excepción, en el caso particular de los programas de ordenador sí resulta de su régimen específico contenido en la Directiva 2009/24 una asimilación entre las copias materiales e inmateriales que determina que el agotamiento del derecho de distribución previsto en su artículo 4.2 abarque la venta de ambos tipo de copias¹⁴.

9. El importante acervo legislativo de la Unión en materia de derechos de autor y derechos afines está integrado básicamente en un elevado número de directivas de armonización, referidas típicamente a la regulación de aspectos concretos relativos al objeto de protección o al contenido de los derechos¹⁵. En el ámbito digital, más allá de las Directivas sobre programas de ordenador, ya mencionada, y sobre bases de datos¹⁶, destacan las Directivas sobre obras huérfanas¹⁷, licencias multiterritoriales¹⁸ y transmisiones en línea de los organismos de radiodifusión¹⁹, si bien los dos instrumentos más importantes son la ya

⁹ *Vid.*, v.gr., STJUE de 8 de junio de 1971, *Deutsche Grammophon/Metro SB*, C-78/70, EU:C:1971:59, apdos. 11-12.

¹⁰ Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, DO L 167, 22.6.2001, p. 10.

¹¹ Directiva 2009/24/CE, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador (versión codificada), DO L 111, 5.5.2009, p. 16.

¹² *Vid.*, aunque referidas a derechos de marca, STJUE de 16 de julio de 1998, *Silhouette*, C-355/96, EU:C:1998:374, apdo. 26; y STJUE de 20 de noviembre de 2001, *Zino Davidoff y Levi Strauss*, C-414/99, EU:C:2001:617, apdos. 32-33.

¹³ STJUE de 19 de diciembre de 2019, *Nederlands Uitgeversverbond*, C-263/18, EU:C:2019:1111, apdo. 72.

¹⁴ STJUE de 3 de julio de 2012, *UsedSoft*, C-128/11, EU:C:2012:407, apdos. 58 y 59; y STJUE de 12 de octubre de 2016, *Ranks y Vasiļevičs*, C-166/15, EU:C:2016:762, apdos. 52 a 56.

¹⁵ H. SCHACK, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 7ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, pp. 87-88.

¹⁶ Directiva 96/9/CE, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos, DO L 77 de 27.3.1996, p. 20.

¹⁷ Directiva 2012/28/UE, de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas, DO L 299 de 27.10.2012, p. 5.

¹⁸ Directiva 2014/26/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior, DO L 84 de 20.3.2014, p. 72.

¹⁹ Directiva (UE) 2019/789, de 17 de abril de 2019, por la que se establecen normas sobre el ejercicio de los derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea de los organismos de radiodifusión y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, y por la que se modifica la Directiva 93/83/CEE, DO L 130 de 17.5.2019, p. 82.

mencionada Directiva 2001/29, que además procedió a dar cumplimiento a obligaciones internacionales establecidas en los Tratados de la OMPI sobre derechos de autor y sobre interpretación o ejecución y fonogramas, que habían sido adoptados en diciembre de 1996, junto con la reciente Directiva 2019/790, cuyo plazo de transposición se extiende hasta el 7 de junio de 2021²⁰. Como excepción en lo relativo al tipo de instrumento utilizado, cabe hacer referencia al Reglamento (UE) 2017/1128 sobre portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea²¹ y al Reglamento (UE) 2017/1563 por el que se aplica el Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras a las personas con discapacidad visual²².

10. El conjunto de directivas adoptadas en el ámbito de los derechos de autor y derechos afines, unido a la importante labor jurisprudencial del Tribunal de Justicia en este sector, proporciona tan solo una armonización fragmentaria y parcial, que dista de constituir una regulación sistemática y completa de la propiedad intelectual²³. Pese al avance que representa la Directiva 2019/790, la armonización existente presenta significativas carencias, como refleja el régimen de excepciones y limitaciones establecido en el artículo 5 de la Directiva 2001/29, cuyo carácter básicamente facultativo para los Estados facilita la persistencia de diferencias significativas entre los Estados miembros. Esta conclusión no resulta alterada por la circunstancia de que la libertad de los Estados miembros para establecer o no en su legislación las excepción facultativas –como la de copia privada– en la Directiva 2001/29 va unida a la exigencia de que en la medida en que cualquiera de esas excepciones aparece prevista en el ordenamiento de un Estado miembro resulta preciso que respete los condicionantes impuestos por el Derecho de la Unión en lo relativo a la configuración de la excepción de que se trata; por ejemplo, en el caso de la copia privada, con respecto a la concreción del concepto de compensación equitativa²⁴ o acerca de que sea lícita la fuente a partir de la que se realiza una reproducción para uso privado como presupuesto para que la excepción sea aplicable²⁵.

11. Si bien la armonización mediante directivas y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a su interpretación uniforme contribuyen a reducir la disparidad resultante de la coexistencia de tantos sistemas nacionales en esta materia como Estados miembros, resulta igualmente claro que no conducen a la aplicación de un régimen unitario a esos derechos ni a la superación de su carácter de títulos estrictamente nacionales²⁶. En consecuencia, no es posible obtener la tutela respecto de la infracción de productos intelectuales o culturales en el entorno digital con base en la aplicación de una única legislación con respecto al territorio del conjunto de la Unión.

III. ¿Hacia el establecimiento de títulos unitarios?

12. Ha quedado ya apuntado cómo uno de los elementos de la modernización de los derechos de autor y derechos afines que la Comisión Europea contempla es la eventual creación a largo plazo de títulos únicos de derechos de autor válidos en todo el territorio de la UE. La unificación de los derechos de autor mediante un régimen unitario referido al conjunto de la Unión ha sido planteada por la Comi-

²⁰ Directiva (UE) 2019/790, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE, DO L 130 de 17.5.2019, p. 92.

²¹ Reglamento (UE) 2017/1128, de 14 de junio de 2017, relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior, DO L 168 de 30.6.2017, p. 1.

²² Reglamento (UE) 2017/1563, de 13 de septiembre de 2017, sobre el intercambio transfronterizo entre la Unión y terceros países de ejemplares en formato accesible de determinadas obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines en favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder a textos impresos, DO L 242 de 20.9.2017, p. 1.

²³ *Vid.*, v.gr., M.P. CÁMARA ÁGUILA e I. GARROTE FERNÁNDEZ DÍEZ (coords.), *La Unificación del Derecho de Propiedad Intelectual en la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019; y E. ROSATI, *Copyright and the Court of Justice of the European Union*, Oxford, OUP, 2019.

²⁴ *Vid.*, v.gr., STJUE de 21 de octubre de 2010, *Padawan*, C-467/08, EU:C:2010:620, apdo. 36.

²⁵ STJUE de 10 de abril de 2014, *ACI Adam BV*, C-435/12, EU:C:2014:254, apdo. 35.

²⁶ H. SCHACK, *Urheber... cit.*, pp. 80-84.

sión en diversas ocasiones como un objetivo deseable²⁷, al tiempo que apoyada en círculos académicos²⁸. Ahora bien, el margen de esas propuestas, la realidad es que los diversos instrumentos adoptados en el contexto del establecimiento del mercado único digital se limitan básicamente a continuar con la práctica previa de proceder a una aproximación fragmentaria de la legislación sobre derechos de autor de los Estados miembros, sin contemplar en ningún caso la creación de títulos unitarios de alcance supranacional. La reciente Directiva 2019/790 resulta ilustrativa a este respecto.

13. La adopción por la UE de medidas relativas a la creación de títulos europeos que garanticen una protección uniforme de los derechos de autor y derechos conexos en el conjunto de la Unión, como permite el artículo 118 TFUE, continúa siendo una mera posibilidad futura sin ninguna propuesta definida acerca de cuál sería su configuración. Ni siquiera se ha precisado si su carácter sería meramente facultativo, en el sentido de representar una simple alternativa a la protección a nivel nacional, o si, por el contrario, reemplazaría a las legislaciones nacionales en la materia e implicaría la desaparición de los títulos nacionales.

14. La ausencia de definición de esta visión a largo plazo se proyecta también en lo relativo a los mecanismos para asegurar la tutela efectiva de esos derechos unitarios en el territorio de la Unión. En el marco de la Estrategia para el Mercado Único Digital, la Comisión ha insistido en que su objetivo a largo plazo es la creación de un título único y por lo tanto de un derecho de autor unitario para el conjunto de la Unión, para poner fin a la fragmentación actual. Resulta llamativo que entre los pocos elementos de concreción propuestos a ese respecto por la Comisión, se encuentre este planteamiento:

*“La plena armonización de los derechos de autor en la UE, en la forma de un código de derechos de autor único y de un único título de derechos de autor, exigiría cambios sustanciales en el funcionamiento actual de la normativa. Tendrían que armonizarse ámbitos que hasta el momento se han dejado a la discreción de los legisladores nacionales. La aplicación uniforme de la normativa exigiría una única jurisdicción competente sobre los derechos de autor, con su propio tribunal, de modo que una jurisprudencia incoherente no contribuya a una mayor fragmentación”.*²⁹

15. El criterio de que la creación de títulos unitarios de derecho de autor requiere el establecimiento de una jurisdicción diferenciada con su propio tribunal parece condicionado por la evolución en el ámbito de las patentes y el establecimiento del Tribunal Unificado de Patentes (TUP)³⁰. Ahora bien, la creación de títulos unitarios en relación con otros derechos de propiedad industrial ha seguido un modelo diferente, como ilustran el Reglamento sobre la marca de la Unión (RMUE)³¹, el Reglamento sobre el diseño comunitario (RDC)³² y el Reglamento sobre obtenciones vegetales³³. Estos instrumentos

²⁷ *Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the Future (A Reflection Document of DG INFSO and DG MARKT)*, 22 de octubre de 2009, http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2009/content_online/reflection_paper%20web_en.pdf, p. 18; *Comunicación de la Comisión: Un mercado único de los derechos de propiedad intelectual. Estimular la creatividad y la innovación para generar crecimiento económico, empleos de calidad y productos y servicios de excelencia en Europa*, COM(2011) 287 final, de 24 de mayo de 2011, p. 14, con referencia al futuro análisis de la “la viabilidad de crear un título «unitario» optativo de derechos de autor sobre la base del artículo 118 del TFEU”; y *Libro Verde sobre la distribución en línea de obras audiovisuales en la Unión Europea: oportunidades y problemas en el avance hacia un mercado único digital*, COM(2011) 427 final, de 13 de julio de 2011, pp. 14-15.

²⁸ H. SCHACK, “Europäische Urheberrechts-Verordnung: erwünscht oder unvermeidlich?”, M. LEISTNER (ed.), *Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, pp. 173-189, esp. pp. 184-189; y EUROPEAN COPYRIGHT SOCIETY, “Letter to Mr Günther Oettinger, Commissioner for Digital Economy and Society, European Commission, on the Unification of Copyright Law (19 December 2014)”, https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2015/12/ecs_letter_to_oettinger_fin-1.pdf.

²⁹ *Comunicación de la Comisión: Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor*, COM(2015) 626 final, 9 de diciembre de 2015, p. 14.

³⁰ Acuerdo sobre un tribunal unificado de patentes, DO C 175, 20.6.2013, p. 1, pendiente todavía de entrada en vigor.

³¹ Reglamento (UE) 2017/1001, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea, DO L 154, 16.6.2017, p. 1.

³² Reglamento (CE) 6/2002, de 12 de diciembre de 2001, sobre el diseño comunitario, DO L 3, 5.1.2002, p. 1.

³³ Reglamento (CE) 2100/94, de 27 de julio de 1994, relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, DO L 227, 1.9.1994, p. 1.

atribuyen el conocimiento de las acciones judiciales relativas a la tutela de esos derechos a tribunales nacionales, si bien requieren que los Estados miembros designen en sus territorios un número tan limitado como sea posible de tribunales nacionales de primera y de segunda instancia, encargados de desempeñar las funciones que les atribuyen esos reglamentos. Se trata de un modelo que en principio parece más adecuado que el establecimiento de una única jurisdicción competente con su propio tribunal, en la línea del TUP. Incluso en el caso del Reglamento 1151/2012³⁴, que contempla la creación de derechos que son la única modalidad de protección admisible en la Unión, de modo que no coexisten con títulos de carácter nacional, la tutela civil de los derechos tiene lugar mediante el ejercicio de acciones ante tribunales nacionales y no mediante la creación de una única jurisdicción con su propio tribunal.

16. Lo anterior no impide apreciar que un sistema eficaz de tutela de los eventuales títulos unitarios de derechos de autor que produzcan los mismos efectos en toda la Unión debería ir unido necesariamente a la adopción de disposiciones de competencia judicial internacional que complementarían a las previstas en el régimen general del Reglamento (UE) 1215/2012 o Reglamento Bruselas I bis (RBIbis)³⁵. Como ilustra la experiencia del RMUE y del RDC (e incluso los arts. 71 bis a 71 quinquies del RBIbis con respecto al TUP), la adopción de normas especiales de competencia resultaría necesaria tanto para adaptar el marco actual a un contexto diferente de derechos de exclusiva cuyos efectos se extenderían al conjunto de la Unión, como para colmar las carencias derivadas del limitado ámbito de aplicación territorial de las reglas de competencia del RBIbis en virtud de lo dispuesto en su artículo 6³⁶. No resultaría apropiada la remisión a las reglas nacionales de competencia, como hace el artículo 6 RBIbis, con respecto a litigios relativos a la tutela de derechos de alcance unitario. El Tribunal de Justicia ha puesto de relieve cómo los diferentes objetivos perseguidos por los reglamentos que crean títulos unitarios, de una parte, y por el RBIbis, de otra, condicionan las diferencias en la configuración e interpretación de sus respectivas reglas de competencia judicial internacional³⁷.

17. Desde la perspectiva del Derecho aplicable, la creación de títulos europeos con un régimen normativo común fijado en un reglamento de la Unión reduciría significativamente los conflictos de leyes y la inseguridad jurídica en lo relativo a la normativa sustantiva aplicable en situaciones en las que se pretende la tutela transfronteriza, por ejemplo, al reclamar su protección frente a actividades de infracción en línea que producen efectos significativos en numerosos Estados miembros. En todo caso, las cuestiones de Derecho aplicable no desaparecerían por completo, pues en la línea de lo que sucede con respecto a los instrumentos que crean títulos unitarios en materia de marcas o diseños, resultará necesario establecer la legislación de qué Estado miembro es de aplicación en el caso concreto a las cuestiones no reguladas en el correspondiente instrumento³⁸.

18. Más allá de estas consideraciones, de momento la creación de títulos unitarios en el ámbito de los derechos de autor y conexos constituye únicamente parte de una visión a largo plazo de difícil realización. Esa visión contrasta con la realidad de que en el seno de la Unión coexisten 27 –tras la retirada del Reino Unido– sistemas de tutela mediante derechos de exclusiva de alcance nacional, lo que, ob-

³⁴ Reglamento (UE) n 1151/2012, de 21 de noviembre de 2012, sobre los regímenes de calidad de los productos agrícolas y alimenticios, DO L 343, 14.12.2012, p. 1.

³⁵ Reglamento (UE) 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L 351, 20.12.2012, p. 1.

³⁶ Vid. A. KUR, “Enforcement of Unitary Intellectual Property Rights: International Jurisdiction and Applicable Law”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 10, 2015, pp. 468-480; y T.B. LARSEN, *Intellectual Property Jurisdiction Strategies (Where to Litigate Unitary Rights vs National Rights in the EU)*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017, apdos. 2.08-2.55.

³⁷ STJUE de 18 de mayo de 2017, *Hummel Holding*, C-617/15, EU:C:2017:390, apdos. 27 y 28. Vid. también STJUE de 5 de junio de 2014, *Coty Germany*, C-360/12, EU:C:2014:1318, apdos. 26 y 27; STJUE de 13 de julio de 2017, *Baye-rische Motoren Werke*, C-433/16, EU:C:2017:550, apdo. 39; y STJUE de 5 de septiembre de 2019, *AMS Neve*, C-172/2018, EU:C:2019:674, apdos. 34-59.

³⁸ C. HEINZE, ‘Unitary intellectual property rights and private international law’, J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI y P. DE MIGUEL ASENSIO (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, Edward Elgar, pp. ... cit., vol. 2, 2017, pp. 1796-1808.

viamente, plantea dificultades específicas con respecto a la utilización transfronteriza de las obras en el seno de la Unión y la protección de los contenidos frente a eventuales infracciones en línea. En este contexto, resulta de interés centrar el análisis en valorar si existen alternativas más fácilmente viables que permitan contribuir a superar las dificultades que la actual fragmentación inherente a la coexistencia de títulos de derechos de autor nacionales suscita en relación con la tutela transfronteriza de tales derechos en el contexto del mercado único digital. Especial atención debe merecer la búsqueda de alternativas que hagan posible la adopción con base en una sola legislación de medidas frente a infracciones en línea con repercusión en todo o gran parte del mercado único. Una característica de los títulos unitarios es que las prohibiciones de los actos de infracción que se adoptan con base en ellos van referidas, en principio, a todo el territorio de la UE, sin perjuicio de que en ocasiones puedan establecerse ciertas restricciones³⁹. Por el contrario, las medidas basadas en una legislación nacional sobre derechos de autor han de limitarse típicamente al territorio del Estado cuya legislación fundamenta la adopción de las medidas, debido al reducido alcance territorial de los derechos que atribuye.

19. Existe un creciente interés en superar los obstáculos que la fragmentación nacional de los sistemas de derechos de autor en la UE impone a la tutela y utilización de contenidos en el entorno digital. Esa fragmentación dificulta respecto de las actividades en Internet una tutela efectiva de los derechos, por ejemplo, al hacer imposible la adopción por el tribunal competente de medidas relativas al conjunto de la UE basadas en una única legislación. Asimismo, esa situación es fuente de incertidumbre para quienes utilizan contenidos, por ejemplo, en sitios de Internet, que pueden tener que considerar las legislaciones de todos los Estados miembros para verificar que lo hacen de manera legal⁴⁰.

IV. Tutela transfronteriza de los derechos de autor

1. Fundamentos

20. El ejercicio de acciones relativas a la protección de derechos sobre contenidos intelectuales respecto del territorio de varios (o incluso todos los) Estados miembros ante los tribunales de uno de ellos facilita la adopción de medidas (de prohibición, indemnizatorias...) referidas potencialmente al conjunto de la Unión. La posibilidad de que un tribunal de un Estado miembro adopte medidas relativas a la tutela de derechos de autor con respecto al territorio de varios Estados miembros o incluso de la Unión en su conjunto depende, en primer lugar, del alcance de su competencia judicial internacional. A este respecto, en el marco del RBIbis es claro que la regla de competencia exclusiva establecida en su artículo 24.4, que restringe la tutela transfronteriza⁴¹, va referida únicamente a los derechos de propiedad industrial sometidos a registro, de modo que no alcanza a litigios en materia de derechos de autor y derechos conexos⁴², cuya protección por el ordenamiento jurídico se produce de manera automática sin estar sometida a formalidades⁴³.

21. En consecuencia, en el marco del RBIbis los tribunales de un Estado miembro al que las partes se han sometido (arts. 25 y 26), en el que se encuentra el domicilio del demandado (art. 4, en relación con los arts. 62 y 63) o en el que se localiza el origen del daño (art. 7.2) pueden llegar a conocer de demandas relativas a la tutela de derechos de autor y derechos conexos con respecto al territorio de varios o todos

³⁹ STJUE de 12 de abril 2011, *DHL Express France*, C-235/09, EU:C:2011:238, apdos. 39 a 48; y STJUE de 22 de septiembre de 2016, C-223/15, *combit Software*, EU:C:2016:719, apdos. 31 a 35.

⁴⁰ P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho Privado de Internet*, 5ª ed., 2015, Navarra, Civitas, pp. 643-862.

⁴¹ *Vid.*, v.gr., STJUE de 13 de julio de 2006, *GAT*, C-4/03, EU:C:2006:457; y STJUE de 13 de julio de 2006, *Roche Nederland*, C-539/03, EU:C:2006:458.

⁴² *Vid.* D. MOURA VICENTE, *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2019, pp. 424-430.

⁴³ Cuestión distinta y de limitada trascendencia práctica es si la competencia exclusiva en materia de validez de las inscripciones en registros públicos puede ser relevante en relación con registros de propiedad intelectual que sin eficacia constitutiva existen en Estados miembros.

los Estados miembros de la UE (e incluso de terceros Estados). La competencia con ese alcance puede también fundamentarse en el artículo 8.1 RBIbis en los casos de pluralidad de demandados. El Tribunal de Justicia ha puesto de relieve que el ejercicio frente a varios demandados de acciones de infracción basadas en normativas nacionales de diferentes Estados miembros en materia de derechos de autor, en la medida en que esas legislaciones resulten esencialmente idénticas por la armonización europea, puede satisfacer la exigencia de identidad de las bases jurídicas de las acciones ejercitadas que constituye uno de los presupuestos para apreciar el riesgo de resoluciones inconciliables que requiere para su aplicación el fuero del artículo 8.1.⁴⁴ Todos estos criterios de competencia operan con ese mismo alcance también cuando se pretende la adopción de medidas provisionales o cautelares (arts. 35 y 2 RBIbis).

2. Correlación entre competencia judicial y territorialidad de la propiedad intelectual

22. El artículo 7.2 RBIbis reviste especial importancia en relación con los litigios relativos a la tutela de derechos de autor y derechos conexos, pues típicamente la infracción de esos derechos constituye “materia delictual” a los efectos de hallarse comprendida en su supuesto de hecho. Conforme a esa disposición, se atribuye competencia a los tribunales del “lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso”. Al interpretar esta norma en caso de alegaciones de infracciones cometidas a través de Internet que pueden materializarse en numerosos lugares, el Tribunal de Justicia ha establecido que son competentes para conocer de las demandas por infracción de los derechos de autor y derechos afines: a) los tribunales lugar de origen del daño, que tendrán competencia con alcance general; y b) los tribunales de los diversos lugares de manifestación del daño, que solo serán competentes para conocer del daño causado a los derechos de autor y derechos conexos en el territorio de su respectivo Estado miembro⁴⁵. La competencia basada en la localización de la manifestación del daño puede resultar especialmente atractiva para el titular de derechos en la medida en que puede ser la única vía para demandar ante los tribunales de su propio domicilio con respecto a actividades llevadas a cabo por infractores que actúan desde otros países.

23. Existe correlación entre el criterio de competencia basado en el lugar de manifestación del daño y el carácter territorial de los derechos de autor y los derechos afines. El fuero del lugar de manifestación del daño en relación con la vulneración de derechos de exclusiva de carácter territorial está limitado al territorio al que va referido el derecho supuestamente infringido⁴⁶. Con respecto a la tutela de los derechos de autor, el Tribunal de Justicia ha puesto de relieve que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro al que va referido el derecho de autor supuestamente infringido son los que se encuentran en mejor posición para valorar la eventual infracción del derecho y determinar la naturaleza del daño causado⁴⁷. Ahora bien, dos aspectos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en este ámbito resultan controvertidos. Por una parte, destaca el debate acerca de si la mera accesibilidad de los contenidos infractores en un Estado miembro resulta suficiente para apreciar la materialización del daño a los efectos de fundar la competencia en el artículo 7.2 RBIbis. Por otra parte, se cuestiona el que en relación con las actividades en el entorno digital la interpretación actual del artículo 7.2 facilite atribuir una competencia fragmentada a los tribunales de un gran número de países.

24. Con respecto al primero de esos aspectos, el Tribunal de Justicia ha vinculado la improcedencia de valorar si existe o no vulneración del derecho de autor en la fase de examen de la competencia con el criterio de que el artículo 7.2 RBIbis atribuye en todo caso competencia a los tribunales del Estado a cuyo territorio van referidos los derechos patrimoniales supuestamente infringidos, en la medida en

⁴⁴ STJUE de 1 de diciembre de 2011, *Painer*, C-145/10, EU:C:2011:798, apdo. 82.

⁴⁵ P. DE MIGUEL ASENSIO, *Conflict of Laws and the Internet*, Cheltenham, Edward Elgar, 2020, paras. 4.52-4.95.

⁴⁶ En relación con la infracción de marcas, *vid.* STJUE de 19 de abril de 2012, *Wintersteiger*, C-523/10, EU:C:2012:220, apdo. 29.

⁴⁷ STJUE de 3 de octubre de 2013, *Pinckney*, C-170/12, EU:C:2013:635, apdo. 37.

que es en su circunscripción territorial en la que puede materializarse el daño alegado. En virtud de ese planteamiento, la mera accesibilidad del sitio web supuestamente infractor en el territorio al que van referidos los derechos cuya protección se reclama se considera suficiente para localizar ahí el lugar de manifestación del daño a los efectos del artículo 7.2 RBIbis, correspondiendo al análisis sobre el fondo del asunto determinar si como consecuencia de la actividad de ese sitio de Internet existe o no infracción⁴⁸. En la interpretación del Derecho material prevalece el criterio que para poder apreciar la existencia de infracción en un territorio es preciso que la actividad en cuestión produzca efectos significativos en el mismo, de modo que típicamente no basta con la mera accesibilidad en ese territorio de actividades llevadas a cabo en línea⁴⁹.

25. Quienes tradicionalmente han rechazado que la mera accesibilidad deba ser suficiente a estos efectos, lo han hecho poniendo de relieve los riesgos –incluso de falta de previsibilidad– que puede implicar para el demandado en situaciones en las que su página web claramente no va dirigida (y no produce efectos relevantes) en el foro, habida cuenta del alcance potencialmente global de todos los sitios de Internet (dejando a un lado el eventual recurso a mecanismos de restricción, como los basados en herramientas de geolocalización). Se trata de un riesgo más intenso en principio en el caso de las pretendidas infracciones de derechos de marca y de competencia desleal, que en el caso de los derechos de autor. En particular en relación con estos últimos, sitios de Internet dirigidos a uno o varios mercados pueden producir efectos sustanciales en otros, desde los que acceden usuarios. En todo caso, en relación con los criterios de previsibilidad y buena administración de justicia en la aplicación de las reglas de competencia del RBIbis, cabe plantear si no hubiera sido adecuado que el Tribunal de Justicia requiriera la verificación de que en el caso concreto la accesibilidad del sitio web en el territorio para el que se reclama la protección permite apreciar que en el mismo se ha producido o puede producirse un daño a los efectos del artículo 7.2 RBIbis.

26. El que la difusión de contenidos protegidos por derechos de autor puede tener lugar a través de Internet en circunstancias en las que eventualmente se infrinjan derechos de un gran número de territorios ha sido una circunstancia clave para cuestionar si en esas situaciones debe rechazarse la posibilidad de atribuir competencia en virtud del artículo 7.2 RBIbis a los tribunales del lugar de materialización del daño, limitando la competencia basada en esa norma a los tribunales del Estado donde se haya producido el hecho causal⁵⁰. Se trata de un planteamiento que no ha seguido el Tribunal de Justicia⁵¹. El criterio de materialización del daño resulta un componente esencial del artículo 7.2 RBIbis, incluso tratándose de la eventual infracción de derechos patrimoniales de autor mediante la difusión de contenidos a través de Internet. El lugar (o lugares) de materialización coincide típicamente con el país cuyos derechos son infringidos (o con cada uno de los países cuyos derechos son supuestamente infringidos), de modo que resultaría difícil aceptar que, por ejemplo, los tribunales del Estado miembro A no vayan a ser competentes de la eventual infracción de los derechos patrimoniales de autor en su territorio, en la medida en que la demanda tenga por objeto la violación de derechos en dicho Estado miembro, incluso si tal infracción es el resultado de la difusión de contenidos con alcance global a través de Internet.

27. Las dificultades para concretar los daños producidos en un concreto territorio como consecuencia de esa actividad difusa, así como las dificultades en relación con el alcance de las eventuales medidas de cesación de conductas son elementos tradicionalmente identificados como problemáticos en

⁴⁸ STJUE de 3 de octubre de 2013, *Pinckney*, C-170/12, EU:C:2013:635, apdo. 46; y STJUE de 22 de enero de 2015, *Hejduk*, C-441/13, EU:C:2015:28, apdo. 37.

⁴⁹ *Vid.* STJUE de 21 de junio de 2012, *Donner*, C-5/11, EU:C:2012:370, apdos. 27-28, con respecto a los derechos de autor; y STJUE de 18 de octubre de 2012, *Football Dataco*, C-173/11, EU:C:2012:642, apdo. 39, en el ámbito de las bases de datos. Asimismo, en relación con las marcas, *vid.* STJUE de 12 de julio de 2011, *L'Oréal*, C-324/09, EU:C:2011:474, apdo. 65.

⁵⁰ Conclusiones del AG Cruz Villalón de 11 de septiembre de 2014, *Hejduk*, C-441/13, EU:C:2014:221, apdos. 25 y 40; y conclusiones del AG Bobek de 13 de julio de 2017, *Bolagsupplysningen*, C-194/16, EU:C:2017:554, apdos. 79-80.

⁵¹ Dejando al margen del análisis esos planteamiento de las conclusiones, *vid.* STJUE de 22 de enero de 2015, *Hejduk*, C-441/13, EU:C:2015:28; y STJUE de 17 de octubre de 2017, *Bolagsupplysningen*, C-194/16, EU:C:2017:766.

este ámbito. Esa complejidad condicionará en su caso, por ejemplo, la configuración de las medidas de cesación por parte del tribunal competente. Tales dificultades, sin embargo, no parecen determinantes con carácter general para negar la posibilidad de atribuir competencia con base en el artículo 7.2 en aquellos casos en que quepa apreciar que se ha producido o puede producirse un daño en ese concreto territorio. El desarrollo de la tecnología, y en concreto el uso generalizado de mecanismos de geolocalización son claves en este contexto, en el que la compartimentación territorial de Internet es algo consustancial al funcionamiento y la explotación de los más variados servicios.

28. El alcance de la competencia basada en el lugar de materialización del daño se restringe a la infracción de los derechos de autor en el foro, lo que tendrá como consecuencia el limitado alcance de las medidas de cesación que puede adoptar un tribunal competente con base en ese criterio así como de los daños sobre los que puede pronunciarse. Desde el punto de vista práctico, la estricta limitación territorial de la competencia atribuida resulta un importante contrapeso a la facilidad con la que el artículo 7.2 permite atribuir competencia a los tribunales de los Estados miembros a cuyos respectivos territorios van referidos los derechos de autor supuestamente infringidos. La competencia limitada atribuida a los tribunales del lugar de manifestación del daño permite el ejercicio de acciones no solo en relación con la indemnización de los daños y perjuicios sufridos en ese territorio sino también relativas a la restricción de la difusión de la información en la medida en que vayan referidas solo a ese territorio⁵². De este modo, resulta posible la adopción de medidas que restringen el acceso a esa información desde el territorio del foro, como es el caso de las llamadas *blocking injunctions*.⁵³ Esta fragmentación entre diversos Estados de la competencia se corresponde con el carácter nacional de los derechos de autor en el seno de la Unión Europea y con la importancia práctica de medidas como las órdenes de cesación referidas al territorio del foro, cuyo cumplimiento puede imponer el tribunal que las adopta –por ejemplo, por medio de los proveedores locales de acceso a Internet–, sin que resulte preciso el reconocimiento o ejecución en el extranjero.

29. La fragmentación a que conduce el fuero del lugar de la materialización del daño con respecto a muchas actividades realizadas a través de Internet no sólo afecta en realidad a la competencia, sino que en todo caso –es decir, cuando conozcan los tribunales del domicilio del demandado o los del lugar donde se haya producido el hecho causal– resulta determinante en el panorama actual para concretar la ley aplicable. Así, aunque del asunto conozca un único tribunal –y en ese plano no haya fragmentación– si su competencia no se limita a los daños causados en el foro (como puede suceder cuando se base en el fuero general del domicilio del demandado o en el del lugar del hecho causal) resultará preciso delimitar el concreto alcance de la infracción o los daños en cada territorio para establecer la(s) ley(es) aplicable(s) con base en el art. 8 Reglamento Roma II⁵⁴ y su respectivo alcance (por lo tanto, para determinar si ha habido infracción en cada uno de esos territorios y cuáles son las consecuencias de la infracción en cada uno de ellos).

3. Límites y condicionantes de la competencia de alcance global

30. El fuero del domicilio del demandado (o de uno de los demandados con base en el art. 8.1 RBI-bis) y el del lugar del origen del daño (art. 7.2 RBIbis) atribuyen competencia sin restricción territorial en litigios relativos a la tutela de derechos de autor y derechos afines. Esta circunstancia resulta determinante de las medidas susceptibles de ser adoptadas, si bien su configuración se halla condicionada por el carácter territorial de los derechos de autor y derechos conexos. Antes de abordar esa cuestión, resulta de interés

⁵² Vid. R. MATULIONYTE, “Enforcing Copyright Infringements Online: In Search of Balanced Private International Law Rules”, *JIPITEC*, vol. 6, 2015, 132-145, p. 139; y M. TRIMBLE, “The Multiplicity of Copyright Laws on the Internet”, *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.*, Vol. XXV, 2015, pp. 339-405, p. 391.

⁵³ Vid., v.gr., L. LUNDSTEDT, ‘Putting Right Holders in the Centre: Bolagsupplysningen and Ilsjan (C-194/16): What Does It Mean for International Jurisdiction over Transborder Intellectual Property Infringement Disputes?’, *IIC*, vol. 49, 2018, pp. 1022-1047, pp. 1043-1044.

⁵⁴ Vid. D. MOURA VICENTE, *A Tutela...* cit., pp. 348-358.

hacer referencia a dos aspectos: la concreción del lugar del origen del daño a los efectos del artículo 7.2 RBIBis en este tipo de situaciones; y la valoración de si en relación con la tutela de los derechos de autor frente a actividades en línea cabe establecer algún criterio adicional de competencia de alcance general, como ha admitido la jurisprudencia del TJUE en relación con la tutela de derechos de la personalidad.

31. Con respecto a la primera de esas dos cuestiones, resulta de especial interés la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Hejduk*, en la que proyectó con respecto un litigio relativo a la infracción de derechos de autor como consecuencia de la difusión de fotografías en un sitio web, el criterio previamente establecido en su sentencia *Wintersteiger* en el ámbito de las marcas⁵⁵. El Tribunal constató que el hecho que generaba una eventual vulneración de los derechos de autor consistía en la conducta del propietario del sitio web que difundía las imágenes, de modo que los actos u omisiones que podían constituir tal vulneración se localizaban en el lugar de la sede de la empresa supuestamente responsable, en la medida en que fue en ese lugar en el que la empresa tomó y ejecutó la decisión de poner en línea las fotografías en un determinado sitio de Internet⁵⁶. En consecuencia, esa posibilidad presenta con frecuencia escasa relevancia práctica para el titular de los derechos, pues la competencia de los tribunales de ese lugar, y con ese mismo alcance general, puede fundamentarse normalmente con base en el fuero general del domicilio del demandado.

32. En lo relativo a si existe algún criterio adicional de competencia de alcance general con respecto a la tutela de los derechos de autor frente a actividades en línea, cabe partir de que el Tribunal de Justicia ha puesto de relieve en varias sentencias que su jurisprudencia *eDate Advertising* en materia de derechos de la personalidad no es aplicable a las reclamaciones relativas a derechos de propiedad industrial e intelectual⁵⁷. Por su parte, en relación con los derechos morales de autor resulta relevante que el Tribunal de Justicia todavía no se ha pronunciado en demandas fundadas en su vulneración, por lo que respecto de los derechos morales cabe sostener que la cuestión puede resultar controvertida. La eventual aplicación de la jurisprudencia *eDate Advertising* a estas reclamaciones resultaría de importancia práctica en la medida en que facilitaría la reclamación por parte de la víctima (demandante) ante los tribunales de su propio domicilio por el conjunto del daño. En la práctica española presenta un singular interés el Auto de 12 de marzo de 2015 de la sección 15 de la Aud. Prov. de Barcelona⁵⁸, si bien en relación con la aplicación de las normas de competencia internacional de fuente interna.

33. Dicho Auto va referido a una demanda de una autora española contra una empresa qatari y el Estado de Qatar relativa a “que las demandadas habían vulnerado los derechos morales de divulgación, paternidad e integridad de la actora sobre su obra al encargar la construcción del referido modelo de farola” [según parece en China y Turquía] “y colocarlo en una de las calles de Doha” [Qatar] (ap. 1 del Auto), procediendo a solicitar la retirada de las farolas en Doha así como una indemnización en concepto de daños morales. La Aud. Prov. de Barcelona concluye que los tribunales españoles tienen competencia judicial internacional para conocer de la demanda, básicamente por considerar razonable aplicar el artículo 22.3 LOPJ -actual art. 22 quinquies.b)-, que exige que el hecho dañoso se haya producido en territorio español, en sintonía con la doctrina del Tribunal de Justicia en su sentencia *eDate Advertising* relativa a derechos de la personalidad. Una valoración crítica del Auto no impide apreciar que resulta razonable el enfoque adoptado por la Audiencia en lo relativo a que la norma del artículo 22.3 LOPJ debe ser interpretada en sintonía con la norma del artículo 7.2 RBIBis, por lo que es apropiado acudir a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al fuero del lugar del daño. Ahora bien, precisamente en la sentencia *eDate Advertising* la dificultad de localización derivaba de que las actividades infractoras objeto de los litigios

⁵⁵ STJUE de 19 de abril de 2012, *Wintersteiger*, C-523/10, EU:C:2012:220, apdo. 34.

⁵⁶ STJUE de 22 de enero de 2015, *Hejduk*, C-441/13, EU:C:2015:28, apdos. 25 y 26.

⁵⁷ *Vid.* STJUE de 19 de abril de 2012, *Wintersteiger*, C-523/10, EU:C:2012:220, apdos. 24-25; y STJUE de 3 de octubre de 2013, *Pinckney*, C-170/12, EU:C:2013:635, apdos. 36-37 y 43.

⁵⁸ Auto Aud. Prov. de Barcelona (Sección 15ª) num. 32/2015 de 12 marzo, ES:APB:2015:1256A. Con posterioridad, *vid.* Sent. Aud. Prov. de Barcelona (Sección 15ª) 512/2020 de 6 de marzo, ES:APB:2020:2644.”

principales se llevaban a cabo a través de Internet y el Tribunal de Justicia dejó claro de manera reiterada que la solución específica que permite a la víctima reclamar ante los tribunales de su centro de intereses sólo resulta de aplicación cuando la actividad supuestamente infractora se produce a través de Internet⁵⁹, lo que no sucedía en el asunto sobre el que se pronuncia la Audiencia Provincial. La territorialidad de los derechos morales de autor constituye un elemento diferenciador de gran importancia con respecto a lo que es propio de los derechos de la personalidad⁶⁰, pues en relación con los derechos morales de autor, en principio, no será determinante para establecer la ley aplicable el artículo 10.9 Cc sino el art. 8 RRII⁶¹.

34. Que los tribunales de un Estado miembro tengan competencia con alcance general en relación con un litigio relativo a la vulneración de derechos de autor es un presupuesto necesario para la adopción de medidas con potencial repercusión global, como la supresión de información de Internet. Ahora bien, ese presupuesto por sí solo no justifica la adopción de tales medidas, que habrá de ser valorado en función de la normativa aplicable⁶². En el caso de litigios relativos a la infracción de derechos de propiedad intelectual, junto al alcance de la competencia judicial internacional del tribunal, otro condicionante esencial de la extensión espacial de las medidas es el carácter territorial de los derechos supuestamente vulnerados. Al tratarse de derechos de exclusiva de carácter territorial, el alcance de las medidas debe en principio estar limitado por el ámbito territorial de los derechos que resultan menoscabados. El alcance de la prohibición debería corresponderse en principio con el territorio de los ordenamientos respecto de los que se ha establecido la eventual infracción, en virtud de la correspondiente ley(es) del país(es) para el que se reclama la protección.

35. Se trata de un aspecto al que el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de prestar especial atención en relación con la infracción de marcas de la Unión. Aspecto fundamental de la doctrina que deriva de la sentencia *DHL Express* es que “el alcance territorial de una prohibición de seguir cometiendo actos de violación o de intento de violación de una marca comunitaria... viene determinado tanto por la competencia territorial del tribunal de marcas comunitarias que dicta dicha prohibición como por el ámbito territorial del derecho exclusivo del titular de una marca comunitaria que resulta menoscabado por la violación o el intento de violación”⁶³. Por ello, en el caso concreto de las marcas de la Unión resulta determinante de la respuesta tanto el carácter unitario de toda marca de la UE –que va referida al conjunto del territorio de la UE– como que el alcance de la competencia de los tribunales de marcas fundada en los apartados 1 a 4 del artículo 125 RMUE comprende los actos de violación cometidos o que intenten cometerse en cualquier Estado miembro (a diferencia de lo que sucede cuando la competencia se funda en el artículo 125.5, ya que el art. 126. 2 limita su alcance a “pronunciarse sobre los hechos cometidos o que intenten cometerse en el territorio del Estado miembro en que radique ese tribunal”. En la sentencia *DHL Express* el Tribunal de Justicia concluyó que la competencia del órgano judicial que conocía del asunto principal puede extenderse a todo el territorio de la Unión y que para garantizar la protección uniforme de la marca comunitaria en todo el territorio de la UE “la prohibición de continuar cometiendo actos de violación o de intento de violación de la marca comunitaria dictada por un tribunal de marcas comunitarias competente debe extenderse, en principio, a todo el territorio de la Unión”

⁵⁹ STJUE de 25 de octubre de 2011, *eDate Advertising*, C-509/09 y C-161/10, EU:C:2011:685, apdos. 45 y ss.

⁶⁰ Acerca de la aplicación de las mismas reglas de competencia a la infracción de derechos patrimoniales y derechos morales de autor, en la práctica de la *Cour de Cassation* francesa, vid. Cass. 1re civ., 22 de enero de 2014, n° 11-28.822.

⁶¹ Con respecto a la aplicación de la *lex loci protectionis* a los derechos morales de autor, vid. J. BASEDOW, “Article 3:102: Lex protectionis”, EUROPEAN MAX PLANCK GROUP ON CONFLICT OF LAWS IN INTELLECTUAL PROPERTY (ed), Conflict... cit., para. 3:102.C06; y P.E. GELLER, “International Copyright: The Introduction”, § 3[1][b][iii][B], <http://www.internationalcopyrightguide.com/>, publicado en L. BENTLY (ed.), International Copyright Law and Practice, (LexisNexis, 2017). Por el contrario, acerca de la eventual consideración de los derechos morales de autor también como derechos de la personalidad a efectos de determinar la regla de conflicto aplicable, vid. L. LUNDSTEDT, *Territoriality in Intellectual Property Law*, Stockholm University, 2016, p. 425.

⁶² Vid., aunque en sectores diferentes a los derechos de autor, STJUE de 17 de octubre de 2017, *Bolagsupplysningen*, C-194/16, EU:C:2017:766; STJUE de 24 de septiembre de 2019, C-507/17, *Google (Portée territoriale du déréférencement)*, EU:C:2019:772; y STJUE de 3 de octubre de 2019, *Glawischnig-Piesczek*, C-18/18, EU:C:2019:821. En particular, vid. conclusiones del AG Szpunar de 4 de junio de 2019, *Glawischnig-Piesczek*, C-18/18, EU:C:2019:458, apdo. 86.

⁶³ STJUE de 12 de abril de 2011, *DHL Express*, C-235/09, EU:C:2011:238, apdo. 33.

(apdo. 44). Es decir, en ese tipo de situaciones las medidas de prohibición irán referidas típicamente al conjunto de la Unión, en línea con el carácter unitario y la extensión territorial del derecho de exclusiva infringido. También en la sentencia *Nintendo* el Tribunal de Justicia constató que en el caso de los derechos unitarios el derecho objeto de infracción se extiende al conjunto del territorio de la Unión, de modo que la competencia basada en el artículo 8.1 RBIbis –fuero de la pluralidad de demandados- no es una competencia limitada a una parte del territorio de la UE, por lo que el tribunal nacional puede adoptar medidas cuyo alcance vaya referido al conjunto de la Unión⁶⁴.

36. Se trata de una interpretación que facilita el logro del objetivo del RMUE de proteger eficazmente las marcas de la Unión en todo el territorio de la Unión. Este planteamiento refuerza la posibilidad de obtener ante un único tribunal la tutela para el conjunto del territorio de la Unión de los derechos unitarios. Por el contrario, la situación es diferente en relación con la tutela de los derechos de autor y derechos conexos en el seno de la UE, ya que en esta materia la tutela va referida a un haz de derechos nacionales, de modo que, en principio, para adoptar medidas relativas al territorio de varios Estados miembros debe estarse a lo dispuesto en la legislación sobre propiedad intelectual de cada uno de ellos.

V. Fundamento y retos del criterio *lex loci protectionis*

37. Vinculado al carácter territorial de los derechos de autor, el criterio *lex loci protectionis* se traduce en que la ley aplicable a la tutela (e infracción) de derechos de autor y derechos afines sea la del país para el que se reclama la protección. El artículo 8.1 del Reglamento 864/2007 (Roma II) lo formula como regla de conflicto bilateral: “La ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive de una infracción de un derecho de propiedad intelectual será la del país para cuyo territorio se reclama la protección”. Con respecto a la fundamentación de esta norma, el considerando 26 del Preámbulo del Reglamento, se limita a señalar que en materia de infracciones de los derechos de propiedad intelectual “conviene preservar el principio *lex loci protectionis* que se reconoce universalmente”.

38. En el caso de infracciones de derechos de autor cometidas a través de Internet o de otros medios con potencial repercusión mundial el criterio *lex loci protectionis* conduce a la aplicación cumulativa, aunque de manera distributiva, de las leyes de varios, potencialmente muchos, países. Ello es debido a que esa regla de conflicto determina que la ley de cada país es aplicable a la protección de los derechos de propiedad intelectual en su propio territorio, de manera que cuando las actividades de infracción afectan a una pluralidad de países la legislación de cada uno de ellos es aplicable con respecto a las infracciones acaecidas en su propio territorio. Tratándose de la utilización en línea de obras o prestaciones protegidas, el criterio *lex loci protectionis* lleva en principio a localizar el uso de la obra o prestación en cada Estado desde el que los usuarios acceden a la obra o prestación protegida. En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta especialmente significativa su sentencia *Football Dataco*⁶⁵, en el sentido de que los actos de utilización en línea de obras y otras prestación se consideran localizados en el Estado miembro donde se encuentra quien recibe o accede a la información, en particular cuando existan indicios de la intención de quien pone la información a disposición de dirigirse a los miembros del público establecidos en este Estado miembro⁶⁶.

⁶⁴ STJUE de 27 de septiembre de 2017, *Nintendo*, C-24/16 y C-25/16, EU:C:2017:724, apdos. 61 a 66. Ahora bien, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha puesto también de relieve que el carácter unitario de las marcas de la Unión y el que produzcan los mismos efectos en todo su territorio no impiden que en determinadas circunstancias las medidas de prohibición que puedan adoptarse en caso de infracción de tales marcas excluyan parte del territorio de la Unión, de modo que no prohíban el uso por parte del infractor demandado en las zonas que quedan al margen de la medida. Cuando no existe riesgo de confusión en una parte de la Unión, no se puede prohibir el comercio lícito unido al uso del signo en cuestión en esa parte de la Unión (STJUE de 22 de septiembre de 2016, *combit Software*, C-223/15, EU:C:2016:719, apdo. 32).

⁶⁵ STJUE de 18 de octubre de 2012, *Football Dataco*, C-173/11, EU:C:2012:642, apdo. 39.

⁶⁶ Asimismo, vid. STJUE de 12 de julio de 2011, *L'Oréal*, C-324/09, EU:C:2011:474, apdo. 65; y STJUE de 21 de junio de 2012, *Donner*, C-5/11, EU:C:2012:370, apdos. 27-28.

39. Ese cúmulo distributivo que conduce a la aplicación de una pluralidad de ordenamientos se corresponde con el carácter territorial y la configuración tradicional de estos derechos, pero dificulta de manera muy significativa el enjuiciamiento de las reclamaciones sobre infracciones de una pluralidad de países⁶⁷, de manera que la posibilidad de tramitar ante los tribunales de un país demandas relativas a la infracción por el demandado de derechos de una pluralidad de países resulta en la práctica una tarea de gran complejidad, por la dificultad de probar y aplicar el contenido de un elevado número de ordenamientos extranjeros⁶⁸. Desde la perspectiva del mercado único digital, ese planteamiento excluye la posibilidad de lograr la tutela de los derechos sobre contenidos culturales en el conjunto de la UE con base en una única legislación.

VI. Mercado interior y aplicación de un régimen unitario

1. El criterio de origen en el entorno digital

40. Al interpretar el significado del criterio de origen o mercado interior (art. 3) de la Directiva 2000/31 sobre el comercio electrónico, el Tribunal de Justicia ha establecido que no impone una solución conflictual sino que lo que exige es la no aplicación de las normas de la ley designada por la regla de conflicto que restrinjan dentro del ámbito coordinado la libertad del prestador establecido en otro Estado miembro⁶⁹. Ahora bien, la Directiva prevé que ese criterio no opera en el ámbito de los derechos de autor y derechos afines, lo que se corresponde con el respeto del carácter territorial (nacional) de estos derechos. Tal como se dispone en el Anexo y en el artículo 3.3 de la Directiva 2000/31 el criterio de origen no se aplica, entre otros, al ámbito de los derechos de autor y derechos afines. Asimismo, el artículo 1.5 del Reglamento (UE) 2018/302 que impide el bloqueo geográfico⁷⁰ establece que sus disposiciones no afectan a las normas aplicables en materia de derechos de autor, al tiempo que prevé que la prohibición a los comerciantes de aplicar condiciones generales de acceso diferentes a sus bienes o servicios por motivos relacionados con la nacionalidad o con el lugar de residencia o de establecimiento del cliente no resulta en principio de aplicación a los comerciantes que presten servicios electrónicos cuya característica principal sea el suministro de acceso a obras protegidas por derechos de autor o a otras prestaciones protegidas y la utilización de esas obras y prestaciones (art. 4.1.b)⁷¹.

41. Antes del desarrollo de Internet, el interés por evitar la aplicación cumulativa de múltiples legislaciones a la difusión de contenidos a través de medios con impacto en una pluralidad de países se reflejó ya en una opción limitada por el criterio de origen en la Directiva 93/83/CEE sobre derechos de autor y derechos afines en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable. Conforme a su artículo 1.2.a), la comunicación al público vía satélite se considera producida únicamente en el Estado miembro en que las señales portadoras se introduzcan en una cadena ininterrumpida de comunicación⁷². En los instrumentos más recientes adoptados en el contexto del mercado único digital se observa una tendencia, limitada a aspectos puntuales, a superar la fragmentación nacional de los dere-

⁶⁷ *Vid.*, v.gr., J.C. GINSBURG, “The Private International Law of Copyright in an Era of Technological Change”, *R. des C.*, 1998, t. 273, pp. 243-405; y P.E. GELLER, “From Patchwork to Network: Strategies for International Intellectual Property in Flux”, *Vand. J.T.L.*, vol. 31, 1998, pp. 553-574, pp. 556-558.

⁶⁸ J. DREXL, “Internationales...”, *cit.*, paras. 335 y 344.

⁶⁹ STJUE de 25 de octubre de 2011, *eDate Advertising*, C-509/09 y C-161/10, EU:C:2011:685, apdo. 61.

⁷⁰ Reglamento (UE) 2018/302 de 28 de febrero de 2018 sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE, DO L 601 de 2.3.2018, p. 1.

⁷¹ *Vid.* T.E. SYNODINOU, “Geoblocking in EU Copyright Law: Challenges and Perspectives”, *GRUR International*, vol. 69, 2020, pp. 136-150.

⁷² Acerca de la interpretación de qué supuestos quedan comprendidos en ese artículo y reafirmando al margen de ellos el principio de territorialidad, *vid.* STJCE de 14 de julio de 2005, *Lagardère*, C-192/04, EU:C:2005:475.

chos de autor en el seno de la UE mediante la localización en un Estado miembro de ciertas actividades aunque vayan (potencialmente) dirigidas a varios (todos los) Estados miembros.

42. Complemento esencial de la armonización en el ámbito de la UE en materia de servicios de comunicación audiovisual –tanto emisiones televisivas como servicios de comunicación audiovisual a petición sobre la base de un catálogo de programas– es el establecimiento del llamado principio del país de origen. En virtud de este criterio, el artículo 3 de la Directiva 2010/13/UE –modificada por la Directiva 2018/1808– de servicios de comunicación audiovisual impone a los Estados miembros la obligación de garantizar la libertad de recepción y no obstaculizar las retransmisiones en su territorio de los servicios de comunicación audiovisual procedentes de otros Estados miembros por motivos inherentes a los ámbitos coordinados por dicha Directiva⁷³. Únicamente cumpliendo las exigentes condiciones impuestas en su apartado 2, los Estados miembros pueden establecer excepciones. A diferencia de la Directiva sobre el comercio electrónico, la relativa a los servicios de comunicación audiovisual tiene “ámbitos coordinados” mucho más concretos, pues están limitados en principio a las materias objeto de armonización por esta Directiva. Entre esas materias se incluyen, por ejemplo, las medidas tendentes a garantizar que los servicios de comunicación audiovisual no contengan incitaciones al odio por razón de raza, sexo, religión o nacionalidad. Por el contrario, el régimen de los derechos de autor y derechos afines queda al margen de su ámbito coordinado y en principio también de la aplicación del criterio de origen. En todo caso, puede resultar útil hacer referencia a la interpretación por el TJUE del criterio de origen de esta Directiva, en cuya jurisprudencia reciente destaca la sentencia *Baltic Media Alliance*⁷⁴.

43. Un aspecto controvertido en el litigio principal era si el criterio de origen resultaba realmente aplicable, en la medida en que únicamente se benefician de él los servicios de comunicación audiovisual procedentes de otros Estados miembros. Si bien se trataba de programas producidos en un Estado tercero, como Rusia, su difusión la llevaba a cabo una sociedad registrada en el Reino Unido con licencia de las autoridades británicas. Si dicha entidad podía ser considerada un “prestador de servicios de comunicación” establecido en el Reino Unido con respecto a los programas de la cadena rusa controvertidos, se beneficiaría del criterio de origen, estando sometida al control de las autoridades del Reino Unido. Aunque el Tribunal de Justicia concluye que el origen de los programas (en concreto el que procedan de un tercer Estado) no es un elemento relevante a esos, los apartados 38 a 51 de la sentencia ponen de relieve que la determinación de si una sociedad registrada en un Estado miembro se beneficia de la consideración de “prestador de servicios de comunicación” establecido en dicho Estado puede requerir un complejo análisis. Resulta una exigencia ineludible que la sociedad en cuestión ostente la responsabilidad editorial sobre la elección del contenido audiovisual, de modo que sea ella quien seleccione y organice cronológicamente los programas de la cadena, sin que a esos efectos resulte decisivo que la sociedad en cuestión haya obtenido licencia en un Estado miembro. Además, es preciso que el prestador se considere establecido en un Estado miembro en los términos de la Directiva, lo que exige que tenga su sede central en el Estado miembro en cuestión y que además se tomen en él las decisiones editoriales sobre el servicio de comunicación audiovisual, de acuerdo con el artículo 2.3.a) de la Directiva. El Tribunal de Justicia considera criterios relevantes para concretar el establecimiento elementos como el domicilio social, el lugar de toma de las decisiones editoriales respecto de sus servicios de comunicación audiovisual, así como el lugar en el que trabaja el personal que realiza las actividades de esos servicios. Si el resultado de proyectar al caso concreto el análisis anterior es que la sociedad registrada en un Estado miembro no reúne los requisitos para ser considerada a esos efectos un “prestador de servicios de comunicación” establecido en un Estado miembro, la consecuencia es que no se beneficia del criterio de origen, de modo que los Estados miembros no están obligados a garantizar la libertad de recepción y no

⁷³ En lo relativo al concepto de servicio de comunicación audiovisual y su proyección sobre los sitios de Internet *vid.* STJUE de 21 de octubre de 2015, *New Media Online*, C-347/14, EU:C:2015:709; y STJUE de 21 de febrero de 2018, *Peugeot Deutschland*, C-132/17, EU:C:2018:85.

⁷⁴ STJUE de 4 de julio de 2019, *Baltic Media Alliance*, C-622/17, EU:C:2019:566.

obstaculizar las retransmisiones de ese canal en su territorio, por lo que sus posibilidades de control del canal en cuestión no quedan limitadas por lo previsto en la Directiva 2010/13/UE.

44. La sentencia *Baltic Media Alliance* también abordó el tratamiento de emisiones por un prestador establecido en un Estado miembro pero dirigidas exclusivamente al territorio de otro Estado miembro. De la sentencia se desprende que el régimen específico previsto por la Directiva 2010/13/UE prevalece en este ámbito sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al artículo 56 TFUE, de modo que para la adopción de medidas frente a ese tipo de prestadores establecidos en otro Estado miembro debe estarse al gravoso y complejo mecanismo previsto en los apartados 2 a 5 del artículo 4 de la Directiva⁷⁵. En el diferente marco de la Directiva 2000/31 sobre el comercio electrónico, su considerando 57 destaca expresamente que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia “siempre ha sostenido que un Estado miembro conserva el derecho de adoptar medidas contra un prestador de servicios establecido en otro Estado miembro, cuya actividad se dirige principalmente o en su totalidad hacia el territorio del primer Estado miembro, cuando dicho establecimiento se haya realizado con la intención de evadir la legislación que se hubiera aplicado al prestador de servicios en caso de que se hubiera establecido en el territorio del primer Estado miembro”. Aunque la Directiva 2000/31 regula también las condiciones bajo las que los Estados miembros pueden tomar medidas para restringir la libre prestación de servicios de la sociedad de la información, básicamente en los apartados 4 y 5 de su artículo 3⁷⁶, no contemplan, a diferencia del artículo 4 de la Directiva 2010/13/UE, específicamente las situaciones en las que un prestador ofrece un servicio dirigido total o principalmente al territorio del Estado miembro que adopta las medidas.

2. Portabilidad transfronteriza de contenidos en línea

45. El Reglamento (UE) 2017/1128⁷⁷ establece medidas para que una práctica habitual, en virtud de la cual la prestación de servicios de contenidos en línea -música, juegos, películas, programas de entretenimiento o acontecimientos deportivos...- queda limitada al territorio del Estado de la residencia habitual del abonado, no impida el acceso y utilización de tales contenidos por parte de los abonados residentes en un Estado miembro cuando se encuentran temporalmente en otro Estado miembro. La limitación territorial del acceso por el consumidor a los contenidos en línea resulta en principio una exigencia derivada de que en los contratos de licencia habitualmente los prestadores de servicios de contenidos en línea se comprometen con los titulares de derechos a impedir que sus abonados accedan a los servicios y los utilicen fuera del territorio al que se extiende la licencia otorgada al prestador. De este modo, resulta habitual que con ese propósito el prestador impida el acceso a sus servicios desde direcciones IP situadas fuera del territorio al que va referida la licencia, típicamente el del Estado miembro de residencia habitual del abonado. El Reglamento (UE) 2017/1128 no pretende terminar con la compartimentación territorial de los mercados, como consecuencia del limitado alcance de las licencias, sino tan solo establecer un régimen especial cuando se trata de abonados que se desplazan temporalmente a un Estado miembro distinto al de su residencia habitual. En concreto, su artículo 3.1 impone a los prestadores de este tipo de servicios la obligación de hacer posible “que un abonado que se encuentre temporalmente en un Estado miembro acceda al servicio de contenidos en línea y lo utilice del mismo modo que en su Estado miembro de residencia”.

46. Para lograr ese fin el legislador de la Unión utiliza básicamente en relación con los derechos de autor el mecanismo consistente en la localización ficticia de los actos de acceso y utilización de los contenidos realizados durante esos desplazamientos temporales. Como establece su artículo 4: “Se con-

⁷⁵ *Ibid.*, apdo. 54; asimismo, *vid.* los apdos 49 y 50 de las conclusiones del AG Saugmandsgaard Øe de 28 de febrero de 2019, *Baltic Media Alliance*, C-622/17, EU:C:2019:154.

⁷⁶ *Vid.* STJUE de 19 de diciembre de 2019, *Airbnb Ireland*, C-390/18, EU:C:2019:1112, apdos. 83-85 y 96.

⁷⁷ Reglamento (UE) 2017/1128 relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior, DO L 168, 30.6.2017, p. 1.

siderará que la prestación de un servicio de contenidos en línea en virtud del presente Reglamento a un abonado que se encuentre temporalmente en un Estado miembro, así como el acceso al servicio y su uso por parte de dicho abonado, se produce únicamente en su Estado miembro de residencia.” En la medida en que esa actividad aunque se lleve a cabo en otro Estado miembro se considera localizada en el Estado miembro de residencia del abonado, el acceso a los contenidos puede proporcionarse por el prestador de servicios sin adquirir los correspondientes derechos en el Estado miembro en el que el abonado se encuentra temporalmente. En los términos del considerando 24 del Reglamento: “...los correspondientes actos de reproducción, comunicación al público y puesta a disposición de las obras y otras prestaciones protegidas, así como los actos de extracción o reutilización en relación con bases de datos protegidas por derechos sui generis, que se producen cuando se presta el servicio a un abonado que se encuentra temporalmente en un Estado miembro que no sea aquel en que reside, deben entenderse producidos en el Estado miembro de residencia del abonado”, de modo que se consideran realizados “al amparo de las respectivas licencias de los titulares de derechos afectados aplicables en el Estado miembro de residencia del abonado”.

47. La localización se contempla únicamente a esos efectos, por lo que el tratamiento específico tiene un alcance muy limitado. Además, como aclara el considerando 16, los servicios en línea que no sean servicios de comunicación audiovisual en el sentido de la Directiva 2010/13/UE y que utilicen obras de manera puramente auxiliar, como es habitual en sitios web, no son objeto de este Reglamento. Tampoco es aplicable el Reglamento al acceso por los consumidores a servicios de contenidos en línea prestados en un Estado miembro que no sea su Estado miembro de residencia. No resulta de aplicación obligatoria a los prestadores de servicios de contenidos en línea prestados sin que medie un pago en dinero. Por otra parte, los abonados que se benefician de este régimen han de ser en todo caso consumidores residentes en un Estado Miembro.

48. Para asegurar que los abonados que se encuentren temporalmente en un Estado miembro que no sea el de su residencia puedan continuar utilizando los servicios, el artículo 7 del Reglamento incluye una disposición declarando inaplicable toda disposición contractual que prohíba o limite dicha portabilidad. Se trata de una previsión de especial interés en relación con las posibles restricciones territoriales incluidas en los contratos entre los prestadores de servicios de contenidos en línea y los titulares de derechos, así como entre dichos prestadores y sus abonados. Además, el artículo 7.2 incorpora una disposición aclaratoria no prevista en la Propuesta inicial de la Comisión, según la cual el Reglamento se aplicará con independencia de la normativa aplicable a los contratos mencionados. En consecuencia, aunque la ley aplicable, por ejemplo, a un contrato entre el titular de derechos y el prestador de servicios de contenido en línea sea, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3 del Reglamento Roma I, la de California, ello no impedirá que sobre el contenido del Derecho californiano prevalezca lo dispuesto en este Reglamento, en particular que resulte inaplicable toda restricción territorial contenida en el contrato con el titular de derechos y que resulte incompatible con la obligación impuesta al prestador de servicios por el artículo 3 del Reglamento (UE) 2017/1128. La introducción de una previsión expresa como la del artículo 7.2 parece avalar el criterio de que el nuevo Reglamento constituye una norma internacionalmente imperativa a los efectos del artículo 9.2 del Reglamento Roma I, aunque también podría alcanzarse un resultado similar sobre la base de que la norma resulta aplicable en virtud del criterio *lex loci protectionis* (art. 10.4 Cc y art. 8 RR II) en la medida en que se trate de contratos relativos a la transmisión de derechos de Estados miembros de la UE, al integrarse el Reglamento en sus respectivos ordenamientos. Con independencia del enfoque elegido, la norma sólo resultará de imperativa aplicación en la medida en que el contrato se proyecte sobre abonados residentes en un Estado miembro y respecto de la utilización cuando se encuentren temporalmente en otro Estado miembro, de modo, que por ejemplo, la norma no debe resultar de aplicación en la medida en que el contrato entre el titular de derechos y el prestador de servicios abarque también la explotación de derechos en terceros Estados.

3. Directiva (UE) 2019/790 sobre los derechos de autor en el mercado único digital

49. La dimensión internacional tiene especial relevancia en la reforma de la normativa sobre derechos de autor en el entorno digital llevada a cabo por la Directiva (UE) 2019/790, como destaca su primer artículo. En concreto, su artículo 1.1 hace referencia a que su normativa tiene “especialmente en cuenta los usos digitales y transfronterizos de los contenidos digitales”. Con respecto a los usos transfronterizos es relevante que la adopción de directivas sobre derechos de autor y derechos afines en el seno de la Unión se traduce, como es bien conocido, en la aproximación de las legislaciones nacionales, pero no contempla la creación de títulos unitarios para el conjunto de la Unión. Un primer conjunto de normas de la Directiva (UE) 2019/790 establece excepciones y limitaciones a derechos de autor y derechos afines respecto de ciertos usos de obras y otras prestaciones en relación con la “minería de textos y datos” (definida en su artículo 2.2 como “toda técnica analítica automatizada destinada a analizar textos y datos en formato digital a fin de generar información que incluye, sin carácter exhaustivo, pautas, tendencias o correlaciones”), las actividades pedagógicas y la conservación del patrimonio cultural. Se trata de los artículos 3 a 7 de la Directiva, orientados a mejorar la deficiente armonización de las excepciones y limitaciones a los derechos de autor y derechos afines, uno de los ámbitos en los que las carencias del régimen de la Unión, en especial en relación con el artículo 5 de la Directiva (CE) 2001/29, resultaban más notables.

50. En lo relativo a las excepciones y limitaciones, la dimensión transfronteriza es objeto de especial atención en la Directiva (UE) 2019/790 con respecto a la utilización de obras y otras prestaciones en actividades pedagógicas, lo que reviste especial importancia en un contexto de expansión de la enseñanza en línea⁷⁸. Se trata de una materia en la que la nueva Directiva introduce, en particular, una excepción o limitación para proporcionar seguridad jurídica a los centros de enseñanza cuando utilicen obras u otras prestaciones en actividades pedagógicas digitales. La excepción o limitación tiene carácter obligatorio y va referida, conforme a su artículo 5.1, al uso digital de obras y otras prestaciones únicamente a efectos de ilustración con fines educativos, en la medida en que ello esté justificado por la finalidad no comercial perseguida y cuando dicho uso cumpla dos condiciones: a) tenga lugar bajo la responsabilidad de un centro de enseñanza, en sus locales o en otros lugares, o a través de un entorno electrónico seguro al que solo puedan acceder los estudiantes y su personal docente, y b) vaya acompañado de la indicación de la fuente, con inclusión del nombre del autor, salvo que ello resulte imposible. Pese al carácter obligatorio de la excepción, subsistirán ciertas diferencias en las legislaciones de los Estados miembros. El artículo 5.2 de la Directiva (UE) 2019/790 permite que en determinadas circunstancias los Estados pueden prever que la excepción no se aplique con respecto a determinados usos o tipos de obras u otras prestaciones, en particular cuando estén fácilmente disponibles en el mercado acuerdos de licencia adecuados que autoricen esos actos y adaptados a las necesidades de los centros de enseñanza. Además, los Estados tienen libertad para especificar de manera equilibrada la proporción de una obra u otra prestación que puede utilizarse únicamente a efectos de ilustración con fines educativos (considerando 21). En definitiva, la armonización no evita que subsistan diferencias en el alcance de esta excepción o limitación según las legislaciones nacionales

51. En ese contexto, la disposición clave para facilitar el desarrollo de las actividades educativas digitales transfronterizas en el seno de la Unión en relación con esta excepción o limitación aparece recogida en el apartado 3 del artículo 5, que establece: “Se considerará que el uso de obras y otras prestaciones únicamente a efectos de ilustración con fines educativos a través de entornos electrónicos seguros que se haga en cumplimiento de las disposiciones de Derecho nacional adoptadas en virtud del presente artículo, únicamente tiene lugar en el Estado miembro en que está establecido el centro de enseñanza.” Para evitar la aplicación de ese cúmulo de leyes al que conduce el criterio *lex loci protectionis*, y la carga que su cumplimiento plantea para los centros de enseñanza en lo que tiene que ver con las posibles

⁷⁸ M. TRIMBLE, “COVID-19 and Transnational Issues in Copyright and Related Rights”, *IIC*, vol. 51, 2020, pp. 407-410, destacando la importancia de la aproximación de las normas de Derecho internacional privado.

diferencias respecto de la licitud del empleo de las obras y prestaciones con fines educativos a través de entornos electrónicos seguros, así como su interacción con la obtención de licencias que autorizan usos de ese tipo, el artículo 5.3 establece la ficción de que el uso a efectos de ilustración con fines educativos a través de entornos electrónicos seguros se considera que únicamente tiene lugar en el Estado miembro de establecimiento del centro de enseñanza. La transposición de esta norma en las legislaciones nacionales de los Estados miembros implica que en la medida en que cada una de esas legislaciones sea aplicable en virtud del criterio *lex loci protectionis*, la previsión de que el acto se localiza únicamente en el Estado miembro de establecimiento del centro de enseñanza supone que basta para su uso lícito en los demás Estados miembros con que el uso de las obras o prestaciones satisfaga los requisitos para su utilización lícita en ese concreto Estado miembro. Obviamente, el criterio de origen opera únicamente en relación con el uso de las obras y prestaciones en Estados miembros, de modo que no es aplicable con respecto a los usos de las obras en terceros Estados, por ejemplo en aquellas situaciones en las que el centro de enseñanza dirija también su actividad educativa a terceros Estados.

52. Las consideraciones anteriores resultan aplicables *mutatis mutandis* con respecto al otro supuesto de empleo de esta técnica basada en el criterio de origen que establece la Directiva (UE) 2019/790. En concreto, la localización ficticia del uso de ciertas obras y prestaciones en el Estado miembro de origen aparece prevista también en su artículo 9.2 en relación con la excepción o limitación que su artículo 8.2 impone para facilitar la puesta a disposición de las instituciones responsables del patrimonio cultural, con fines no comerciales, de obras u otras prestaciones fuera del circuito comercial que se encuentren en su colección permanente. En concreto, en virtud del artículo 9.2, los usos de obras y otras prestaciones al amparo de esa excepción o limitación, se considera que se producen solamente en el Estado miembro en el que está establecida la institución responsable del patrimonio cultural de que se trate.

4. Transmisiones en línea de organismos de radiodifusión

53. Junto a determinadas normas relativas al ejercicio de los derechos de retransmisión de los programas de radio y televisión, la Directiva (UE) 2019/789 tiene por objeto establecer el tratamiento de lo que denomina servicios accesorios en línea de los organismos de radiodifusión. El régimen que incorpora en relación con esta última materia reviste gran importancia de cara a facilitar la difusión transfronteriza en toda la Unión de ciertos programas de radio y televisión de los organismos de radiodifusión. El carácter territorial de los derechos de autor y derechos conexos constituye en principio un obstáculo a la difusión por medio de Internet más allá de las fronteras nacionales de programas de radio y televisión, en la medida en que estos programas incorporan contenidos objeto de tales derechos, como obras musicales o audiovisuales, respecto de los que los organismos de radiodifusión o quienes retransmiten los programas únicamente han adquirido derechos para territorios concretos, típicamente en el ámbito europeo de carácter estatal. Para ofrecer sus servicios en línea a través de las fronteras, los organismos de radiodifusión necesitan tener los derechos necesarios con respecto a las obras y otras prestaciones protegidas en todos los territorios pertinentes, lo que aumenta la complejidad de la obtención de estos derechos. Con el objetivo de facilitar la posibilidad de difundir esos programas a través de Internet en el conjunto de la Unión, la Directiva (UE) 2019/789 dispone la extensión respecto de ciertos servicios en línea del principio del país de origen a partir del modelo establecido para la radiodifusión por satélite en la Directiva 93/83/CEE, antes reseñada, cuyas disposiciones no son de aplicación a la prestación de servicios en línea.

54. La definición de “servicio accesorio en línea” de su artículo 2.1) resulta determinante del alcance de las normas de la Directiva sobre el particular. En concreto, esa categoría aparece definida como: “un servicio en línea consistente en el suministro al público por un organismo de radiodifusión, o bajo su control y responsabilidad, de programas de radio o televisión simultáneamente con su emisión por parte del organismo de radiodifusión, o posteriormente a esa emisión durante un período de tiempo definido, así como de cualquier material que sea accesorio a tal emisión”. En consecuencia, comprende tanto el suministro de esos contenidos en *streaming* (de manera lineal simultánea a la emisión) como los

servicios en diferido, mediante la posibilidad de acceder a los programas previamente emitidos por el organismo de radiodifusión dentro de un período de tiempo definido posterior a la emisión, a programas de radio y televisión. Además, el considerando 8 aclara que se incluyen también los servicios que dan acceso a materiales que amplían los programas de radio y televisión emitidos por el organismo de radiodifusión, en particular mediante previsualización, extensión, suplementación o revisión del contenido del programa de que se trate. En realidad, la definición del artículo 2.1) puede resultar excesivamente restrictiva, en la medida en que no parece incluir las situaciones en las que los organismos permiten el acceso al programa íntegro en línea antes (o con independencia) de su emisión, así como cuando el organismo permite el acceso en línea con posterioridad a la emisión pero sin en principio fijar un periodo de tiempo definido, por ejemplo, cuando los programas se integran en un archivo (que integra un conjunto ordenado de ellos) en el que se encuentran accesibles en línea sin fijar un límite temporal.

55. Como ha quedado apuntado, el criterio del país de origen es el mecanismo al que recurre la Directiva (UE) 2019/789 para que el ejercicio de los derechos de autor y derechos afines no dificulte excesivamente la prestación de servicios accesorios en línea transfronterizos por parte de los organismos de radiodifusión en el ámbito de la UE. El recurso al principio del país de origen supone una excepción muy relevante pero puntual a la aplicación del criterio *lex loci protectionis*. La aplicación de la ley del país para el que se reclama la protección (a cuyo territorio va referido el acto de explotación) y que conduce típicamente a la necesidad de respetar las legislaciones de los diversos países en los que se contempla la explotación de la obra continúa siendo el criterio básico, derivado del carácter territorial de los derechos, incluso en el contexto de la prestación de servicios de la sociedad de la información en el mercado interior. Se trata de una situación coherente con la circunstancia ya reseñada de que el anexo de la Directiva 2000/31 sobre el comercio electrónico dejó los derechos de autor y los derechos afines –habida cuenta de su carácter territorial– al margen del criterio de origen, que su artículo 3 establece en relación con los servicios de la sociedad de la información.

56. La excepción al criterio *lex loci protectionis* que introduce la Directiva (UE) 2019/789 se apoya en la ficción de que determinados actos de explotación de una obra, a efectos del ejercicio de los derechos de autor y derechos afines, se producen únicamente en el Estado miembro en el que el organismo de radiodifusión tiene su establecimiento principal, como recoge su artículo 3.1, inspirado en el artículo 1.2.b) de la Directiva 93/83/CEE, si bien en ésta para localizar el Estado de origen hace referencia al Estado miembro en que se introduzcan las señales portadoras de programa en una cadena ininterrumpida de comunicación que vaya al satélite y desde éste a la tierra. Por su parte, en la nueva Directiva el país de origen se hace coincidir con el Estado miembro en el que el organismo de radiodifusión tiene su establecimiento principal. Aunque el principio de origen con respecto a los servicios accesorios en línea va referido a los programas de radio y de televisión, en el caso de estos últimos solo alcanza a los programas de noticias y de actualidad, así como a las producciones realizadas por organismo de radiodifusión utilizando sus propios recursos, sin incluir en ningún caso los acontecimientos deportivos, habida cuenta de que con frecuencia las licencias relativas a obras audiovisuales y acontecimientos deportivos son licencias territoriales exclusivas.

57. La ficción de que los actos de comunicación al público y de puesta a disposición de las obras se producen únicamente en el Estado miembro del establecimiento principal determina que para la explotación de la obra en el conjunto de la Unión basta en el ámbito en el que opera el criterio del país de origen con la adquisición por parte del organismo de radiodifusión de los derechos para ese país. Ahora bien, en la fijación del importe del pago de los derechos habrá de tenerse en cuenta el público que en otros Estados miembros acceda al servicio, al tiempo que resulta posible limitar la explotación de los derechos a ciertos métodos técnicos de transmisión o versiones lingüísticas.

58. En lo relativo a la interacción entre el principio del país del origen en la nueva Directiva y el criterio general *lex loci protectionis* en materia de tutela de la propiedad intelectual, debe destacarse que en la Directiva la localización en el país de origen se limita a los actos relevantes para los derechos de

autor a efectos del ejercicio de los derechos, como es el caso de la obtención de licencias. Como ponía claramente de relieve la Propuesta de Reglamento de 2016 en la que se encuentra el origen de la nueva Directiva, el país de origen no afecta a la localización de los actos relevantes para los derechos de autor cuando no se hayan obtenido los derechos (es decir, en el caso de transmisiones no autorizadas)⁷⁹. Además, el principio del país de origen no resulta de aplicación a subsiguientes comunicaciones al público, puestas a disposición o reproducciones de las obras o prestaciones protegidas incluidas en el servicio accesorio en línea (considerando 9 de la Directiva).

59. En consecuencia, respecto de los aspectos no cubiertos por el criterio del país de origen continúa siendo determinante la *lex loci protectionis*, de acuerdo con lo dispuesto principalmente en el artículo 8 del Reglamento Roma II, que conduce, como ha quedado ya señalado a la aplicación de cada uno de los Estados para los que se reclama la protección del derecho⁸⁰, es decir dónde se localizan los supuestos actos de infracción en atención a la ubicación de quienes acceden a los contenidos infractores⁸¹. Por otra parte, tampoco el criterio de determinación del país de origen en la nueva Directiva resulta directamente aplicable para apreciar el Estado de origen del daño -sin perjuicio de que en la práctica frecuentemente coincidirán- al aplicar en el ámbito de la infracción de derechos de propiedad intelectual el fuero especial en la materia del artículo 7.2 del Reglamento Bruselas I bis, como refleja la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la localización del “hecho causal” a los efectos de atribuir competencia internacional⁸².

VII. Perspectivas de futuro

60. Estos avances muestran una tendencia a recurrir puntualmente al criterio de origen como mecanismo para superar algunos de los obstáculos que la fragmentación a nivel nacional de los derechos de autor plantea en el marco del mercado único digital. En la medida en que el objetivo de establecer títulos unitarios en el ámbito de los derechos de autor y derechos conexos se manifieste como irrealizable por lo menos en un plazo razonable, una alternativa para superar las principales carencias derivadas de la actual fragmentación con respecto a las actividades desarrolladas por Internet, que, aunque no exenta de dificultades, podría merecer más atención, es combinar el desarrollo de la armonización con la introducción de un criterio basado en la aplicación de la ley del Estado miembro de origen con respecto a la determinación del contenido y la infracción de los derechos de autor en todos los Estados miembros en lo relativo a las transmisiones por Internet. Con un grado de distorsión menor que la implantación de títulos unitarios, la adaptación del criterio de origen podría favorecer la seguridad jurídica y facilitar la tutela y explotación en el conjunto de la Unión de los derechos.

61. La expansión del criterio de origen sería coherente con los principios del mercado interior y el progresivo desarrollo de la legislación sobre derechos de autor y derechos conexos en la Unión⁸³. Con respecto a la supresión de obstáculos a la difusión de contenidos en línea en el seno de la Unión, cabe recordar que la exigencia de que en virtud del artículo 3 de la Directiva 2000/31 el prestador de un ser-

⁷⁹ Propuesta de Reglamento por el que se establecen las normas sobre el ejercicio de los derechos de autor y determinados derechos afines a los derechos de autor aplicables a determinadas transmisiones en línea de los organismos de radiodifusión y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, COM(2016) 594 final, de 14 de septiembre de 2016, p. 4, donde se afirma: “el país de origen no afecta a la localización de los actos relevantes para los derechos de autor cuando no se hayan obtenido los derechos (es decir, en el caso de transmisiones no autorizadas)”

⁸⁰ Vid., v.gr., T. KONO y P. JURCYS, “General Report”. T. KONO (ed.), *Intellectual Property and Private International Law (Comparative Perspectives)*, Oxford, Hart, 2012, pp. 1-216, p. 153.

⁸¹ Vid. STJUE de 12 de julio de 2011, *L’Oréal*, C-324/09, EU:C:2011:474, apdo. 65; STJUE de 21 de junio de 2012, *Donner*, C-5/11, EU:C:2012:370, apdos. 27-28; y STJUE de 18 de octubre de 2012, *Football Dataco*, C-173/11, EU:C:2012:642, apdo. 39.

⁸² STJUE de 19 de abril de 2012, *Wintersteiger*, C-523/10, EU:C:2012:220, apdo. 34; y STJUE de 22 de enero de 2015, *Hejduk*, C-441/13, EU:C:2015:28, apdos. 25 y 26.

⁸³ Vid. A. OHLY, “Choice of Law in the Digital Environment – Problems and Possible Solutions”, J. DREXL y A. KUR (eds.), *Intellectual Property and Private International Law- Heading for the Future*, 2005, Oxford, Hart, pp. 241-256, 253-254.

vicio de comercio electrónico no esté sujeto a requisitos más estrictos que los previstos por el Derecho material en vigor en el Estado miembro de establecimiento de dicho prestador fue proclamada por el Tribunal de Justicia en relación con litigios relativos a la eventual vulneración de derechos de la personalidad como consecuencia de la difusión de contenidos supuestamente difamatorios en línea⁸⁴. Aunque se trata de una materia que no va referida a derechos de exclusiva de carácter territorial, constituye un ámbito que no ha sido objeto de regulación en el seno de la UE y sobre el que no existe normas comunes como es el relativo a los derechos de la personalidad. A diferencia de otros derechos de exclusiva territoriales, como los derechos de propiedad industrial, sometidos a registro, los derechos de autor y derechos conexos son en principio objeto de reconocimiento automático en todos los Estados miembros sin formalidad alguna. En todo caso, no cabe perder de vista que la fragmentación a nivel nacional de los derechos de autor implica que su titularidad y facultades de explotación puedan ser diferentes según los Estados miembros, lo que plantea dificultades de cara a la implantación del criterio del país de origen. La expansión del criterio de origen debería ir unido a una profundización de la armonización de las legislaciones sobre derecho de autor en el seno de la Unión⁸⁵, ámbito territorial al que habría de restringirse la aplicación del criterio de origen, de conformidad con la situación característica del mercado interior. Ese reforzamiento de la armonización, en particular en lo relativo a las excepciones y limitaciones, sería necesario para asegurar el alto nivel de protección de estos derechos que es uno de los objetivos básicos de la Unión en este ámbito, así como para evitar posibles conductas oportunistas.

62. Un mayor recurso al criterio de origen con respecto a la utilización en línea de contenidos protegidos por derechos de autor en el mercado interior requeriría ciertas adaptaciones⁸⁶. En lo que respecta a la concreción del Estado miembro de origen el enfoque de la Directiva (UE) 2019/789 y de las normas que establecen el criterio de origen de la Directiva (UE) 2019/790 constituye un precedente muy relevante, que además en las situaciones típicas conduce al ordenamiento de un Estado miembro cuyos tribunales tendrían competencia para conocer con alcance general –en virtud de los arts. 4 y 7.2 Reglamento Bruselas I bis–, lo que facilitaría la adopción de medidas para la tutela de derechos en el conjunto de la Unión con base en la ley del foro. Otras cuestiones que deberían ser valoradas es si puede resultar adecuado establecer un criterio de localización secundario respecto de prestadores establecidos en terceros Estados⁸⁷, en caso de que se considerara que, habida cuenta de los peculiares intereses presentes en estas situaciones, procede recurrir a la legislación de un único Estado miembro con respecto a la utilización en la Unión de contenidos cuyos titulares no están establecidos en un Estado miembro. También sería oportuno valorar la introducción de excepciones al criterio de origen, por ejemplo, en relación con actividades de difusión de contenidos que se dirigen principal o exclusivamente a algún Estado miembro distinto del de origen. Con respecto a la adquisición de licencias e importe de los derechos para la difusión en línea más allá del Estado miembro de origen el enfoque de la Directiva (UE) 2019/789 sería un precedente a tener muy en cuenta. Por último, en lo relativo a la compatibilidad del criterio de origen con la regla *lex loci protectionis*, en la medida en que el criterio de origen se base en una localización ficticia en un único Estado miembro de la puesta a disposición en línea respecto de todos los Estados miembros que se incorpore en sus respectivas legislaciones materiales, la aplicación de la ley de origen sería consecuencia de la remisión particular contenida en la ley de cada Estado miembro para el que se reclama la protección.

⁸⁴ STJUE de 25 de octubre de 2011, *eDate Advertising*, C-509/09 y C-161/10, EU:C:2011:685, apdo. 68.

⁸⁵ *Vid.* M. LEISTNER, “Comments: The Rome II Regulation Proposal and its Relation to the European Country-of-Origin Principle”, J. DREXL y A. KUR (eds.), *Intellectual... cit.*, pp. 177-199, pp. 193-194; y P.B. HUGENHOLTZ, “The Future of Copyright Law in the Digital Single Market: extending the Satellite & Cable Directive to content services online”, Bonn, 2015, https://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Sonstige/Zentrum_fuer_Europaeisches_Wirtschaftsrecht/Schriftenreihe/Heft_216.pdf, p. 15.

⁸⁶ P. DE MIGUEL ASENSIO, *Conflict...*, *cit.*, paras. 4.142-4.151.

⁸⁷ CENTRE FOR EUROPEAN POLICY STUDIES, “Copyright in the EU Digital Single Market”, *Report of the CEPS Digital Forum* by G. Mazziotti, Bruselas, 2013, <https://www.ceps.eu/ceps-publications/copyright-eu-digital-single-market/>, pp. 63-64.

LA SUSPENSIÓN DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE INVERSIONES EXTRANJERAS EN ESPAÑA POR LA CRISIS DEL COVID-19*

THE SUSPENSION OF THE FREE MOVEMENT OF FOREIGN DIRECT INVESTMENT IN SPAIN DUE TO THE COVID-19 CRISIS

Prof. Dr. h.c. mult. CARLOS ESPLUGUES MOTA

LLM (Harvard), MSc (Edinburgh)
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Valencia

Recibido: 11.04.2020 / Aceptado: 04.05.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5614>

Resumen: La libre circulación de inversiones es uno de los mantras que ha caracterizado la modernidad económica. El principio, sin embargo, se encuentra sometido a creciente prevención, en el marco de una visión crítica hacia la globalización en un mundo en pleno reajuste geoestratégico. Una de las manifestaciones de esta tendencia reciente de empoderamiento del Estado se refleja en la articulación de mecanismos de control de las inversiones foráneas que le permitan evitar que sectores claves de la economía nacional caigan en manos de inversores extranjeros, en muchas ocasiones, controlados por Estados competidores. A diferencia de lo que ocurre con los países de nuestro entorno, España había sido inmune hasta el momento a esta tendencia, pero todo ha cambiado con la crisis del COVID-19.

Palabras clave: inversiones extranjeras, libre circulación de inversiones extranjeras, control de las inversiones extranjeras, seguridad nacional, COVID-19.

Abstract: The free movement of investment is one of the mantras that has characterized economic modernity. Nevertheless, the principle is under increasing criticism in the framework of a world under a geostrategic readjustment. States are interested in preventing certain strategic assets and critical infrastructures to be controlled by foreign investors, in many cases, owned or controlled by foreign States. And this goal fosters the designation of national screening systems of evaluation of foreign investment on national security grounds. Unlike other western countries, Spain had been so far reluctant to this trend, but things have now changed deeply because of the COVID-19 crisis.

Keywords: foreign investment, free circulation of foreign investment, screening of foreign investment, national security, COVID-19.

Sumario: I. La acelerada consolidación de una aceptación crítica de la libre circulación de inversiones. 1. Hacia un cambio de ciclo. 2. El incremento de la prevención hacia el proceso de globalización. II. Los potenciales riesgos generados por la inversión extranjera en el país receptor y sus consecuencias en el plano normativo. 1. Los riesgos latentes de la inversión extranjera. 2. La

* Artículo elaborado en el marco del Proyecto Prometeo GVA 2018/111.

presencia de un marco regulador de los flujos inversiones internacionales directamente vinculado a la figura del Estado. III. Los nuevos parámetros de control estatal de las inversiones extranjeras. 1. La creciente focalización en la dimensión de seguridad nacional de la inversión extranjera. 2. El correlativo cambio de perspectiva y enfoque. A) Medidas de control de la inversión extranjera susceptibles de ser adoptadas por el Estado. B) La consolidación de los sistemas de evaluación previa -“screening”- de las inversiones extranjeras con base en su potencial riesgo para la seguridad nacional, los intereses esenciales de seguridad o nociones similares del Estado receptor. a) Las fusiones y adquisiciones como banco de pruebas. b) La compatibilidad de los mecanismos de screening con el marco normativo de las inversiones extranjeras. c) Pluralidad de sistemas, planteamientos y soluciones. C) Los desarrollos existentes en el marco de la UE. a) El artículo 63.1 TFUE y sus potenciales excepciones. b) La compatibilidad de los mecanismos nacionales de control previo de las inversiones extranjeras con la normativa europea. c) El Reglamento (UE) 2019/452, de 19 de marzo de 2019 para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión. d) La emergencia del COVID-19 y el control de las inversiones extranjeras en la UE: la posición de la Comisión de Europea. IV. El caso de España como reflejo de la consolidación del control ex ante de las inversiones extranjeras por motivos de seguridad u orden público en el marco de la UE. 1. El modelo español de inversiones extranjeras: disperso y anclado en el principio de libertad de movimiento de capitales e inversiones extranjeras. A) Titulares de la inversión extranjera en España. B) Formas de canalizar la inversión extranjera en España. 2. Condicionantes y posibles limitaciones al principio general de libre circulación de capitales e inversiones en España previstos por la normativa española. A) Obligación de declaración ex-post de la inversión realizada. B) Inversiones en sectores especiales. C) Cláusulas de salvaguardia y medidas excepcionales. D) Suspensión del régimen de liberalización. a) Suspensión del régimen general de inversiones extranjeras en España en actividades directamente relacionadas con la defensa nacional. b) Suspensión global, o particular, del régimen general de inversiones extranjeras en España. 3. La suspensión del régimen de liberalización de las inversiones extranjeras. A) Suspensión automática y general. B) Suspensión vinculada a las características de la inversión y al sector a que va dirigida. a) Inversiones extranjeras directas cubiertas por el precepto. b) Sectores a los que se dirige la inversión. 4. Consecuencias de la suspensión del régimen de liberalización. A) Tramitación de las autorizaciones. B) Régimen sancionador. V. Un cambio que marca tendencia.

“Mucho faz el dinero, e mucho es de amar:
al torpe faze bueno e omne de prestar;
faze correr al coxo e al mudo hablar;
el que non tiene manos, dineros quiere tomar”

El libro del buen amor (490)
Juan Ruiz (Arcipreste de Hita)

I. La acelerada consolidación de una aceptación crítica de la libre circulación de inversiones

1. En contraste con otros períodos históricos, desde comienzos de los 90 del siglo pasado la inversión foránea ha sido bienvenida en la mayoría de los Estados, valorándose como un elemento de estabilidad y paz aún más fuerte que el comercio¹. Ello se ha reflejado en el crecimiento constante de los flujos de inversión extranjera directa (IED)² hasta bien entrado el primer decenio del Siglo XXI. Los

¹ Vid. A. DIXIT, “International Trade, Foreign Direct Investment, and Security”, *The Annual Review of Economics*, n.º. 11, 2011, p. 193; S.S. GOLUB, “Measures of Restrictions on Inward Foreign Direct Investment for OECD Countries”, *OECD Economic Department Working Paper* n.º. 357, Paris, OECD, 2003, p. 1; R. ROSECRANCE y P. THOMPSON, “Trade, Foreign Investment, and Security”, *Annual Review of Political Science*, n.º. 6, 2003, pp. 390–391.

² Las inversiones extranjeras pueden contar con diversa naturaleza y objetivos, diferenciándose tradicionalmente entre inversiones directas e indirectas (*portfolio*). Dentro de las primeras se distingue, de forma amplia, entre aquellas que buscan crear una realidad *ex novo* –la llamada inversión *greenfield*- y la articulada a través del mecanismo de la fusión y adquisición de empresas ya existentes. En las inversiones indirectas, el inversor carece de interés en establecer una relación duradera o controlar o influenciar la gestión de la sociedad participada, limitándose a buscar la máxima rentabilidad a su inversión. Interés que, por contra, sí existe y caracteriza a las inversiones extranjeras directas. Vid. IMF, *IMF Balance of Payments and International*

US\$50 billones alcanzados a comienzos de 1980 se multiplicaron por cuatro en los diez años siguientes, llegando hasta los US\$200 billones de 1990, y consiguiendo un record histórico en 2007 de US\$1.833 billones, un 30% más que el año anterior³.

2. Este aumento sin parangón –la inversión extranjera ha crecido más que el comercio internacional o el PIB desde 1970⁴– se ha visto favorecido por la conjunción de una pluralidad de factores de índole diversa. Así, los avances derivados de la revolución tecnológica y de la conectividad sin límite derivada de ésta, que han permitido que las empresas puedan contar con una actividad global gestionada de manera centralizada⁵, la liberalización del comercio internacional⁶, o las positivas condiciones económicas, se han combinado con el diseño de marcos regulatorios favorables, con los procesos de desregulación desarrollados en muchos Estados, o con la presencia de políticas estatales de promoción de las inversiones en gran parte de los países⁷. Todo ello, insistimos, en un entorno de aceptación mayoritaria de los beneficios generados por ésta⁸.

3. Todavía hoy, cuando estos parámetros comienzan a variar, existe una marcada competencia entre Estados con el objeto de atraer la inversión foránea⁹, plasmada, por ejemplo, en el aumento de agencias de promoción de inversiones: cerca de 8000 en estos momentos en el mundo¹⁰.

1. Hacia un cambio de ciclo

4. Desde 2007, sin embargo, la línea continua ascendente que ha caracterizado a la evolución de los flujos inversores internacionales se ha visto alterada por distintas circunstancias. En un primer momento, la profunda crisis financiera de 2008 afectó drásticamente a la actividad económica mundial,

Investment Position Manual (BPM6), Washington, IMF, 2009, 6ª ed., p. 110, n.º 6.54); OECD, *Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*, Paris, OECD, 2008, 4ª ed, p. 22). Esta idea de “permanencia” se traduce en la adquisición por parte del inversor extranjero de “at least 10% of the voting power of a corporation (enterprise), or the equivalent for an unincorporated enterprise, resident in another economy.” (OECD, *Benchmark Definition... cit.*, p. 49).

³ UNCTAD, *World Investment Report 2008. Transnational Corporations and the Infrastructure Challenge*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2008, p. xvi.

⁴ R. ROSECRANCE y P. THOMPSON, “Trade, Foreign Investment, and Security”, *cit.*, p. 384.

⁵ J.D. SACHS, “Foreign Investment and the Changing Global Economic Reality”, en J.E. ALVAREZ, K.P. SAUVANT, con K.G. AHMED y G. VIZCAINO, *The Evolving International Investment Regime. Expectations, Realities, Options*, Oxford, OUP, 2011, pp. xlvii–xlix.

⁶ A. BITZENIS, “Globalization and Foreign Direct Investment”, en A. BITZENIS, V.A. VLACHOS y P. PAPADIMITRIOU (eds), *Mergers and Acquisitions as the Pillar of Foreign Direct Investment*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2012, p. 10; K.P. SAUVANT, “The FDI recession has begun”, en K.P. SAUVANT, L. SACHS, K. DAVIES, *et al*, *FDI Perspectives: Issues in International Investment*, New York, Vale Columbia Center on Sustainable International Investment, Columbia University, 2011, p. 7.

⁷ *Vid.* al respecto, UNCTAD, *World Investment Report 2017. Investment and the Digital Economy*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2017 p. xi. Con relación a las medidas de promoción de la inversión, *vid.* P. ECONOMOU y K.P. SAUVANT, “Recent Trends and Issues in Foreign Direct Investment 2010”, *Yearbook on International Investment Law & Policy*, 2010-2011, p. 31.

⁸ S. THOMSEN y F. MISTURA, *Is investment protectionism on the rise? Evidence from the OECD FDI Regulatory Restrictiveness Index* OECD Global Forum on International Investment, Paris, OCDE, 2017, p. 2.

⁹ UNCTAD, *World Investment Report 2015. Reforming International Investment Governance*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2015, p. 2; L.E. SACHS y K.P. SAUVANT, “BITs, DTTs, and FDI Flows: An Overview”, en K.P. SAUVANT y L.E. SACHS, *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, Oxford, OUP, 2009, pp. xxvii y lix; INVESTMENT CLIMATE ADVISORY SERVICES WORLD BANK GROUP, *World Bank's Survey Investing Across Borders 2010. Indicators of foreign direct investment regulation in 87 economies*, Washington, World Bank, 2010, pp. 11–26; J. KURTZ, “A General Investment Agreement in the WTO? Lessons from Chapter 11 of NAFTA and the OECD Multilateral Agreement on Investment”, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, n.º 243-3, 2002, pp. 729–732.

¹⁰ K.P. SAUVANT, *FDI Protectionism Is on the Rise, Policy Research Working Paper 5052, The World Bank Poverty Reduction and Economic Management Network*, Washington, International Trade Department, World Bank, September 2009, p. 3; P. ECONOMOU y K.P. SAUVANT, “Recent Trends and Issues...”, *cit.*, p. 31. Con respecto a estas agencias de promoción, nótese la existencia de la World Association of Investment Promotion Agencies, <http://www.waipa.org/>. Éste y el resto de enlaces referidos en el texto se entienden visitados por última vez con fecha 15.4.2020.

siendo necesario esperar ocho años, hasta 2016 –en que se alcanzaron US\$1.75 trillones de inversiones extranjeras- para volver a lograr una cifra similar a la de 2007¹¹.

5. Lejos de estabilizarse o incrementarse a partir de esa anualidad, la consolidación de posturas de nacionalismo económico¹² y el correlativo incremento de las tensiones comerciales¹³, unido a las incertidumbres en las políticas económicas¹⁴, han motivado que los volúmenes de flujos inversores no hayan hecho más que reducirse desde entonces: US\$1,5 trillones en 2017 y US\$1,3 trillones en 2018, un 13% menos que el año anterior¹⁵ y en línea con lo alcanzado en 2019¹⁶.

Esta tendencia se ve ahora agravada por la crisis del COVID-19 que está afectado de manera drástica y desastrosa a la economía internacional¹⁷, y cuyo impacto queda todavía lejos de ser plenamente estimado. Las moderadas expectativas de crecimiento de la inversión extranjera para 2020 se han visto volatilizadas. Y si a comienzos de marzo de 2020, cuando la pandemia estaba en plena fase de expansión, sin atisbarse todavía ni su duración ni su expansión total, se hablaba ya de un impacto negativo de entre un -5% y un -15% en el período 2020-2021¹⁸, a finales de ese mismo mes estas cifras se elevaban ya hasta el -30% o -40%¹⁹.

6. Con todo, y soslayando estas fluctuaciones padecidas en los últimos 12 años, lo cierto es que el incremento en las magnitudes globales de flujos internacionales de inversión desde finales de 1980 ha favorecido cambios de calado en el entorno en que aquellas se producen²⁰.

- 1) En todos estos años el origen de las inversiones extranjeras se ha modificado drásticamente, difuminando de forma tajante la tradicional distinción entre países emisores de inversión –los más desarrollados- y los receptores de éstas –los emergentes o menos desarrollados-. Algunas economías emergentes siguen siendo receptoras de capital extranjero, a la vez que, sin embargo, juegan un papel destacado en el campo de las inversiones extranjeras. El supuesto de la República Popular China (RPC) es muy significativo: en 2016 ocupó el tercer lugar como país receptor de inversiones con US\$139 millardos²¹, a la vez que se encontraba en el segundo puesto como emisor mundial de flujos de inversión²², pasando a ser el segundo en ambos vectores dos años más tarde, o el primero si se le suma Hong Kong²³.

¹¹ En relación con los flujos de inversión alcanzados tras la crisis financiera de 2008, vid., UNCTAD, *World Investment Report 2015...*, cit., p. 25; UNCTAD, *World Investment Report 2017...*, cit., pp. vii y x.

¹² D.C.K. CHOW, I.M. SHELDON y W. MCGUIRE, “The Revival of Economic Nationalism and the Global Trading System”, *Cardozo Law Review*, n.º. 40, 2019, pp. 2147-2153.

¹³ Y que han llevado, por ejemplo, a que el incremento del 4.7% del volumen de transacciones comerciales mundiales producido en 2017 se viera ralentizado hasta el 2,9% en 2018, y el 2,6% en 2019 y 2020. Al respecto, vid., OMC, “El crecimiento del comercio mundial pierde impulso en tanto que persisten las tensiones comerciales”, Comunicado de Prensa, PRESS/837, https://www.wto.org/spanish/news_s/pres19_s/pr837_s.htm.

¹⁴ WTO, World Trade Statistical Review 2019 Chapter III World trade developments, 2018 -2019, p. 18, https://www.wto.org/english/res_e/statis_e/wts2019_e/wts2019chapter03_e.pdf.

¹⁵ UNCTAD, *World Investment Report 2019. Special Economic Zones*, Nueva York y Ginebra, UNCTAD, 2019, p. 2.

¹⁶ UNCTAD, Global investment flows flat in 2019, moderate increase expected in 2020, <https://unctad.org/en/pages/news-details.aspx?OriginalVersionID=2274>

¹⁷ L. BOONE, OECD Interim Economic Outlook. Coronavirus: The World Economy at risk, 2.3.2020, <http://www.oecd.org/perspectivas-economicas/marzo-2020/>

¹⁸ Vid. UNCTAD, “Impact of the Coronavirus Outbreak on Global FDI”, *Investment Trends Monitor*, March 2020, Special Issue, p. 1.

¹⁹ Vid. UNCTAD, “Impact of the COVID-19 Pandemic on Global FDI and GVCs”, *Investment Trends Monitor*, March 2020, Special Issue, pp. 1 y 2.

²⁰ Para un análisis en profundidad de estos cambios, vid. C. ESPLUGUES, *Foreign Investment, National Security and Strategic Assets*, Cambridge, intersentia, 2018, pp. 19-27.

²¹ El segundo, si lo unimos a Hong Kong –US\$92 billones-. Vid. UNCTAD, “Global FDI Flows Slip in 2016. Modest Recovery Expected in 2017”, *Global Investment Trends Monitor*, n.º. 25, 1.2.2017, p. 3.

²² Con un total de US\$383 billones. Vid. UNCTAD, *World Investment Report 2017...*, cit., p. viii.

²³ UNCTAD, *World Investment Report 2019...*, cit., p. 4.

- 2) Adicionalmente, el aumento constante de los flujos inversores mundiales se ha acompañado de una alteración importante en su distribución sectorial. Si en la década de los 70 del siglo pasado, la inversión en el sector servicios llegaba tan sólo al 25% del global inversor, 3 décadas más tarde supone cerca de dos tercios de éste. Habiéndose generado, además, un aumento importante de la inversión proveniente de economías menos desarrolladas y emergentes en sectores clave, como la energía o las telecomunicaciones²⁴.
- 3) A su vez, el auge de la inversión extranjera aparece vinculado a la aparición y consolidación de actores globales. La liberalización del comercio internacional y de los flujos de capital e inversiones, y con ello el propio proceso de globalización, aparecen directamente vinculados a la existencia de sociedades que actúan de manera global. Las denominadas empresas multinacionales se presentan como los vehículos más importantes para el desarrollo de las transacciones económicas internacionales²⁵, canalizando la mayoría de las operaciones de inversión internacional²⁶. Significativamente, estas sociedades ya no se encuentran exclusivamente vinculadas, como antaño, a los países desarrollados.
- 4) Algunas de estas empresas, además, son propiedad de Estados extranjeros o aparecen controladas por éstos, pudiendo recibir apoyo gubernamental de diversa índole en su proceso de expansión internacional²⁷. A pesar de que su número se ha estabilizado, y de que el valor de su actividad en el ámbito de las fusiones y adquisiciones en el extranjero se ha reducido desde 2017 en un 4% interanual²⁸, la UNCTAD recalca el papel jugado por ellas en los ámbitos del comercio y de las inversiones internacionales²⁹.

Llamativamente, y este es un dato relevante en estos tiempos de pugna geoestratégica, más de la mitad de estas empresas estatales se encuentran localizadas en economías emergentes o menos desarrolladas, siendo la RPC el país que cuenta con un mayor número³⁰. De hecho, en 2015, las 12 empresas más importantes de este país eran estatales³¹. Y, en esta misma línea resulta destacable que 3 de las 5 empresas más grandes del mundo, *Sinopec Group*, *China National Petroleum* y *State Grid* –respectivamente la 2ª, 4ª y 5ª– son empresas estatales de la RPC³².

²⁴ K.P. SAUVANT, W.A. MASCHKE y G. MCALLISTER, “Foreign Direct Investment by Emerging Market Multinational Enterprises, the Impact of the Financial Crisis and Recession, and Challenges Ahead”, en K.P. SAUVANT, G. MCALLISTER y W.A. MASCHKE (eds.), *Foreign Direct Investments from Emerging Markets. The Challenges Ahead*, New York, Palgrave Macmillan, 2010, p. 5.

²⁵ A. NOVIK, “Investment, investment, investment...”, en OECD, *How international investment is shaping the global economy. Social, economic, and policy perspectives*, Paris, OECD, 2015, p. 5.

²⁶ Nótese, L. PÁEZ, *Liberalizing Financial Services and Foreign Direct Investment. Developing a Framework for Commercial Banking FDI*, New York, Palgrave Macmillan, 2011, p. 30; K.P. SAUVANT y F. ORTINO, *Improving the International Investment Law and Policy Regime: Options for the Future*, Helsinki, Ministry for Foreign Affairs of Finland, 2013, p. 17; M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, CUP, 3ª ed., 2010, pp. 61-63; A. BITZENIS, “Globalization and Foreign Direct Investment”, *cit.*, p. 20.

²⁷ Especialmente significativa en este sentido es la campaña “Go Global China” favorecida por el Gobierno de la RPC (China offers fresh support for outbound investment, Reuters, 24.12.2014 <https://www.reuters.com/article/us-china-economy-investment/china-offers-fresh-support-for-outbound-investment-idUSKBN0K20S120141224>). La campaña, iniciada en 1999, ha contado con varias fases y tiene entre sus elementos más relevantes, la inversión en el extranjero (vid. CHINA POLICY, *China Going Global. Between ambition and capacity*, Beijing, China Policy, 2017, p. 3 y ss).

²⁸ UNCTAD, *World Investment Report 2019...*, *cit.*, p. xi.

²⁹ Se habla, así, de que un número próximo a las 1.500 empresas multinacionales son ahora propiedad de los Estados, lo que supone un 1,5% del global mundial de empresas multinacionales, controlando, sin embargo, cerca de 86.000 filiales en todo el mundo, en torno al 10% del total de filiales de estas sociedades. Vid. UNCTAD, *World Investment Report 2019...*, *cit.*, p. xi; UNCTAD, *World Investment Report 2017...*, *cit.*, p. xi.

³⁰ K.P. SAUVANT, W.A. MASCHKE y G. MCALLISTER, “Foreign Direct Investment by Emerging Market...”, *cit.*, pp. 3-7.

³¹ Como igualmente lo fueron más de la mitad de las empresas de este país presentes en el *2012 Fortune Global 500*. Vid. “China’s Global 500 companies are bigger than ever—and mostly state-owned”, *Fortune*, 22.7.2015, <http://fortune.com/2015/07/22/china-global-500-government-owned/>. Nótese, M. DU, “The Regulation of Chinese State-owned Enterprises in National Foreign Investment Laws: A Comparative Analysis”, *Global Journal of Comparative Law*, nº. 5, 2016, pp. 119-120; L.-W. LIN y C.J. MILHAUPT, “We Are the (National) Champions: Understanding the Mechanisms of State Capitalism in China”, *Stanford Law Review*, nº. 65, 2013, pp. 699-700 o S. HU, “Clash of Identifications: ‘State Enterprises’, in International Law”, *UC Davis Business Law Journal*, nº. 19, 2019, pp. 173-177.

³² Vid., <https://www.fortuneenespanol.com/rankings/ranking-fortune-global-500-2019/>

La naturaleza soberana de la inversión, propia de la realidad inversora actual, genera dudas adicionales que afectan, de forma creciente, a la posición mantenida por algunos Estados respecto de ellas, y de su regulación³³. Las dudas sobre su gestión con base en criterios estrictamente económicos, sobre la ausencia de condiciones de igualdad con el resto de operadores económicos, o del ofrecimiento de reciprocidad real para los inversores extranjeros en el territorio de los Estados que controlan estas empresas, condiciona la aproximación a ellas³⁴. Y esto se reputa no sólo respecto del papel jugado por las empresas estatales sino, también, por el desarrollado por otras entidades soberanas no menos relevantes como son los Fondos Soberanos, instrumentos al servicio de los Estados que cuentan con una capacidad económica muy superior, en ocasiones, a la de muchas economías nacionales³⁵, y cuya regulación, objetivos y gestión resulta tan insatisfactoria como opaca³⁶.

7. Todo este novedoso panorama se desarrolla, además, en el marco de un cambio de actitud hacia las inversiones extranjeras, y tiene un impacto directo en la posición mantenida por algunos Estados en relación con ellas, proyectándose en el creciente escrutinio que reciben las provenientes de ciertos países, o realizadas a través de determinados operadores económicos³⁷.

8. De forma cada vez más habitual se incide en la necesidad del Estado de “*garantizar la protección de los objetivos legítimos en el ámbito de las políticas públicas cuando dichos objetivos se vean amenazados por inversiones extranjeras*”³⁸. Esta posición de prevención hacia ciertas inversiones extranjeras se manifiesta, por ejemplo, en el carácter crecientemente restrictivo de la legislación sobre inversiones extranjeras. Resulta, así, significativo, por ejemplo, que en 2018 un total de 55 economías reformasen sus regulaciones en la materia, promulgando 112 medidas de las que, en contraste con lo ocurrido en épocas anteriores³⁹, más de un tercio recogían restricciones a las inversiones extranjeras. La cifra más alta de las dos últimas décadas. Estas restricciones pivotan en muchos casos en torno a la idea de seguridad nacional, y se focalizan en los sectores de infraestructuras críticas, tecnologías esenciales y otros sectores económicos sensibles⁴⁰.

³³ Nótese, C. ESPLUGUES, *Foreign Investment...*, cit., pp. 183-184 y 218-219. Igualmente, K.P. SAUVANT, “The Regulatory Framework for Investment: Where Are We Headed?”, en R. RAMAMURTI y N. HASHAI (eds.), *The Future of Foreign Direct Investment and the Multinational Enterprise*, Research in Global Strategic Management (Vol. 15), Bingley, Emerald Books, 2011, p. 411. Respecto del caso concreto de la RPC y de su acceso privilegiado a financiación pública, vid. M. DU, “The Regulation of Chinese State-owned Enterprises...”, cit., pp. 123-124.

³⁴ Algo que preocupa especialmente a la UE. Al respecto, C. ESPLUGUES MOTA, *El control de las inversiones extranjeras directas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 455 y 456; M. DU, “The Regulation of Chinese State-owned Enterprises...”, cit., pp. 123-125.

³⁵ De forma muy gráfica cabe mencionar que el Fondo Soberano del Reino de Noruega, el denominado *Norway Government Pension Fund Global*, el primero del mundo en capitalización, cuenta a fecha de 2020 con un capital de US\$1,186,670,000,000 (vid. <https://www.swfinstitute.org/fund-rankings/sovereign-wealth-fund>). Esta cantidad es prácticamente cuatro veces el presupuesto de la India (https://www.theglobaleconomy.com/India/government_spending_dollars/) o 22 veces el presupuestos del Perú de 2020 (https://www.mef.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=2327&Itemid=101878&lang=es).

³⁶ Una aproximación global a este fenómeno se encuentra en C. ESPLUGUES, *Foreign Investment...*, cit., p. 189 y ss. También, B. DE MEESTER, *International Legal Aspects of Sovereign Wealth Funds: Reconciling International Economic Law and the Law of State Immunities with a New Role of the State*, Lovaina, Centre for Global Governance Studies Institute for International Law, Working Paper No 20, enero de 2009, p. 14 y ss.

³⁷ Con carácter general, vid. C. ESPLUGUES MOTA, *El control de las inversiones...*, cit., pp. 27-52.

³⁸ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión. Orientaciones dirigidas a los Estados miembros en relación con las inversiones extranjeras directas y la libre circulación de capitales de terceros países, así como la protección de los activos estratégicos de Europa, antes de la aplicación del Reglamento (UE) 2019/452 (Reglamento para el control de las inversiones extranjeras directas)* (2020/C 99 I/01), DO C 99, de 26.3.2020, p. 1.

³⁹ Estas cifras contrastan con las de apenas 4 años antes. En 2014, 37 países diferentes adoptaron 63 medidas diversas en relación con las inversiones: 43 estaban destinadas a favorecer y liberalizar la inversión extranjera, facilitándola o fomentándola. Mientras que sólo 9 incluyeron restricciones en su regulación. Vid., UNCTAD, *World Investment Report 2015*, cit., p. 102.

⁴⁰ UNCTAD, *World Investment Report 2019...*, cit., p. xi.

2. El incremento de la prevención hacia el proceso de globalización.

9. Este auge de normativa nacional tendente a limitar o controlar los flujos inversores extranjeros⁴¹ constituye un síntoma adicional de un proceso que cuenta con múltiples manifestaciones⁴². La globalización, al igual que el libre comercio y la libertad de circulación de capitales e inversiones, es objeto hoy de críticas por parte de amplios sectores de la sociedad en muchos lugares del planeta⁴³, y ello tiene un efecto directo en el *status quo* normativo. La liberalización de las inversiones extranjeras se ha producido históricamente de forma unilateral, a partir de la aceptación por parte del Estado receptor de sus beneficios. Sin embargo, la actitud positiva en relación con ellas de los últimos años coexiste, en estos momentos, con un creciente recurso a ideas que tienden a limitarlas, o al menos a condicionarlas.

10. Este movimiento, además, se produce en muchos Estados con independencia de su grado de desarrollo y localización. No deja de resultar irónico que algunas economías desarrolladas, aquellas que han apoyado históricamente estas libertades y se han beneficiado más de ellas, cuestionan hoy las pretendidas ventajas del libre comercio y del libre flujo de inversiones⁴⁴ -tanto la recepción de flujos inversores directos como su emisión-, impugnando su marco normativo, y optando por soluciones unilaterales de marcada naturaleza nacionalista⁴⁵.

11. En la actualidad, y en comparación con las situación existente hace escasos años, distintas economías emergentes invierten de forma constante y amplia en los países desarrollados, algunos de los cuales observan con preocupación cómo, gracias al largo proceso de privatización desarrollado por ellos a finales del siglo pasado –acentuado por la crisis económica del último decenio–, importantes sectores de su economía anteriormente propiedad del Estado, o controlados por él, pertenecen ahora a entidades privadas que gestionan servicios e infraestructuras calificadas en muchas ocasiones como “críticas”⁴⁶. Y que la posibilidad de que estos sectores -o empresas de referencia del Estado receptor de la inversión⁴⁷- caigan bajo control extranjero, mediante su adquisición por un inversor foráneo, es real⁴⁸.

12. Este control extranjero, posible o efectivo, sobre algunos ámbitos de la actividad económica nacional considerados vitales para el Estado y su funcionamiento –como energía, telecomunicaciones, transporte o agua–, se entiende en múltiples países receptores de inversión extranjera que puede tener implicaciones directas y negativas para su seguridad nacional, sus intereses esenciales o nociones similares⁴⁹. Las afirmaciones de la Comisión Europea, en el marco de la crisis del COVID-19, en relación con la necesidad de ser vigilantes con ciertas inversiones foráneas calificadas como “*compras preda-*

⁴¹ Vid. UNCTAD, *Investment Policy Monitor*, April 2019, n.º. 23, p. 1, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepc-binf2020d1_en.pdf.

⁴² Al respecto, C. ESPLUGUES, “Introduction: The Changing Course of FDI and of Investment Arbitration”, en C. ESPLUGUES (ed.), *Foreign Investment and Investment Arbitration in Asia*, Cambridge, intersentia, 2019, p. 8 y ss.

⁴³ K.P. SAUVANT, *The International Investment Law and Policy Regime: Challenges and Options, The E15 Initiative Strengthening the Global Trade System*, Geneva, E15 Task Force on Investment Policy. Overview Paper, May 2015, p. 6.

⁴⁴ Al respecto, K.P. SAUVANT, “Driving and Countervailing Forces: A Rebalancing of National FDI Policies”, *Yearbook on International Investment Law & Policy*, 2008-2009, p. 244. Igualmente, J.E. ALVAREZ, “Contemporary Foreign Investment Law: An ‘Empire of Law’ or the ‘Law of Empire’?”, *Alabama Law Review*, n.º. 60, 2009, p. 970.

⁴⁵ J.E. ALVAREZ, “Contemporary Foreign Investment Law...”, *cit.*, p. 970 y ss.

⁴⁶ Una noción, la de infraestructuras críticas, que no hace sino ampliarse constantemente, OCDE, *Protection of “Critical Infrastructure” and the Role of Investment Policies Relating to National Security*, Paris, OCDE, mayo de 2008, p. 5; C. ESPLUGUES, *Foreign Investment*, ..., *cit.*, pp. 106-114.

⁴⁷ K.P. SAUVANT, “Driving and Countervailing Forces...”, *cit.*, pp. 240-243.

⁴⁸ UNCTAD, *The Protection of National Security in IIAs*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, UNCTAD/DIAE/IA/2008/5, Nueva York/Ginebra, UNCTAD, 2009, p. xv.

⁴⁹ Respecto del significado de estos términos vid. C. ESPLUGUES MOTA, “Otra novedosa y relevante dimensión de la seguridad: la seguridad nacional como límite al libre comercio y a la libre circulación de inversiones”, en S. BARONA VILAR (ed.), *Claves de la justicia penal. Feminización, inteligencia artificial, supranacionalidad y seguridad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 593 y ss.

torias de activos estratégicos por parte de inversores extranjeros”⁵⁰, y su invitación a utilizar todos los mecanismos disponibles para prevenir potenciales inversiones ventajistas en sectores críticos de la economía europea, constituyen toda una declaración de principios al respecto: “*Member States need to be vigilant and use all tools available at Union and national level to avoid that the current crisis leads to a loss of critical assets and technology. This includes tools like national security screening and other security related instruments. The Commission will guide Member States ahead of the application of the Foreign Direct Investment Screening Regulation*”⁵¹.

II. Los potenciales riesgos generados por la inversión extranjera en el país receptor y sus consecuencias en el plano normativo

13. El debate en torno a las inversiones extranjeras directas se ha focalizado tradicionalmente en sus potenciales beneficios o perjuicios económicos y sociales para el Estado receptor. Sin embargo, y sin ser éste totalmente abandonado, en los últimos tiempos se ha comenzado a incidir, también, en los eventuales riesgos que la inversión extranjera puede entrañar para la seguridad nacional y los intereses esenciales del país destinatario de ella. Al menos, de cierta inversión proveniente de determinados países, dotada de la condición soberana o dirigida a concretos sectores de la economía⁵².

14. Las discusiones socioeconómicas que acompañan tradicionalmente a la problemática de las inversiones extranjeras se ven en estos momentos afectadas por la pugna geopolítica global en un momento de cambios tecnológicos, y por un inestable entorno social en muchos lugares. El potencial control de ciertas áreas clave de la economía al que pueden conducir⁵³ favorece su “weaponization”⁵⁴, que quedaría reflejada, por ejemplo en el uso plural de los diez sectores prioritarios en los que se focaliza el plan “Made in China 2025” lanzado por el Gobierno de la RPC y que expresamente incluye inversiones en el extranjero en los sectores de inteligencia artificial, robótica, biomedicina y productos médicos de primera línea, algunos de ellos susceptibles de contar con un doble uso y carentes generalmente de reciprocidad⁵⁵.

15. Un número creciente de países, incluidos los más desarrollados, está reevaluando los costes y los beneficios que les reporta la inversión foránea, y comienzan a concluir que no toda ella es necesariamente positiva para sus economías, o para la promoción de sus intereses como Estado⁵⁶. Planteándose si es aceptable que elementos básicos de su economía, o industrias de gran relevancia, puedan ser controlados por inversores foráneos, en algunos casos vinculadas a naciones extranjeras que no necesariamente comparten sus principios sociales, económicos o, incluso, democráticos, y que en ocasiones, como decimos, pueden actuar por criterios meramente políticos o geoestratégicos, y no estrictamente comerciales o económicos⁵⁷.

⁵⁰ *Ibid.*, Anexo, núm. 4, p. 5.

⁵¹ EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Central Bank, the European Investment Bank and the Euroroup. Coordinated economic response to the COVID-19 Outbreak*, COM(2020) 112 final, Brussels, 13.3.2020, p. 2, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-coordinated-economic-response-covid19-march-2020_en.pdf.

⁵² C. ESPLUGUES, *Foreign Investment*, ..., cit., pp. 64-67.

⁵³ OECD, *Interim report approved by the OECD Investment Committee at the fourth OECD Roundtable on Freedom of Investment, National Security and ‘Strategic’ Industries on 30 March 2007*, reproducido en OECD, *International Investment Perspectives: Freedom of Investment in a Changing World*, Paris, OECD, 2007, p. 54.

⁵⁴ J. WAKELY y A. INDORF, “Managing national security risk in an open economy: Reforming the committee in foreign investment in the united states”, *Harvard National Security Journal*, nº. 9-2, 2018, p. 26.

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 24-25.

⁵⁶ K.P. SAUVANT, *FDI Protectionism Is on the Rise...*, cit., pp. 7 y 14.

⁵⁷ De hecho, este último dato adquiere una relevancia exponencial en nuestros días. Al respecto, por ejemplo, *vid.*, en relación con China, FEDERAL MINISTRY FOR ECONOMIC AFFAIRS AND ENERGY, *National Industrial Strategy 2030. Strategic guidelines for a German and European industrial policy*, Berlin, Federal Ministry for Economic Affairs and Energy. Public Relations Division, 2019, p. 8.

16. En el proceso de búsqueda de estos nuevos equilibrios en el ámbito de las inversiones extranjeras⁵⁸, la percepción del peligro potencial de las IEDs para el país de su recepción fomenta, como una de sus consecuencias, la articulación de un discurso de securitización en un ámbito en el que esta dimensión estaba presente de manera muy marginal. E incide directamente en la actitud mantenida por los Estados hacia ellas, y en su regulación⁵⁹.

1. Los riesgos latentes de la inversión extranjera

17. La atmósfera de securitización característica de la moderna sociedad del miedo crea dudas adicionales en torno a la libre circulación de inversiones, ayudando a alterar significativamente la forma en que ésta es aproximada por el legislador en algunos países⁶⁰. Para un número representativo de ellos, la respuesta legislativa aportada en el ámbito de las inversiones extranjeras ya no puede limitarse a gestionar sus flujos. Los objetivos son superiores a ello en número y complejidad. Se trata de asegurar su compatibilidad con la protección y salvaguarda de determinados valores, políticas y objetivos del Estado destinatario de aquella⁶¹.

18. Se habla, así, de la presencia de distintos peligros de índole diversa para la seguridad nacional, o para los intereses esenciales de la seguridad del Estado receptor. Riesgos que, en la práctica, se ven modulados por la realidad de cada uno de ellos⁶². Se mencionan, entre otros, la posibilidad de que el país en que esté radicada la empresa adquirida devenga dependiente de un proveedor de bienes o servicios que se consideran cruciales para el normal funcionamiento del Estado receptor. O el peligro de que determinadas fusiones y adquisiciones puedan implicar una transferencia de ciertas tecnologías o conocimientos punteros a una entidad controlada por capital extranjero que, amén de aprovecharse del I+D+I nacional podría, posteriormente, ser utilizada por dicha empresa o por un gobierno extranjero de forma contraria a los intereses nacionales del país receptor de la inversión. O, incluso, generar cierta capacidad de infiltración, vigilancia o sabotaje en la prestación de determinados servicios o bienes que se entienden cruciales para el normal funcionamiento de la economía del país receptor de la inversión⁶³.

19. Algunas de estas amenazas quedan ahora patentes con ocasión de la crisis de COVID-19. La Comisión Europea, en su Comunicación de marzo de 2020, aunque focalizándose en el sector de la salud, alerta de los peligros generados por las denominadas “compras” predatorias de “*activos estratégicos por parte de inversores extranjeros (por ejemplo, con el fin de limitar el suministro al mercado de la UE de una determinada mercancía o un determinado servicio)*”. Peligro que podría justificar, se dice, la adopción de ciertas medidas restrictivas a la inversión extranjera “*necesarias para garantizar la se-*

⁵⁸ En relación con ellos, vid. C. ESPLUGUES MOTA, “Inversiones extranjeras y arbitraje de inversiones: dos dogmas de la modernidad sometidos a revisión”, en C. ESPLUGUES MOTA, *Tratado de inversiones extranjeras y arbitraje de inversiones en Iberoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 78-86.

⁵⁹ Vid. C. ESPLUGUES, “Introduction...”, *cit.*, pp. 19-21.

⁶⁰ Sobre la noción de “sociedad del miedo” y el discurso de la seguridad, vid., por todos, S. BARONA VILAR, *Proceso penal desde la Historia. Desde su origen hasta la sociedad global del miedo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 471 y ss.

⁶¹ OECD, *Novel Features in OECD Countries' Recent Investment Agreements: An Overview*, Paris, OECD, 2005, p. 4, n.º 11; A. S. VADI, “Fragmentation or Cohesion? Investment versus Cultural Protection Rules”, *Journal of World Investment and Values*, n.º. 10, 2009, p. 579 y ss.; C. ESPLUGUES, *El control de las inversiones...*, *cit.*, pp. 38-40.

⁶² TH. H. MORAN, “Foreign Acquisitions and National Security: What are Genuine Threats? What Are Implausible Worries?”, en Z. DRABEK y P.C. MAVROIDIS (eds), *Regulation of Foreign Investment Challenges to International Harmonization*, World Studies in International Economics (Vol. 21), Nueva York, Columbia University, 2013, p. 378; C. ESPLUGUES, *Foreign Investment...*, *cit.*, p. 166 y ss.; A. HEINEMANN, “Government Control of Cross-Border M&A: Legitimate Regulation or Protectionism? Control of Cross-Border M&A”, *Journal of International Economic Law*, n.º. 15-4, 2012, pp. 861-863; K.P. Sauvart, “Driving and Countervailing Forces...”, *cit.*, p. 233.

⁶³ TH. H. MORAN, *Chinese Foreign Direct Investment in Canada: Threat or Opportunity?*, Ottawa, Canadian Council of Chief Executives/Conseil Canadien des Chefs d'Enterprise, Marzo de 2012, pp. 5-6. Sobre los criterios para evaluar la realidad de estos riesgos, vid. C. ESPLUGUES MOTA, “Securitización e inversiones extranjeras: control del riesgo de ciertas inversiones para la seguridad nacional del Estado”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, n.º. 12, 2019, p. 131 y ss.

*guridad del suministro (por ejemplo, en el ámbito de la energía) o la prestación de servicios esenciales si otras medidas menos restrictivas ... no bastan para hacer frente a una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad”*⁶⁴.

20. En todo caso, y dejando de lado el estricto impacto económico, político o social que pueda tener una concreta operación inversora en la economía del país al que se dirige, el tratamiento de las inversiones extranjeras desde una perspectiva de seguridad plantea igualmente la necesidad de diferenciar entre lo que en sentido estricto constituyen riesgos auténticos para la seguridad nacional, el orden público o los intereses esenciales de la seguridad del Estado receptor de la inversión, de lo que son meras excusas para justificar la adopción por parte del Estado de distintas medidas proteccionistas⁶⁵. Algo que no es fácil *a priori*, y que en ocasiones se ve separado por una muy tenue línea argumental. La mención que realiza la Exposición de Motivos del Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, sobre Transacciones Económicas con el Exterior⁶⁶ a la amplia noción de “*defensa de la soberanía nacional en el caso de las inversiones extranjeras en España*”, un concepto vinculado a la idea de soberanía económica, más amplio que el de seguridad nacional, sería un ejemplo de ello⁶⁷.

21. En este sentido, ya en 2006, la OCDE apuntaba que los “Issues of security and other strategic concerns have moved to the forefront of domestic and international investment policy making”⁶⁸. Alertando más recientemente, tanto sobre la práctica de un “hidden protectionism” por parte de algunos Estados, como del abuso de políticas protectoras basadas, entre otros elementos, en la protección de la seguridad nacional o factores de similar índole⁶⁹. Las cifras que maneja la UNCTAD, en su informe sobre las inversiones extranjeras de 2018, apuntando que ese año se bloquearon, o tuvieron que abandonarse, en distintos lugares del planeta, 22 operaciones relevantes de fusión y adquisición de empresas por motivos legales o políticos, el doble que en 2017⁷⁰, son significativas en este sentido.

2. La presencia de un marco regulador de los flujos inversiones internacionales directamente vinculado a la figura del Estado

22. Esta nueva aproximación a las inversiones extranjeras en una atmósfera crecientemente crítica hacia la globalización, se produce en un entorno normativo internacional caracterizado por su condición fragmentada y plural en cuanto a sus fuentes⁷¹, y por el carácter limitado, parcial y formalmente desestructuradas de sus soluciones⁷².

⁶⁴ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión...*, cit., Anexo, núm. 4, p. 5.

⁶⁵ C. ESPLUGUES MOTA, *El control de las inversiones...*, cit., p. 50-52.

⁶⁶ BOE de 27.12.1991.

⁶⁷ Sobre la condición plural y multidimensional de la noción de “seguridad nacional”, vid. C. ESPLUGUES MOTA, *El control de las inversiones...*, cit., pp. 119-127.

⁶⁸ OCDE, *International Investment Perspectives*. 2006 Edition, Paris, OCDE, 2006, p. 32.

⁶⁹ OCDE, *Roundtable on Freedom of Investment 20. 19 March 2014 Summary of Roundtable discussions by the OECD Secretariat*, Paris, OCDE, 2014, p. 9.

⁷⁰ UNCTAD, *World Investment Report 2019...*, cit., p. xi.

⁷¹ Y por su condición fragmentada e híbrida, vid. R.A. LORZ, “Fragmentation, consolidation and the future relationship between international investment law and general international law”, en F. BAETENS (ed.), *Investment Law within International Law. Integrationist Perspectives*, Cambridge, CUP, 2013, pp. 483-484; J. KURTZ, “A General Investment Agreement...”, cit., p. 718; J. PAUWELYN, “Rational Design or Accidental Evolution? The Emergence of International Investment Law”, en Z. DOUGLAS, J. PAUWELYN y J.E. VIÑALES (eds.), *The Foundations of International Investment Law Bringing Theory into Practice*, Oxford, OUP, 2014, pp. 14-18.

⁷² P. SAUVÉ, “Multilateral Rules on Investment: Is Forward Movement Possible?”, *Journal of International Economic Law*, n.º 9-2, 2006, pp. 328-340; E. CHALAMISH, “The Future of Bilateral Investment Treaties: A De Facto Multilateral Agreement?”, *Brooklyn Journal of International Law*, n.º 34, 2009, pp. 306-307; R. GEIGER, “Towards a Multilateral Agreement on Investment”, *Cornell International Law Journal*, n.º 31, 1998, p. 467 y ss., especialmente 469-475. También, J.W. SALACUSE, “The Treatification of International Investment Law”, *Law and Business Review of the Americas*, n.º 3, 2007, p. 156.

23. Los intentos de reglamentar las inversiones en el marco de un régimen jurídico internacional del comercio más amplio y abarcador han sido baldíos, y su regulación en el seno del entramado normativo sobre comercio internacional resulta reducida y tangencial⁷³. El propio Tribunal Internacional de Justicia se sorprendía en su sentencia de 5 de febrero de 1970 en el asunto *Barcelona Traction Light and Power* de cómo, a pesar del crecimiento “*of foreign investments and the expansion of the international activities of corporations, in particular of holding companies, which are often multinational, and considering the way in which the economic interests of States have proliferated, ... the evolution of law has not gone further and that no generally accepted rules in the matter have crystallized on the international plane.*”⁷⁴.

24. El fracaso de los diversos ensayos de establecer un régimen jurídico internacional organizado y omnicompreensivo sobre inversiones extranjeras ha favorecido el afianzamiento de un proceso acelerado de “*treatification*”⁷⁵, plasmado en la negociación de textos bilaterales y multilaterales en este ámbito.

Una evolución que, aunque ha dado unos resultados muy positivos en un relativo escaso margen de tiempo, ha consolidado la fragmentación del marco regulador⁷⁶, marcada por la pluralidad de fuentes y la falta de consistencia y previsibilidad⁷⁷. En él se combinan un conjunto limitado de soluciones multilaterales, fundamentalmente vinculadas a las escasas normas sobre inversiones recogidas en el entramado jurídico sobre el que se articula la OMC⁷⁸, con una respuesta esencialmente bilateral⁷⁹. A fecha de 2020 se habla de 2902 Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRIs) concluidos, de diferente origen, naturaleza, ámbito y partes involucradas, de los que 2343 están en vigor, frente a 390 acuerdos de libre comercio (ALCs) con disposiciones sobre inversiones extranjeras, de los que hay 319 en vigor⁸⁰. Textos que, amén de presentar diferencias en cuanto a su contenido, carecen de una interpretación uniforme.

25. En todo caso, esta red de tratados debe considerarse junto con las escasas normas consuetudinarias existentes en la materia⁸¹. A ellas se unen, igualmente, ciertos principios generales del Derecho

⁷³ Vid. M. WU, “The Scope and Limits of Trade’s Influence in Shaping the Evolving International Investment Regime”, en Z. DOUGLAS, J. PAUWELYN y J.E. VIÑALES (eds.), *The Foundations...*, cit., pp. 169–170.

⁷⁴ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd (Belgium v. Spain)*, 1970 ICJ 1, pp. 47–48, n.º. 89.

⁷⁵ J.W. SALACUSE, “The Treatification of International...”, cit., pp. 156–157.

⁷⁶ R.A. LORZ, “Fragmentation, consolidation...”, cit., pp. 483–484; J. PAUWELYN, “Rational Design or Accidental Evolution? ...”, cit., pp. 14–18; J.W. SALACUSE, “The Treatification of International...”, cit., p. 157.

⁷⁷ P.T. MUCHLINSKI, “Corporations and the Uses of Law: International Investment Arbitration as a ‘Multilateral Legal Order’”, *Oñati Socio-Legal Series*, n.º. 1–4, 2001, p. 6. Acusándolo, igualmente, de falta de legitimidad. Vid. F. WEISS, “Trade and Investment Law: What Relations?”, en G. SACERDOTI, con P. ACCONCI, M. VALENTI y A. DE LUCA (eds.), *General Interests of Host States in International Investment Law*, Cambridge, CUP, 2014, pp. 79–80.

⁷⁸ Vid. C. ESPLUGUES, *Foreign Investment...*, cit., pp. 37–42; E. CHALAMISH, “The Future of Bilateral Investment Treaties...”, cit., p. 311; M. VOCKE, *Investment Implications of Selected WTO Agreements and the Proposed Multilateral Agreement on Investment*, IMF Working Paper WP/97/60, Geneva, IMF Office in Geneva, 1997, p. 6. Una posición más positiva hacia el tratamiento de las inversiones en el sistema de la OMC puede encontrarse en D. STEGER, “International Trade and Investment: Towards a Common Regime?”, en R. ECHANDI y P. SAUVÉ, *Prospects in International Investment Law and Policy World Trade Forum*, Cambridge, CUP, 2013, p. 160 y ss.

⁷⁹ K.J. VANDEVELDE, “A Brief History of International Investment Agreements”, en K.P. SAUVANT y L. SACHS, *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, Oxford, OUP, 2009, p. 39. Igualmente, D. STEGER, “International Trade and Investment...”, cit., p. 157.

⁸⁰ Vid. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

⁸¹ Básicamente que el Estado tiene el derecho a controlar las inversiones extranjeras dirigidas a su economía, que es necesario ofrecer a los extranjeros y a sus propiedades un “estándar mínimo de tratamiento”, y que cuando la propiedad es expropiada por el Estado resulta necesario el pago de una indemnización, sin que exista acuerdo sobre la forma en que ésta debe ser exactamente calculada. Considérese, I.S. ESIS VILLAROE, *La Expropiación en el Sistema Internacional de Protección de Inversiones Extranjeras*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 172 y ss.; R. KLÄGER, *Fair and Equitable Treatment’ in International Investment Law*, Cambridge, CUP, 2011, pp. 18–20 y 265–270; T. GAZZINI, “The Role of Customary International Law in the Field of Foreign Investment”, *The Journal of World Investment & Trade*, n.º. 10, 2007, pp. 694–701 y 710–714; P. JUILLARD, “L’évolution des sources du droit des investissements”, *Recueil des Cours*, 1994–1, pp. 76–82; M. SORNARAJAH, *The International Law...*, cit., pp. 82–85, 88–90, 119–120 y 328; I. TUDOR, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford, OUP, 2008, p. 60 y ss.; A. NEWCOMBE y L.L. PARADELL, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2009, p. 235 y ss.; P. DUMBERRY, “Has the Fair and Equitable Treatment Standard Become a Rule of Customary International Law?”, *Journal of International Dispute Settlement*, n.º. 7, 2016, p. 19 y

Internacional⁸², y el conjunto de decisiones arbitrales y sentencias dictadas en esta materia⁸³, así como ciertas normas de *soft law*⁸⁴. Amén de lo previsto en la regulación nacional de cada país que, en muchos casos, ha tenido como objetivo primordial, hasta el momento, la creación de un entorno normativo favorable para la inversión extranjeras como medio para su atracción⁸⁵.

26. El entramado normativo apuntado dibuja un entorno regulatorio diseñado mayoritariamente por los países exportadores de capital⁸⁶. Categoría que, hoy, significativamente, engloba a países desaholados, y a algunos que no contaban con tal condición con anterioridad.

Un marco normativo que, en todo caso, pone de relieve el papel de los Estados en el proceso de su concreción. Ellos son los que de manera voluntaria han articulado el elenco de tratados existente y pueden, consecuentemente, concluir nuevos acuerdos, mantener los actuales, reformarlos o denunciarlos. Y ellos son los que siguen contando con la capacidad para promulgar normas estatales en la materia que se verán confrontadas con el único límite del marco normativo internacional existente que, como hemos apuntado, resulta parcial y no especialmente claro. Y que hoy, además, parece encontrarse en una aguda fase de transición, influido por ciertos cambios de calado que inciden en la realidad de las inversiones extranjeras en el plano global y afectan, en última instancia, a su regulación⁸⁷.

27. Ningún Estado ha mantenido nunca una política de aceptación sin restricciones de las inversiones extranjeras. Siempre se ha impuesto algún tipo de límite. A partir de esta aseveración, y en el marco del incremento sostenido de los flujos globales de inversión extranjeras que ha caracterizado a las últimas décadas, algunos Estados y actores políticos comienzan a plantearse, por ejemplo, sí el amplio entramado convencional en materia de inversiones extranjeras existente no ha supuesto para ellos renunciar a un volumen excesivo de soberanía y, por ende, una coerción del ejercicio de sus funciones soberanas. Máxime cuando la interpretación de estos acuerdos a través, fundamentalmente del arbitraje, ha favorecido un “regulatory chill” en relación con distintas medidas adoptadas por el legislador nacional, que se entienden imprescindibles para alcanzar ciertos objetivos legítimos del Estado, no sólo en

ss. Vid. igualmente el laudo CIADI dictado el 11.10.2002 en el asunto *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, <http://www.italaw.com/cases/documents/716> en el que el Tribunal aborda el principio del trato mínimo y su naturaleza jurídica (pp. 41-42, nn.º. 120-121).

⁸² Vid. T. GAZZINI, “General Principles of Law in the Field of Foreign Investment”, *Journal of World Investment and Trade*, n.º. 10, 2009, p. 109 y ss.; M. SORNARAJAH, *The International Law...*, cit., pp. 85-86; P. DUMBERRY, *The Formation and Identification of Rules of Customary International Law in International Investment Law*, Cambridge, CUP, 2016, pp. 352-368; S.P. SUBEDI, *International Investment Law Reconciling Policy and Principle*, 3rd ed, Oxford/Portland, Hart, 2016, pp. 78-105; R. Kläger, *Fair and Equitable Treatment*..., cit., pp. 18-20 y 265-270 y P. JUILLARD, “L’evolution des sources...”, cit., pp. 76-82. Adicionalmente, la OCDE, por ejemplo, ha generado el denominado OECD “*acquis* – Established Investment Policy Principles” conformado por principios como el de no discriminación, transparencia, progresiva liberalización, *status quo* o liberalización unilateral (OECD, *Freedom of Investment, National Security and ‘Strategic’ Industries. Progress Report by the OECD Investment Committee*, Paris, OECD, 26.3.2008, p. 2). Vid. también el laudo de 11.10.2002, en el asunto *Mondev International Ltd. v. United States of America*, cit., pp. 41.42, pars. 120 y 121.

⁸³ Vid. laudo de 30.7.2010 en el asunto *AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic*, UNCITRAL, Decision on Liability, p. 73, n.º. 189, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0055.pdf>. Igualmente, considérese, A. Pellet, “2013 Lalive Lecture. The Case Law of the ICJ in Investment Arbitration”, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, n.º. 28-2, 2013, pp. 227-231; P.T. MUCHLINSKI, “Corporations and the Uses of Law...”, cit., p. 7; M. SORNARAJAH, *The International Law...*, cit., p. 87; E. DE BRABANDERE, “Arbitral Decisions as a Source of International Investment Law”, en T. GAZZINI y E. DE BRABANDERE (eds.), *International Investment Law. The Sources of Rights and Obligations*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2012, p. 6 y ss.

⁸⁴ K.P. SAUVANT y F. ORTINO, *Improving the International Investment Law...*, cit., p. 29; OCDE, *Freedom of Investment, National Security and ‘Strategic’ Industries. Progress Report by the OECD Investment Committee*, Paris, OCDE, 26 de Marzo de 2008, p. 2.

⁸⁵ C. ESPLUGUES, *Foreign Investment...*, cit., pp. 29-37; K.P. SAUVANT, “The Regulatory Framework for Investment...”, cit., p. 411.

⁸⁶ P. JUILLARD, “L’evolution des sources...”, cit., pp. 208-209; K.P. SAUVANT, “The Regulatory Framework for Investment...”, cit., p. 413.

⁸⁷ P.T. MUCHLINSKI, “Towards a coherent international investment system: key issues in the reform of international investment law”, en R. ECHANDI y P. SAUVÉ, *Prospects in International Investment Law...*, cit., pp. 411-413.

el campo estrictamente económico, sino en relación con otros ámbitos diversos como puedan ser el de la salud, el medio ambiente, los Derechos Humanos o la propia salvaguarda de la seguridad nacional⁸⁸.

III. Los nuevos parámetros de control estatal de las inversiones extranjeras

28. La alteración en el origen y naturaleza de los flujos inversores, la prevención en aumento hacia la globalización, los cambios geoestratégicos o una atmósfera internacional de inseguridad, entre otros factores, han llevado a diversos países a reevaluar en los últimos años sus políticas sobre las inversiones extranjeras, articulando de manera creciente un discurso vinculado a las ideas de seguridad nacional, de orden público, de defensa de sus intereses esenciales de seguridad o similares⁸⁹. Una posición que, además, previsiblemente, se va a ver acentuada tras la crisis económica derivada de la pandemia del COVID-19.

Esta nueva aproximación, mucho más recelosa hacia las inversiones extranjeras, se ve acompañada de un cambio de perspectiva hacia ellas, al ponerse ahora el foco en la fase previa a la realización de la inversión, frente a la tradicional dimensión *ex post*, vinculada generalmente al entramado convencional existente en el sector.

1. La creciente focalización en la dimensión de seguridad nacional de la inversión extranjera

29. La actual revisión de los grandes paradigmas sobre los que descansan las inversiones extranjeras y su marco jurídico se refleja, entre otros extremos, en el incremento en el recurso al desarrollo de mecanismos dirigidos a controlar e, incluso, impedir la entrada de la inversión extranjera, con base en ciertas condiciones no siempre claras. La inversión extranjera es todavía deseada y favorecida como regla general, y las políticas de promoción y atracción se encuentran presentes en todo el mundo. Sin embargo, ello no oculta el creciente deseo de muchos países de preservar determinados sectores de su economía, o empresas de referencia, del posible control extranjero. O, de una forma más matizada, de controlar cierta inversión, especialmente aquella dotada de naturaleza soberana, proveniente de determinados países o dirigida a concretos sectores o empresas de la economía nacional.

30. La posibilidad de monitorizar, y en su caso, limitar los flujos inversores foráneos con base en factores de seguridad nacional, orden público, protección de los intereses esenciales del Estado o similares, ha estado siempre presentes en el plano normativo, tanto nacional como internacional. Aunque, en la práctica, ha aparecido mitigada por la aceptación casi sin límites, en tiempos recientes, del paradigma del libre comercio y de la libre circulación de inversiones. Su trascendencia, empero, se ha incrementado sensiblemente en la última década, hasta el punto de considerarse hoy a estos criterios como una de las principales barreras a la inversión extranjera⁹⁰.

31. Ello incide, de forma cada vez más habitual, en el marco regulador de las inversiones extranjeras que, en muchos países, se ve confrontado con la necesidad de alcanzar una amalgama de objetivos, no siempre suficientemente coordinados ni explicitados. Se trataría, en suma, de favorecer la inversión como paradigma. A la vez que se busca impedir a determinados inversores extranjeros jugar un papel relevante en la economía nacional a través del control de ciertas empresas o sectores industriales estratégicos⁹¹.

⁸⁸ S.A. SPEARS, "The Quest for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements", *Journal of International Economic Law*, n.º. 13-4, 2010, pp. 1039-1040.

⁸⁹ OECD, *Sovereign Wealth Funds and Recipient Countries Policies. Report by the OECD Investment Committee*, Paris, OECD, Paris, 2008, p. 1.

⁹⁰ M.A. CLODFELTER y F.M.S. GUERRERO, "National Security and Foreign Government Ownership Restrictions on Foreign Investment: Predictability for Investors at the National Level", en K.P. SAUVANT, L. SACHS y W.P.F. SCHMIT JONGBLOED (eds.), *Sovereign Investment. Concerns and Policy Reactions*, Oxford, OUP, 2012, p. 174.

⁹¹ Vid. C. ESPLUGUES MOTA, *El control de las inversiones...*, cit., pp. 39-41.

32. La prevención se incrementa, además, en aquellas ocasiones en que la inversión es realizada por empresas multinacionales provenientes de países emergentes, algunas de las cuales cuenta con un elevado nivel de vinculación con gobiernos extranjeros, con una incidencia directa en su control, y en la gestión y determinación de sus objetivos finales⁹². Los Estados receptores de la inversión temen que los inversores extranjeros controlen empresas, infraestructuras críticas o sectores claves de su economía, o se hagan con tecnología puntera relacionada, o no, con la seguridad, comprometiendo el acceso a ella. O actúen, sin más, de una manera que, lejos de responder a la dinámica del libre mercado, pretenda avanzar los intereses políticos o geoestratégicos de ciertos Estados frente al logro de metas puramente comerciales⁹³.

Ello conduce a la creación *de facto* de una nueva categoría de inversores, atendiendo a la titularidad del inversor, o al control que sobre el mismo puedan ejercer ciertos Estados extranjeros⁹⁴. El nuevo artículo 7bis de la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales⁹⁵, introducido por el RD-L 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19⁹⁶, es un buen ejemplo de esta posición. Su apartado 3.a) suspende de forma automática el régimen de liberalización de las inversiones extranjeras, con independencia de la cuantía, consecuencias o destino de la inversión, en aquellas ocasiones en que es realizada por un inversor extranjero “controlado directa o indirectamente por el gobierno, incluidos los organismos públicos o las fuerzas armadas, de un tercer país”⁹⁷.

33. Esta pulsión por el control de cierta inversión extranjera por motivos de orden público, seguridad nacional o conceptos similares se hace presente, por ejemplo, en la tendencia a incorporar cláusulas de excepción vinculadas a estas nociones en los distintos APPRIs y ALCs con normas sobre inversiones⁹⁸. Cláusulas destinadas a asegurar la preservación de objetivos relevantes de orden público del Estado receptor de la inversión y que, en muchos casos, replican el tenor y filosofía del artículo XXI GATT y, consecuentemente, su inconcluyente y controvertida interpretación⁹⁹. Cláusulas que, además, y con la singularidad de los APPRIs concluidos por EE.UU., Canadá y en menor medida, Japón, se focalizan en el momento posterior a la inversión¹⁰⁰, permitiendo al Estado de recepción de la inversión adoptar diferentes medidas tan sólo respecto de ciertas inversiones ya puestas en práctica¹⁰¹. Lo que genera problemas de eficacia y tiempo a la hora de lograr la salvaguarda de los intereses y objetivos estatales, y favorece la búsqueda de vías alternativas a esta opción *ex post*.

⁹² Vid. C. ESPLUGUES, *Foreign Investment...*, cit., pp. 185-189; K.P. SAUVANT, V.P. GOVITRIKAR y K. DAVIES, *MNEs from Emerging Markets: New Players in the World FDI Market*, New York, Vale Columbia Center on Sustainable International Investment, Columbia University, 2011, p. 1 y ss.

⁹³ Vid. C. ESPLUGUES, *Foreign Investment...*, cit., pp. 187-188.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 189.

⁹⁵ BOE de 5.7.2003.

⁹⁶ BOE de 18.3.2020.

⁹⁷ C. ESPLUGUES, “España se suma a otras economías desarrolladas y limita ciertas inversiones extranjeras en sectores estratégicos”, *LegalToday.com*, 6.4.2020, pp. 1 y 2.

⁹⁸ C. ESPLUGUES MOTA, “Inversiones extranjeras y arbitraje de inversiones...”, cit., pp. 91-95; J.E. ALVAREZ, “Sovereign Concerns and the International Investment Regime”, en K.P. SAUVANT, L. SACHS y W.P.F. SCHMIT JONGBLOED (eds.), *Sovereign Investment...*, cit., p. 263. Y ello, a pesar de que en términos globales sólo un número limitado de éstos las incluye, permaneciendo la mayoría silenciosos en relación con esta cuestión. Vid. UNCTAD, *The Protection of National Security in IIAs*, cit., pp. 34-37 y 47-49; M.C. HOELCK THJOERNELUND, “State of Necessity as an Exemption from State Responsibility for Investments”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, n.º. 13, 2009, pp. 432-440; J.E. VIÑUALES, “Sovereignty in Foreign Investment Law”, en Z. DOUGLAS, J. PAUWELYN y J.E. VIÑUALES (eds.), *The Foundations...*, cit., pp. 346-351 y 353-356. Téngase en cuenta, igualmente, la Sentencia del TIJ de 25.9.1997, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, 1997 ICJ 7, p. 60, n.º. 101.

⁹⁹ C. ESPLUGUES MOTA, “La creciente interacción...”, cit., p. 192; UNCTAD, *The Protection of National Security in IIAs*, cit., p. 72; S.A. SPEARS, “The Quest for Policy Space...”, cit., pp. 1060-1061; M.D. NOLAN y F.G. SOURGENS, “The Limits of Discretion? Self-Judging Emergency Clauses in International Investment Agreements”, *Yearbook on International Investment Law & Policy*, 2010-2011, pp. 365 y 387.

¹⁰⁰ El papel del Derecho nacional en este caso es relevante, a pesar de las múltiples excepciones existentes, al respecto, J.E. ALVAREZ, “Sovereign Concerns and the International Investment Regime”, cit., p. 264.

¹⁰¹ Por ejemplo, la imposición de medidas de emergencia, desinversión forzosa o denegación de beneficios basados en la existencia de una cláusula de esta naturaleza en un Acuerdo. Vid. UNCTAD, *The Protection of National Security in IIAs*, cit., pp. 30-33.

2. El correlativo cambio de perspectiva y enfoque

34. La regulación de las inversiones extranjeras refleja un fino equilibrio entre los beneficios que el Estado receptor espera recibir de ellas, y los riesgos potenciales que le pueden generar. Y esta ecuación se encuentra hoy cuestionada en muchos lugares. Especialmente en algunos países occidentales que parecen encontrarse en pleno proceso de reevaluación de los costes-beneficios de ciertas inversiones foráneas en el marco de un ambiente de creciente desconfianza hacia ellas.

35. Hasta fechas recientes, la respuesta ofrecida por parte del Estado respecto de aquellas inversiones extranjeras susceptibles de ser consideradas como potencialmente riesgosas para su seguridad o sus intereses esenciales de la seguridad, ha estado muy vinculada al entramado convencional del que es parte y, por lo tanto, se ha focalizado en el momento posterior al desarrollo de la inversión. Sin embargo, las limitaciones intrínsecas que se anudan a esta posición han favorecido en tiempos recientes una focalización en la fase previa a su realización. Sin abandonar la vía *ex post* propia del entramado convencional existente, se consolida hoy en muchos lugares el diseño de mecanismos *ex ante* que permitan al Estado receptor evaluar la inversión propuesta y, llegado el caso, condicionarla o incluso bloquearla antes de que se lleve a cabo¹⁰².

36. En contraste con el mantra del libre comercio y de la libre circulación de inversiones que ha calificado las últimas décadas, la aceptación de éstas últimas dejaría ahora de ser plena, haciéndose depender de factores tales como el sector o industria objeto de la inversión, su carácter directo o indirecto, su naturaleza puramente privada o soberana, o su origen. Ya en 2010 el *World Bank's Survey Investing Across Borders in 2010* destacaba como una quinta parte de los 87 países analizados en el estudio requerían que las compañías extranjeras superasen un proceso de aprobación de la inversión antes de poder llevarla a cabo en ciertos sectores de la economía. Y cerca de un 90% de ellos limitaba la capacidad de las sociedades extranjeras de participar en diversos sectores de la economía nacional, con la presencia de límites más estrictos cuando se trata de servicios¹⁰³.

37. De esta suerte, un número importante de naciones, algunas con largas tradiciones de apertura a la inversión extranjera -Alemania¹⁰⁴, Estados Unidos¹⁰⁵, el Reino Unido¹⁰⁶ o la RPC¹⁰⁷, entre otras- han

¹⁰² Nótese C. ESPLUGUES, *Foreign Investment...*, cit., pp. 238-239; J. CHAISE, "Promises and Pitfalls of the European Union Policy on Foreign Investment – How Will the New EU Competence on FDI Affect the Emerging Global Regime?", *Journal of International Economic Law*, n.º. 15-1, 2012, p. 71.

¹⁰³ INVESTMENT CLIMATE ADVISORY SERVICES WORLD BANK GROUP, *World Bank's Survey...*, cit., p. 8.

¹⁰⁴ La normativa ha sido objeto de diversas reformas en los dos últimos años, la última introducida por la *Zwölfte Verordnung zur Änderung der Außenwirtschaftsverordnung* de 19.12.2018 (BANZ AT 28.12.2018 V1) que modifica la *Foreign Trade and Payments Ordinance* (*Außenwirtschaftsverordnung* – AWV, en adelante AWV).

¹⁰⁵ Nótese, *The Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018 (FIRRMA)* <https://docs.house.gov/billsthisweek/20180723/CRPT-115hrpt863.pdf>, a partir de la p. 1362. Vid. con carácter general, A. THOMPSON, "The Committee on Foreign Investment in the United States: An Analysis of the Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018", *Journal of High Technology Law*, n.º. 19, 2019, p. 399 y ss.; P. ROSE, *FIRRMA and National Insecurity*, The Ohio State University, Moritz College of Law, Public Law and Legal Theory Working, Paper Series n.º. 452, 21.8.2018; J.K. JACKSON, *The Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS)*, Washington, Congressional Research Service RL33388, 14.2.2020.

¹⁰⁶ Reino Unido modificó en 2018 su normativa sobre sociedades para facilitar un mayor control de las fusiones y adquisiciones de empresas por motivos de seguridad nacional atendiendo al porcentaje adquirido y al sector en que se produce la adquisición (vid. al respecto, *Enterprise Act 2002 (Share of Supply Test) (Amendment) Order 2018* (2018 No. 578) y *The Enterprise Act 2002 (Turnover Test) (Amendment) Order 2018* (2018 No. 593) (ambas disponibles en <https://www.legislation.gov.uk>). Vid. COMPETITION & MARKETS AUTHORITY (CMA), *Guidance on changes to the jurisdictional thresholds for UK merger control. 11 June 2018*, CMA 90, Londres, HMSO, 2018 y DEPARTMENT FOR BUSINESS, ENERGY & INDUSTRIAL STRATEGY, *Enterprises Act 2020: Changes to the Turnover and Share of Supply Tests for Mergers. Guidance 2018*, June 2018, Londres, HMSO, 2018. El gobierno británico ha anunciado la próxima introducción de un sistema de verificación de las inversiones extranjeras con base en criterios de seguridad nacional. Vid., *The Queen's Speech and Associated Background Briefing, on the Occasion of the Opening of Parliament on Monday 14 October 2019*, pp. 71-72, <https://www.gov.uk/government/publications/queens-speech-2019-background-briefing-notes>.

¹⁰⁷ Foreign Investment Law of the People's Republic of China (Adopted at the Second Session of the 13th National People's Congress on 14.3.2019) http://www.fdi.gov.cn/1800000121_39_4872_0_7.html Vid., entre otros muchos, M. LIU, "The new chinese foreign investment law and its implication on foreign

Investors", *Northwestern Journal of International Law & Business*, n.º. 38-2, 2018, p. 297 y ss.; K. FAN, "Foreign Direct

reformado sus normativas en la materia en tiempos recientes, diseñando instrumentos de distinta naturaleza, filosofía y alcance para el control y prevención con carácter previo de ciertas propuestas inversoras potencialmente riesgosas para su orden público, su seguridad nacional, sus intereses esenciales de seguridad, o similares¹⁰⁸. Incluso la Unión Europea, un espacio especialmente abierto a la inversión foránea, ha aprobado en 2019 el Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2019 para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión¹⁰⁹ destinado a “proteger los activos críticos europeos frente a inversiones que serían perjudiciales para los intereses legítimos de la Unión o de sus Estados miembros”¹¹⁰.

A) Medidas de control de la inversión extranjera susceptibles de ser adoptadas por el Estado

38. Cada vez resulta más usual la articulación de distintos mecanismos de naturaleza diversa en relación con la entrada, valoración y, en su caso, aprobación de las inversiones extranjeras, o que subordinan éstas al cumplimiento de distintas condiciones una vez llevadas a la práctica. Todas ellas dirigidas a defender su economía frente a lo que el Estado receptor pueda considerar como inversiones poco deseables¹¹¹.

39. El elenco de posibles mecanismos es muy diverso¹¹².

- 1) La prohibición, total o parcial, de acceso de las inversiones extranjeras en ciertos sectores sensibles de la economía constituye la restricción más obvia de todas las posibles¹¹³. Los gobiernos pueden decidir que determinadas parcelas de su economía, o ciertas empresas consideradas estratégicas por motivos diversos, permanezcan cerradas a la inversión extranjera. Tradicionalmente, son los sectores vinculados a la seguridad y a la defensa los que han estado limitados a ella, aunque se trata, sin embargo, de una realidad cambiante en la que otros ámbitos, como telecomunicaciones o energía, están **surgiendo** con fuerza¹¹⁴.

En el caso de España, por ejemplo, una economía muy abierta a la inversión extranjera, el artículo 4 de la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional¹¹⁵, regula las llamadas zonas de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros, entendiendo por tales a “aquéllas en que por exigencias de la Defensa Nacional o del libre ejercicio de las potestades soberanas del Estado resulte conveniente prohibir, limitar o condicionar la adquisición de la propiedad

Investment and Investment Arbitration in China”, en C. ESPLUGUES (ed.), *Foreign Investment...*, cit., p. 25 y ss.

¹⁰⁸ J. CHAISSE, D. CHAKRABORTY y J. MUKHERJEE, “Emerging Sovereign Wealth Funds in the Making: Assessing the Economic Feasibility and Regulatory Strategies”, *Journal of World Trade*, n.º. 45-4, 2011, p. 854.

¹⁰⁹ DO L 79, de 21.3.2019. Respecto del Reglamento, vid. C. ESPLUGUES MOTA, “La propuesta de reglamento estableciendo un marco para la evaluación de las inversiones extranjeras directas en la Unión Europea de septiembre de 2017”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n.º. 10-1, 2018, p. 164 y ss.; C. ESPLUGUES MOTA, *El control de las inversiones...*, cit., p. 459 y ss.

¹¹⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un marco para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión Europea* {SWD(2017) 297 final} Bruselas, 13.9.2017 COM(2017) 487 final 2017/0224 (COD), p. 2 <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/ES/COM-2017-487-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>.

¹¹¹ M. GÖTZ, “Pursuing FDI Policy in the EU - Member States and Their Policy Space”, *Journal of Economics and Political Economy*, n.º. 2-2, 2015, p. 291.

¹¹² Una visión global se encuentra en C. ESPLUGUES, *Foreign Investment...*, cit., pp. 233-237.

¹¹³ También el número de inversores foráneos admitidos en un concreto sector económico puede verse limitado por el Estado receptor. Vid., J. KURTZ, “A General Investment Agreement...”, cit., p. 725.

¹¹⁴ S. SOTHMANN, “Let He Who Is Without Sin Cast the First Stone: Foreign Direct Investment and National Security Regulation in China”, *Indiana International & Comparative Law Review*, n.º. 19, 2009, p. 205; S.S. GOLUB, *Measures of Restrictions on Inward Foreign Direct Investment for OECD Countries*, cit., p. 24. En 2008 la OCDE consideró al transporte como el sector en el que existía el mayor número de medidas discriminatorias hacia la inversión extranjera en sus países miembros, seguido de telecomunicaciones y servicio postal, radio y televisión, agricultura y alimentación, agua y tratamientos de agua y bancos y sector financiero (OCDE, *Protection of “Critical Infrastructure”...*, cit., pp. 7 y 10-11).

¹¹⁵ BOE de 14.3.1975.

y demás derechos reales por personas físicas o jurídicas de nacionalidad o bajo control extranjero, con arreglo a lo dispuesto en esta Ley”, y procediendo a reglamentar la prohibición en su capítulo 3. En la misma línea, el Título VIII del RD 2857/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General para el régimen de la minería¹¹⁶ exige, como regla general, para ser titular de derechos mineros en España la nacionalidad española¹¹⁷, en el supuesto de personas físicas, y ésta y su domiciliación en España en caso de personas jurídicas¹¹⁸.

- 2) Una segunda medida refiere al mantenimiento de monopolios estatales como forma de preservar algunos sectores de la economía o empresas considerados críticos o estratégicos para el Estado frente a la inversión extranjera. Se trata, de nuevo, de ámbitos particularmente sensibles de la economía nacional, habitualmente vinculados a la provisión de algunos servicios básicos: las telecomunicaciones, transporte y mantenimiento de infraestructuras, el transporte de petróleo y derivados y gas, las redes eléctricas o la conducción de aguas son ejemplos paradigmáticos de ellos¹¹⁹.
- 3) Una tercera opción alude a las restricciones de participación empresarial. Ciertos países introducen la exigencia de que la inversión incorpore la presencia de socios nacionales, o se canalice a través de *joint ventures*, o establecen limitaciones de participación o de voto en empresas vinculadas a ciertas áreas de la economía¹²⁰. Si bien su eficacia plantea algunas dudas, no deja de tratarse de una de las formas más habituales de control de la inversión foránea. Estas limitaciones se encuentran presentes habitualmente en el sector del transporte, bancos y finanzas, recursos naturales y energía, así como telecomunicaciones¹²¹. A su vez, en algunos Estados subsiste la presencia de “acciones de oro” para evitar la adquisición de ciertas sociedades, generalmente antiguas empresas públicas ahora privatizadas, por parte de inversores extranjeros no deseados¹²². La propia Comisión Europea, en su Comunicación de marzo de 2020 con motivo de la crisis sanitaria generada por el COVID-19, refiere a su existencia y compatibilidad con el Derecho de la Unión, y recuerda que, al igual que otras restricciones a los movimientos de capital, “*deben ser necesarias y proporcionadas para alcanzar un objetivo legítimo en el ámbito de las políticas públicas*”¹²³.
- 4) Un cuarto tipo de medidas se relaciona con el mandato de registro obligatorio, y con la imposición de ciertas condiciones de conducta futura de la empresa controlada por el inversor foráneo. Condiciones generalmente vinculadas a la exigencia de colaboración local, requerimientos de capitalización, objetivos de exportación, participación de capital nacional, o de mano de obra local en su funcionamiento, dirección y gestión, presencia de un número concreto de nacionales o residentes en su consejo de administración y similares¹²⁴.
- 5) Sin embargo, la nota característica hoy en este sector temático es el creciente recurso a mecanismos de verificación de ciertas inversiones extranjeras con base estrictamente en su potencial riesgo para la seguridad nacional, el orden público o los intereses esenciales de seguridad, y nociones similares, del Estado receptor¹²⁵.

¹¹⁶ BOE de 11.12.1978.

¹¹⁷ Art. 113.

¹¹⁸ Art. 114.

¹¹⁹ UNCTAD, *World Investment Report 2016. Investor Nationality: Policy Challenges*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2016, p. 98.

¹²⁰ P.T. MUCHLINSKI, *Multinational Enterprises & the Law*, Oxford, OUP, 2ª ed., 2007, pp. 192-201.

¹²¹ E.M. GRAHAM y D.M. MARCHICK, *U.S. National Security and Foreign Direct Investment*, Washington, Institute for International Economics, 2006, pp. 13-14.

¹²² TH. POLLAN, *Legal Framework for the Admission of FDI*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2006, pp. 61-62. Esta posibilidad existe, por ejemplo, en el Reino Unido, donde el Gobierno cuenta con acciones de oro en *BAE Systems*, *Rolls-Royce* o el *National Air Traffic Services*, habiéndola usado en alguna ocasión. Vid. C. ESPLUGUES, *Foreign Investment...*, cit., p. 234.

¹²³ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión...*, cit., Anexo, núm. 3, p. 4.

¹²⁴ S.S. GOLUB, *Measures of Restrictions on Inward Foreign Direct Investment for OECD Countries*, cit., p. 8; M. SORNA-RAJAH, *The International Law...*, cit., pp. 92-115.

¹²⁵ K.P. SAUVANT, “Is the United States Ready for FDI from China? Overview”, en K.P. SAUVANT (ed), *Investing in the*

Se trata de instrumentos acotados en su objetivo que, de partida, no suelen mermar el apoyo de los países que los adoptan a la idea de libre circulación de inversiones. El objetivo no es cerrar la puerta a las inversiones sino, gráficamente, “entornarla”¹²⁶. Estos mecanismos se articulan sobre criterios diferentes, pero comparten la misma idea de proveer al Estado con un instrumento eficaz para proteger distintas empresas o sectores de la economía de una inversión extranjera que, por sus características, se entiende que puede generar riesgos para la seguridad nacional o los intereses esenciales de seguridad del país receptor.

B) La consolidación de los sistemas de evaluación previa -“screening”- de las inversiones extranjeras con base en su potencial riesgo para la seguridad nacional, los intereses esenciales de seguridad o nociones similares del Estado receptor

40. Como se ha apuntado ya, tradicionalmente se ha prestado muy poca atención a la perspectiva de seguridad de las inversiones extranjeras –tampoco, del comercio internacional–, aunque esta situación está cambiando aceleradamente¹²⁷. Esta alteración trae como una de sus consecuencias la adición de una nueva función al régimen regulador de aquellas. Y así, junto a la habitual tarea de reglamentar, canalizar o fomentar los flujos inversores, el régimen jurídico de las inversiones extranjeras adquiere ahora una vertiente complementaria de control frente a una pluralidad de riesgos para la seguridad nacional del Estado, en muchos casos indeterminados y puramente potenciales¹²⁸.

41. La regulación de las inversiones pasa a ser una tarea plural que se alcanza a través de una multiplicidad de instrumentos legales presentes en el ordenamiento jurídico del Estado receptor de la inversión, combinando normas estrictamente referidas a las inversiones extranjeras, con otras que no fueron en su origen diseñadas para regular esta materia, tales como las del Derecho de la competencia, del Derecho societario o la normativa sobre fusiones y adquisiciones¹²⁹. Normas que ahora son, en muchas ocasiones, reinterpretadas en clave securitaria, atribuyéndoseles un papel relevante en el objetivo de preservar la seguridad nacional y los intereses esenciales del país receptor de la inversión¹³⁰.

a) Las fusiones y adquisiciones como banco de pruebas

42. Esta dimensión de seguridad se focaliza con especial nitidez en el escrutinio al que un número creciente de países someten a las inversiones extranjeras articuladas a través de los mecanismos de fusión y adquisición de empresas. Una de las vías favoritas para canalizar las IEDs que, cada vez más, vienen desarrolladas por empresas localizadas en economías emergentes, ofreciendo al inversor extranjero un medio para obtener acceso a tecnología y conocimiento puntero, a la vez que información sensible en relación con las características de un concreto mercado¹³¹. Por su propia naturaleza las fusiones y adquisi-

United States Is the US Ready for FDI from China?, *Studies in International Investment*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2009, p. 10.

¹²⁶ C. ESPLUGUES MOTA, “Las inversiones extranjeras en el sector de la energía. El difícil equilibrio entre la liberalización de las inversiones, la defensa de la seguridad nacional y el nacionalismo energético”, en C. ESPLUGUES MOTA, *Inversiones extranjeras en el sector energético en Latinoamérica*, México, Tirant lo Blanch, 2016, p. 51 y ss.

¹²⁷ L. HSU, “2000–2009: A Decade of Security-Related Developments in Trade and Investment”, *World Investment & Trade*, n.º. 11, 2010, p. 703.

¹²⁸ C. ESPLUGUES, *Foreign Investment*, ..., cit., pp. 74-76.

¹²⁹ La normativa inglesa en materia de fusiones y adquisiciones o la de la RPC en materia de competencia son ejemplos paradigmáticos de lo anterior. Vid. C. ESPLUGUES, *Foreign Investment*, ..., cit., pp. 437 y ss. –nótese igualmente nota 106 *supra*– y 310-311, respectivamente.

¹³⁰ OCDE, *Building Trust and Confidence in International Investment. Report by countries participating in the “Freedom of Investment” Process March 2009*, París, OCDE, 2009, p. 10.

¹³¹ X. LI, “National Security Review in Foreign Investments: A Comparative and Critical Assessment on China and U.S. Laws and Practices”, *Berkeley Business Law Journal*, n.º. 13, 2016, p. 258.

ciones tienen un impacto relevante en la economía del país de recepción de la inversión¹³², y pueden potencialmente ocasionar problemas más notables para la seguridad nacional que los generados por la creación de una nueva sociedad –la denominada inversión *greenfield investment*–¹³³, especialmente cuando se trata de inversiones de carácter soberano¹³⁴, al permitir el control extranjero sobre ciertas industrias nacionales calificadas de vitales, o el potencial control de los recursos nacionales por inversores extranjeros¹³⁵.

43. Las fusiones y adquisiciones son aproximadas con creciente prevención en muchos países, al permitir la adquisición de todo tipo de activos del país de recepción, en algunos casos a precio reducido debido a una situación de crisis económica –como la que ahora vivimos derivada de la pandemia del coronavirus-. O como consecuencia del enorme poder del inversor extranjero que, en ocasiones, puede verse apoyado por un Estado extranjero¹³⁶, y que les permiten, a veces, pagar una importante prima sobre el precio real de la empresa adquirida¹³⁷.

b) La compatibilidad de los mecanismos de *screening* con el marco normativo de las inversiones extranjeras

44. La imposición de limitaciones a la entrada de inversiones extranjeras en un concreto país, incluso cuando se dirige exclusivamente hacia ciertos inversores o grupos de inversores, fue en su día considerada como compatible con las obligaciones derivadas del GATT. Así, en 1984, en el caso de *Canada – Administration of the Foreign Investment Act*, se avaló el mecanismo canadiense que sometía la aceptación de la inversión extranjera a la obligación del inversor de exportar una cierta cantidad o proporción de su producción¹³⁸.

45. Estos sistemas se han considerado igualmente compatibles con el Derecho Internacional¹³⁹. E, incluso, en un ámbito económica y jurídicamente integrado como es la Unión Europea, este tipo de mecanismos de control de las inversiones extranjeras con base en su potencial riesgo para el “orden público, seguridad y salud públicas” del Estado receptor de la inversión, se han entendido acordes con los artículos 63 y 65.3 TFUE, referentes a la libre circulación de capital y pagos, siempre que, como apunta el TJUE en su Sentencia de 14 de marzo de 2000, en el asunto C-54/99, *Eglise de scientologie*, satisfagan determinadas condiciones¹⁴⁰.

¹³² Las fusiones y adquisiciones no añaden, de partida, ninguna capacidad de producción, y pueden involucrar traslados de conocimiento y tecnología al extranjero, transferencias de las sedes operativas, pérdidas de puestos de trabajo o conducir a que ciertas áreas de la economía o infraestructuras críticas pasen al control extranjero, pudiendo verse afectada por ello la seguridad nacional del Estado receptor de la inversión. Al respecto, vid. K.P. SAUVANT, *The International Investment Law and Policy Regime...*, cit., p. 6; K.P. SAUVANT y F. ORTINO, *Improving the International Investment Law...*, cit., p. 38; OECD, *Interim report approved by the OECD...*, cit., p. 56; S. THOMSEN, “Economic and Other Impacts of Foreign Corporate Takeovers en OECD Countries”, en OECD, *International Investment Perspectives: Freedom of Investment...*, cit., p. 75 y ss.

¹³³ Esta situación, empero, está modificándose y este tipo de inversiones se ve sometido a creciente aprensión. Ejemplo de ello es el supuesto planteado por la intención de la agencia espacial rusa de construir media docena de estaciones de GPS en EE.UU. en 2013. El proyecto, totalmente *ex novo*, generó preocupación en EE.UU. en relación con su potencial uso para actividades de espionaje. Vid., “A Russian GPS Using U.S. Soil Stirs Spy Fears”, *The New York Times*, 16.11.2013 (<http://www.nytimes.com/2013/11/world/europe/a-russian-gps-using-us-soil-stirs-spy-fears.html>). La reforma de algunas normativas nacionales, de hecho, incluye ahora a este tipo de inversión, así, por ejemplo, es el caso de EE.UU.. Vid. “CFIUS Releases New Proposed Regulations Transforming Foreign Investment in The United States”, *The National Law Review*, 23.9.2019.

¹³⁴ Se convierten en una especie de “Trojan Horse of foreign political goals” (X. LI, “National Security...”, cit., p. 258).

¹³⁵ UNCTAD, *The Protection of National Security in IIAs*, cit., p. xv.

¹³⁶ En relación con el papel jugado por las empresas procedentes de la RPC, muchas de ellas empresas controladas por el Estado, en el sector financiero o energético, vid. J. JIANG y J. SINTON, *Overseas Investments by Chinese National Oil Companies. Assessing the Drivers and Impacts*, International Energy Agency Information Paper, Paris, IEA, 2.2011, p. 16.

¹³⁷ J. XU, “Is China Inc. Overpaying in Its Merger Deals?”, *Wall Street Journal*, 25.6.2009, <https://blogs.wsj.com/deals/2009/06/25/is-china-inc-overpaying-in-its-merger-deals>

¹³⁸ Report of the Panel de 7.2.1984, L/5504-3 30S/140, pars. 5.18 y 6.2, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/gatt_e/82fira.pdf. Vid. C. ESPLUGUES MOTA, El control de las inversiones..., cit., pp. 253-258.

¹³⁹ M. SORNARAJAH, *The International Law...*, cit., pp. 105-106.

¹⁴⁰ ECLI:EU:C:2000:124, par. 13. Vid. III.2.C *infra*.

46. El diseño de estos mecanismos de *screening* previo de las IEDs supone el reconocimiento del derecho del Estado a condicionar o impedir ciertos proyectos susceptibles de generarle potenciales problemas de seguridad nacional¹⁴¹. Una admisión, eso sí, que desde distintos organismos internacionales se entiende debe hacerse sin afectar a los derechos y expectativas de los inversores, y asegurando un alto grado de previsibilidad, transparencia y exigibilidad del modelo diseñado. Ello implica, en última instancia, que en aquellos casos en que alguna propuesta inversora pueda ser rechazada por entenderse contraria a la seguridad nacional o nociones similares del Estado receptor de la inversión, éste deberá asegurarse de que las medidas por él adoptadas carecen de carácter discriminatorio, y respetan los principios de transparencia, proporcionalidad y responsabilidad¹⁴².

47. Estas exigencias, sin embargo, chocan con un problema de partida relativo a la concreción del objeto de la protección, y con una práctica caracterizada por su opacidad. La elasticidad de gran parte de las nociones empleadas al articular estos mecanismos, favorece su interpretación maximalista y crea inevitablemente el riesgo de ocultar ciertos objetivos proteccionistas¹⁴³. Ahí radica precisamente una de las claves a considerar a la hora de abordar estos esquemas de control. La apuntada distinción entre la necesidad de proteger al Estado frente a inversiones que, como las que afectan a determinadas infraestructuras críticas, pueden incidir en su seguridad nacional, de la mera promoción de algunas empresas -“campeones nacionales”-, o de la protección de ciertos sectores de la actividad económica o empresas de la competencia de inversores extranjeros¹⁴⁴, ocultando motivos de carácter político o económico. Una línea que es tenue, y no siempre fácil de trazar¹⁴⁵.

c) Pluralidad de sistemas, planteamientos y soluciones

48. A partir de esta tensión subyacente, la realidad práctica refleja la presencia de múltiples combinaciones de sistemas de control, con notables diferencias entre ellos¹⁴⁶. En ciertos modelos, como el diseñado en Estados Unidos, el mecanismo de evaluación fue en su origen pensado –exclusivamente– para proteger de manera global la seguridad nacional del Estado frente a inversiones potencialmente dañinas¹⁴⁷. En otros casos, por el contrario, el sistema puede combinar requisitos de cantidades o de control y, ocasionalmente, se vincula al cumplimiento de requerimientos adicionales como pueda ser la exigencia de protección del “*national interest*” del país, en Australia¹⁴⁸, o la condición de que la inversión genere beneficio -“*net benefit*”- al país receptor, como ocurre en Canadá¹⁴⁹. En algunos ocasiones, además, se prevé voluntario, mientras que en otros el modelo es obligatorio¹⁵⁰.

¹⁴¹ UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, Doc. UNCTAD/DIAE/PCB/2015/5, Geneva, UNCTAD, 2015, p. 8.

¹⁴² Sobre los principios mínimos a cumplir por este tipo de mecanismos, vid. C. ESPLUGUES, *Foreign Investment, ...*, cit., pp. 245-253. Significativo al respecto es el art. 3 del Reglamento 2019/452 de 19.3.2019, sobre control de las IEDs.

¹⁴³ K.P. SAUVANT, *FDI Protectionism Is on the Rise...*, cit., p. 14.

¹⁴⁴ K.P. SAUVANT y F. ORTINO, *Improving the International Investment Law...*, cit., p. 38.

¹⁴⁵ Vid. OECD/UNCTAD, *Twenty-second Report on G20 Investment Measures*, Paris, 21 de noviembre de 2019, p. 3 https://www.wto.org/english/news_e/news19_e/g20_oecd_unctad_report_nov19_e.pdf

¹⁴⁶ Una aproximación global a los distintos sistemas existentes se encuentra en C. ESPLUGUES, *Foreign Investment...*, cit., p. 254-262.

¹⁴⁷ Vid. J. WAKELY y A. INDORF, “Managing national security risk in an open economy: Reforming the committee in foreign investment in the united states”, *Harvard National Security Journal*, n.º. 9-2, 2018, p. 42 y ss.; A.D. WESTBROOK, “Securing the Nation or Entrenching the Board: The Evolution of CFIUS Review of Corporate Acquisitions”, *Marquette Law Review*, n.º. 102, 2019, pp. 678-698.

¹⁴⁸ J. COBAU, “Legal Developments in U.S. National Security Reviews of Foreign Direct Investment (2006–2008)”, en K.P. SAUVANT, L. SACHS y W.P.F. SCHMIT JONGBLOED (eds.), *Sovereign Investment...*, cit., p. 107.

¹⁴⁹ M.A. CLODFELTER y F.M.S. GUERRERO, “National Security and Foreign Government Ownership Restrictions on Foreign Investment: Predictability for Investors at the National Level”, en K.P. SAUVANT, L. SACHS y W.P.F. SCHMIT JONGBLOED (eds.), *Sovereign Investment...*, cit., pp.178-179.

¹⁵⁰ C. ESPLUGUES MOTA, *El control de las inversiones...*, cit., pp. 262-263.

49. En ciertos lugares, como Francia, la aceptación de partida de la libertad de circulación de capitales e inversiones coexiste con la idea de “*patriotisme économique*” aplicada para filtrar ciertos proyectos de inversión¹⁵¹. El supuesto de Japón es igualmente ilustrativo al respecto. El artículo 27.3.i.a) y b) de la *Foreign Exchange and Foreign Trade Act*¹⁵² permite al Ministro de Finanzas evaluar cualquier inversión extranjera que pueda potencialmente menoscabar la “seguridad nacional”, afectar al mantenimiento del “orden público”, obstaculizar la protección de la “seguridad pública” o tener un efecto adverso para la buena gestión de la “economía japonesa”. Ninguno de estos amplios, y vagos, términos viene definido en la Ley, y el gobierno se ve atribuido un amplísimo grado de discreción a la hora de ponderar y, en su caso aceptar o condicionar, la inversión propuesta.

50. Algunos países como Alemania, que han reformado varias veces en los últimos años su normativa en materia de control de las inversiones extranjeras, carecen de normas específicas sobre inversión soberana, mientras que éstas son sometidas a un tratamiento específico en otros Estados como Canadá, Australia o España¹⁵³. En ciertas naciones, la evaluación de la inversión se desarrolla caso por caso por el propio gobierno –Canadá, Francia, Alemania, España–, o por la administración –el *Foreign Investment Review Board* (FIRB), en Australia–, que se ven dotados de amplios poderes con vistas a desarrollar el proceso de ponderación del potencial perjuicio de una inversión para la seguridad nacional del Estado receptor¹⁵⁴. Mientras que en otros, se atribuyen las tareas de control a una agencia especializada independiente –CFIUS en Estados Unidos–¹⁵⁵.

51. También los instrumentos jurídicos utilizados para verificar esta compatibilidad varían de país a país. El recurso al Derecho de la Competencia o a la normativa sobre fusiones y adquisiciones de empresas, de forma conjunta o separada con la regulación sobre inversiones¹⁵⁶, contrasta con el diseño de normativa específica sobre control de éstas por razones de seguridad nacional, que, en algunos lugares, como ocurre en EE.UU. y en línea con las propuestas de la OCDE, es considerada como un último recurso a aplicar cuando han sido ya explorados el resto de mecanismos legales disponibles¹⁵⁷. A su vez, la posibilidad de recurrir, o no, la decisión adoptada por las autoridades en relación con la inversión propuesta, o de introducir condiciones a su aceptación y futuro desarrollo está presente en algunas normativas mientras que otras la limitan o, sin más, la desconocen¹⁵⁸.

52. En todo caso, todos los modelos coinciden en el hecho de que el volumen de propuestas de inversión extranjera revisadas en los distintos países no ha hecho sino aumentar en los últimos años¹⁵⁹, aunque el objeto de protección, el grado de rigurosidad y los resultados, varían de unos a otros¹⁶⁰.

¹⁵¹ B. CARAYON, *Intelligence économique, compétitivité et cohésion sociale*, Paris, La Documentation française, Collection des rapports officiels, 2003, p. 11.

¹⁵² http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail_main?vm=2&id=21

¹⁵³ Vid., por todos, M. DU, “The Regulation of Chinese State-owned Enterprises...”, *cit.*, pp. 125-144.

¹⁵⁴ C. ESPLUGUES, *Foreign Investment*, ..., *cit.*, p. 258.

¹⁵⁵ P. CONNELL y T. HUANG, “An Empirical Analysis of CFIUS: Examining Foreign Investment Regulation in the United States”, *The Yale Journal of International Law*, n.º. 39, 2014, p. 150; J.F.F. Carroll, “Back to the Future: Redefining the Foreign Investment and National Security Act’s Conception of National Security”, *Emory International Law Review*, n.º. 23, 2009, pp. 189-197.

¹⁵⁶ J. SALACUSE, *The Three Laws of International Investment. National, Contractual and International Frameworks for Foreign Capital*, Oxford, OUP, 2013, pp. 121-122.

¹⁵⁷ C. ESPLUGUES MOTA, *El control de las inversiones*, ..., *cit.*, p. 232.

¹⁵⁸ C. ESPLUGUES, *Foreign Investment*, ..., *cit.*, pp. 259-260.

¹⁵⁹ No todos los países ofrecen cifras al respecto. Sin embargo, y a modo de ejemplo, en el caso de Alemania, se han pasado de 7 revisiones en 2012, a 89 sólo 6 años después, vid. BUNDESAMT FÜR SICHERHEIT IN DER INFORMATIONSTECHNIK, *Die Lage der IT-Sicherheit in Deutschland 2019*, Bonn, 2019, p. 61. En el caso de EE.UU., las notificaciones han pasado de 65 en 2009, a 237 en 2017, subiendo las investigaciones de 25 a 172 en ese mismo lapso de tiempo, vid. J.K. JACKSON, *The Committee*, ..., *cit.*, p. 35.

¹⁶⁰ UNCTAD, *World Investment Report 2016*, ..., *cit.*, pp. 94-95 y 99-100.

C) Los desarrollos existentes en el marco de la UE

53. La UE no es ajena a esta implosión de sistemas de control de las inversiones extranjeras atendido su potencial riesgo para su orden o seguridad pública. En el caso de un espacio jurídica y económicamente integrado como es la UE, este fenómeno plantea la doble cuestión de su compatibilidad con el Derecho de la Unión, y de la articulación de los diversos sistemas nacionales de control diseñados por los Estados miembros.

a) El artículo 63.1 TFUE y sus potenciales excepciones

54. El artículo 63.1 TFUE prohíbe explícitamente cualquier restricción de la libre circulación de capitales y pagos entre Estados miembros, y entre éstos y terceros países. La libre circulación de capitales incluye flujos relacionados tanto con las IEDs, como con las inversiones de cartera. Sin embargo, esta regla general se matiza con posterioridad en los artículos 64, 65 y 66 TFUE, que prevén la adopción de ciertas restricciones a estas libertades por los Estados miembros, con base en diferentes motivos, incluyendo las “razones de orden público o de seguridad pública”¹⁶¹.

55. De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, estas excepciones, eso sí, deben ser interpretados de forma restrictiva¹⁶², añadiéndose a ello otros dos requisitos:

- 1) En primer lugar, es necesario que las medidas adoptadas no constituyan “*ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales y pagos tal y como la define el artículo 63*” TFUE¹⁶³.
- 2) Además, la aplicación de esta regla y, consecuentemente, de cualquier medida que pueda “*afectar o hacer menos atractivo*”¹⁶⁴ el ejercicio de cualquier libertad fundamental garantizada por el TFUE, debe satisfacer cuatro condiciones adicionales: “*que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo*”¹⁶⁵.

56. Dentro de estas “razones imperiosas de interés general” mencionadas por el TJUE se encontraría la salud pública¹⁶⁶, así como la protección de los consumidores, la preservación del equilibrio

¹⁶¹ Art. 65.1.b) TFUE.

¹⁶² Como señala el TJUE, el Tratado permite a los Estados miembros “*imponer, en casos individuales y en presencia de elementos justificativos, restricciones al ejercicio de un derecho derivado directamente del Tratado*”, STJUE 5.2.1991, *Roux c./ Estado Belga*, C-363/89, nº. 30, ECLI:EU:C:1991:41. Esto es, como añade la Comisión Europea al afrontar la crisis del COVID-19, cuando haya “razones imperiosas de interés general... en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad” (COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión*, cit., Anexo núm. 4, p. 4, vid. también p. 5). Vid. al respecto, C. HJÄLMROTH y S. WESTERBERG, *The Contribution of Trade to a New EU Growth Strategy Ideas for a More Open European Economy, Part 1 A Common Investment Policy for the EU*, Stockholm, Kommerskollegium - National Board of Trade, s/r, pp. 11-12; M. TRYBUS, “The EC Treaty as an Instrument of European Defence Integration: Judicial Scrutiny of Defence and Security Exceptions”, *Common Market Law Review*, nº. 34, 2002, p. 1350.

¹⁶³ Art. 65.3 TFUE. Vid. A. DIMOPOULOS, *EU Foreign Investment Law*, Oxford, OUP, 2011, p. 77.

¹⁶⁴ STJUE 30.11.1995, *Gebhard c./ Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, C-55/94, nº. 37, ECLI:EU:C:1995:411.

¹⁶⁵ *Ibid.* Vid. igualmente SSTJUE 25.1.2007, *Festersen*, C-370/05, nº. 26, ECLI:EU:C:2007:59; 12.12.2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04, nº. 71, ECLI:EU:C:2006:774; 10.3.2009, *Hartlauer*, C-169/07, nº. 44, ECLI:EU:C:2009:141; 25.10.2007, *Geurts y Vogten*, C-464/05, nº. 24, ECLI:EU:C:2007:631; 5.2.2014, *Hervis Sport-és Divatkereskedelmi*, C-385/12, nnº. 41-42, ECLI:EU:C:2014:47 o 6.3.2018, *SEGRO*, C-52/16 y C-113/16, nnº. 76-77, ECLI:EU:C:2018:157. Nótese igualmente, COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión. La inversión intracomunitaria en el sector de los servicios financieros (2005/C 293/02)*, DO C 293, de 25.11.2005, p. 2.

¹⁶⁶ Al respecto vid., STJUE 19.5.2009, *Comisión c./ Italia*, C-531/06, nº. 51, ECLI:EU:C:2009:315.

financiero del sistema de seguridad social, y la consecución de objetivos de política social que pudieran ser pertinentes en situaciones de emergencia¹⁶⁷.

57. El TJUE acepta como premisa indiscutible la libertad de los Estados miembros “*para definir las exigencias del orden público y de la seguridad pública de conformidad con sus necesidades nacionales*”¹⁶⁸. Pero, en la medida en que estos requerimientos constituyen derogaciones de los principios fundamentales de libre circulación de capitales, añade, deben ser interpretados de forma “*estricta*”, y su alcance no puede ser determinado de manera “*unilateral*” por cada Estado miembro “*sin control por parte de las Instituciones de la Comunidad*”¹⁶⁹.

58. En línea con esta posición, se incide en el hecho de que “*el orden público y la seguridad pública sólo pueden invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad ... Por otra parte, no se puede alterar la función propia de dichas razones para servir, en realidad, a fines puramente económicos*”¹⁷⁰. En consecuencia, las medidas que restringen la libre circulación de capitales pueden ser justificadas con base en el “*orden público*”, la “*seguridad pública*” o motivos similares solamente si resultan necesarias para la protección de ciertos intereses precisos que se desea salvaguardar, y únicamente en la medida en que tales objetivos no puedan ser obtenidos a través de otras menos restrictivas¹⁷¹. Además, estas medidas “*no deben ir más allá de lo que resulta necesario para alcanzar ese objetivo*”¹⁷².

59. El Tribunal de Justicia de la Unión no ha concretado el significado de los conceptos de “*orden público*” o de “*seguridad pública*” en relación específicamente con el artículo 65.1.b TFUE. Sin embargo, de su práctica jurisprudencial se deriva el carácter restrictivo atribuible a ambas nociones¹⁷³, y la imposibilidad de dotarlas de una naturaleza discrecional –“*self-judging*”-¹⁷⁴.

De acuerdo con el Tribunal, el concepto de “*orden público*”, “*requiere, en todo caso, aparte de la perturbación social que constituye toda infracción de la ley, que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad.*”¹⁷⁵. Mientras que la seguridad pública referiría a los intereses fundamentales de un Estado miembro de mantener servicios públicos esenciales y a la salvaguarda del funcionamiento de las instituciones¹⁷⁶. Ambas nociones serían, de esta suerte, con-

¹⁶⁷ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión...*, cit., Anexo, nº. 4, p. 5.

¹⁶⁸ STJUE 14.3.2000, *Église de scientologie*, C-54/99, cit., nº. 17.

¹⁶⁹ *Ibid*, nº. 17. Igualmente, SSTJUE 4.6.2002, *Comisión c./ Francia*, C-483/99, nº. 48, ECLI:EU:C:2002:327 o 13.5.2003, *Comisión c./ España*, C-463/00, nº. 72, ECLI:EU:C:2003:272.

¹⁷⁰ STJUE 14.3.2000, *Église de scientologie*, C-54/99, cit., nº. 17. En similar sentido, SSTJUE 16.1.2003, *Comisión c./ Italia*, C-388/01, nº. 22, ECLI:EU:C:2003:30; 17.3.2005, *Kranemann*, C-109/04, nº. 34, ECLI:EU:C:2005:187 u 11.9.2008, *Comisión c./ Alemania*, C-141/07, nº. 60, ECLI:EU:C:2008:492.

¹⁷¹ STJUE 14.3.2000, *Église de scientologie*, C-54/99, cit., nº. 18. Nótese, A. JONES y J. DAVIES, “Merger Control and the Public Interest: Balancing EU and National Law in the Protectionist Debate”, *European Competition Journal*, nº. 10-3, 2014, p. 474.

¹⁷² SSTJUE 11.10.2007, *ELISA*, C-451/05, nº. 82, ECLI:EU:C:2007:594; 31.3.1993, *Kraus c./ Land Baden-Württemberg*, C-19/92, nº. 32, ECLI:EU:C:1993:125, o 21.12.2011, *Comisión c./ Polonia*, C-271/09, nº. 58, ECLI:EU:C:2011:855.

¹⁷³ SSTJUE 9.6.1982, *Comisión c./ Italia*, 95/81, nº. 26, ECLI:EU:C:1982:216; 28.10.1975, *Rutili c./ Ministre de l'intérieur*, 36/75, nº. 27, ECLI:EU:C:1975:137 o 6.11.1984, *Kohl c./ Ringelhan*, 177/83, nº. 19, ECLI:EU:C:1984:334.

¹⁷⁴ Sobre la noción de *self-judging*, vid., C. ESPLUGUES MOTA, “La creciente interacción entre la seguridad nacional y el comercio internacional: hacia una concreción del significado y alcance del artículo XXI GATT en tiempos de cambios tecnológicos y competencia geopolítica”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº. 12-1, Marzo 2020, p. 180 y ss. Nótese, SSTJUE 28.10.1975, *Rutili c./ Ministre de l'intérieur*, 36/75, cit., nº. 27; 4.12.1974, *Van Duyn c./ Home Office*, 41/74, nº. 18, ECLI:EU:C:1974:133 o 4.10.1991, *Richardt*, C-367/89, nº. 19, ECLI:EU:C:1991:376.

¹⁷⁵ STJUE 27.10.1977, *Regina c./ Bouchereau*, 30/77, nº. 35, ECLI:EU:C:1977:172. En similares términos, SSTJUE 28.10.1975, *Rutili c./ Ministre de l'intérieur*, 36/75, cit., nº. 28 o 26.11. 2002, *Oteiza Olazabal*, C-100/01, nº. 39, ECLI:EU:C:2002:712. En relación con la noción de normas de orden público, vid. STJUE 23.11.1999, *Arblade*, C-376/96, nº. 30, ECLI:EU:C:1999:575.

¹⁷⁶ STJUE 10.7.1984, *Campus Oil*, 72/83, nº. 35, ECLI:EU:C:1984:256. En relación con ambos conceptos, vid. S. HINDELANG, *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment: The Scope of Protection in EU Law*, Oxford, OUP, 2009, pp. 225-228.

ceptos que aluden a materias de carácter no económico¹⁷⁷ y no militar¹⁷⁸, y que incluirían, por ejemplo, tanto la seguridad interior como la “*seguridad exterior de un Estado miembro*”¹⁷⁹.

b) La compatibilidad de los mecanismos nacionales de control previo de las inversiones extranjeras con la normativa europea

60. El derecho de la Unión a regular los movimientos de capital y pagos entre los Estados miembros, y entre estos y terceros países -incluido el derecho de la propia UE, y de los Estados miembros, de adoptar algunas restricciones justificadas y limitadas de ellos-, y su relación con las inversiones extranjeras fue ya abordada por el Tribunal de Luxemburgo antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en un momento en que la UE carecía de competencia exclusiva en la materia.

61. En el supuesto concreto del control de las IEDs con base en su potencial riesgo para el orden público o la seguridad pública, se acepta por el TJUE que la dificultad en identificar y bloquear el capital foráneo una vez éste ha accedido al Estado miembro “*puede imponer la necesidad de impedir en el origen las operaciones que atentan contra el orden público o la seguridad pública*”, impidiendo por lo tanto que se lleven a cabo¹⁸⁰. Aunque, tal como se ha avanzado ya, cualquier medida adoptada debe estar justificada “*por circunstancias objetivas, que obedezcan a las exigencias de la seguridad pública*”¹⁸¹, y “*debe interpretarse de manera que no extienda sus efectos más allá de lo necesario para la protección de los intereses que pretende garantizar*”¹⁸².

62. El TJUE ha admitido de partida la compatibilidad de estos sistemas nacionales con los artículos 63 y 65.3 TFUE siempre, eso sí, que satisfagan determinadas condiciones.

El Tribunal, en su Sentencia en el asunto *Église de scientologie* comienza asumiendo que cualquier normativa que sujete las IEDs a algún tipo de evaluación constituye una restricción de la libre circulación de capitales de acuerdo con el artículo 63.1 TFUE¹⁸³. Sin embargo, ello no impide admitir su potencial compatibilidad con el Derecho de la Unión, en tanto en cuanto el sistema diseñado asegurar ciertos principios básicos que le permitan satisfacer altos estándares en términos de previsibilidad, transparencia y proceso debido¹⁸⁴.

¹⁷⁷ SSTJUE 19.12.1961, *Comisión de la CEE c. / Italia*, 7/61, p. 329, letra D, ECLI:EU:C:1961:31; 28.10.1975, *Rutili c. / Ministre de l'intérieur*, 36/75, cit., nº. 30 y 4.6.2002, *Comisión c. / Portugal*, C-367/98, nº. 52, ECLI:EU:C:2002:326. El Tribunal matiza esta afirmación en su ya citada S. 10.7.1984, *Campus Oil*, 72/83, cit., nº. 35. Vid., A. JONES y J. DAVIES, “Merger Control..”, cit., pp. 477-478.

¹⁷⁸ Que están cubiertas por el art. 348 TFUE. Vid. M. TRYBUS, “The EC Treaty...”, cit., p. 1353. También, STJUE 13.7.2000, *Albore*, C-423/98, nnº. 21-22, ECLI:EU:C:2000:401.

¹⁷⁹ SSTJUE 4.10.1991, *Richardt*, C-367/89, cit., nº. 22 o 13.7.2000, *Albore*, C-423/98, cit., nº. 18. En relación con el significado de la noción, vid. M. TRYBUS, “The EC Treaty...”, cit., p.1350.

¹⁸⁰ STJUE 14.3.2000, *Église de scientologie*, C-54/99, cit., nº. 20. De hecho, el Alto Tribunal considera que “*en caso de inversiones extranjeras directas que supongan una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública, un régimen de declaración previa puede resultar insuficiente para disipar tal amenaza*”. (nº. 20). No obstante, el Tribunal de Justicia de la Unión ha admitido de forma expresa, en relación con el significado atribuible a estos términos, que la “*mera adquisición de una participación que se eleve a más de un 10 % del capital social de una sociedad que opere en el sector de la energía o cualquier otra adquisición que confiera una influencia significativa sobre dicha sociedad constituya, por sí misma, una amenaza real y suficientemente grave para la seguridad del aprovisionamiento*” (STJUE 26.3.2009, *Comisión c. / Italia*, C-326/07, nº. 48, ECLI:EU:C:2009:193).

¹⁸¹ STJUE 10.7.1984, *Campus Oil*, 72/83, cit., nº. 36.

¹⁸² STJUE 4.10.1991, *Richardt*, C-367/89, cit., nº. 20. Sobre la idea de proporcionalidad, vid. M. TRYBUS, “The EC Treaty...”, cit., p. 1351; S. HINDELANG, *The Free Movement of Capital...*, cit., pp. 228-234. Adicionalmente, en aquellas ocasiones en que existe legislación secundaria de la Unión, el TJUE ha limitado a los Estados miembros la posibilidad de invocar este tipo de motivos presentes en los Tratados de la Unión, Vid. SSTJUE 5.10.1977, *Tedeschi c. / Denkavit*, 5/77, nº. 35, ECLI:EU:C:1977:144 o 7.6.2007, *Comisión c. / Países Bajos*, C-50/06, nº. 51, ECLI:EU:C:2007:325.

¹⁸³ STJUE 14.3.2000, *Église de scientologie*, C-54/99, cit., nnº. 14 y 15.

¹⁸⁴ S. HINDELANG, *The Free Movement of Capital...*, cit., p. 242.

Esto se traduce en que cualquier modelo que se articule debe dirigirse exclusivamente a la protección de intereses generales legítimos. Así como disponer períodos estrictos para el ejercicio de los poderes de oposición a la inversión prevista. Igualmente deben especificarse los concretos bienes previstos, y las decisiones de gestión objeto de análisis. Amén de contar con criterios objetivos y estables y ser susceptible de una efectiva revisión por los tribunales¹⁸⁵.

Además, junto a los principios sobre los que debe articularse todo sistema de evaluación de las inversiones extranjeras con base en su potencial riesgo para la seguridad pública o el orden público, el TJUE exige que la ponderación realizada en el marco del sistema diseñado debe ser acorde con el artículo 65.1.b) TFUE que, recordemos, constituye una excepción al mandato del artículo 63.1 TFUE.

63. Todo ello implica, en última instancia, que las concretas circunstancias requeridas para someter una propuesta inversora a evaluación deben estar definidas, y ofrecer al inversor afectado indicaciones claras con relación a las específicas situaciones en las que se requiere autorización previa. Hasta el punto de permitirle ser consciente de la extensión de sus derechos y obligaciones, posibilitándole, a la vez, asegurar la virtualidad del principio de seguridad jurídica¹⁸⁶. Además, cualquier persona afectada por una medida restrictiva debe ver reconocida la posibilidad de recurso¹⁸⁷.

64. El TJUE, en su sentencia de 14 de marzo de 2000 en el asunto C-54/99, *Eglise de scientologie*, ha tenido oportunidad de evaluar la compatibilidad con el Derecho europeo del modelo francés “de autorización previa para las inversiones susceptibles de afectar al orden público, seguridad y salud públicas”¹⁸⁸ recogido, en su momento, en el *Décret* n° 89-938 du 29 décembre 1989 *réglementant les relations financières avec l'étranger*¹⁸⁹.

65. A pesar de tratar el Decreto de forma diferente a los inversores provenientes de la Unión de los que no lo son, y de su aparente compatibilidad con el artículo 64 TFUE, el modelo fue considerado por el TJUE como contrario al Derecho de la Unión¹⁹⁰. El Tribunal entendió que el Decreto contravenía el principio de seguridad jurídica en cuanto no permitía a los inversores afectados por el sistema pergeñado conocer las exactas circunstancias que conducían a la exigencia de previa autorización de la inversión programada.

El Decreto requería esta previa autorización para toda IED que pudiera potencialmente representar un peligro para el orden público y la seguridad pública de Francia, sin aportar mayor detalle al respecto. El Tribunal de Luxemburgo afirmó en relación con ello que “..., se exige la autorización previa para toda inversión extranjera directa «que pueda afectar al orden público o a la seguridad pública», sin más precisiones. Así, de ninguna forma se indica a los inversores interesados cuáles son las circunstancias específicas en las que es necesaria una autorización previa.”¹⁹¹. Y, consecuentemente, tal “indeterminación no permite que los particulares conozcan el alcance de sus derechos y obligaciones que se derivan del artículo 73 B del Tratado. En estas circunstancias, el régimen establecido es contrario al principio de seguridad jurídica.”¹⁹².

¹⁸⁵ Considérese la STJUE 1.10.2009, *Woningstichting Sint Servatius*, C-567/07, ECLI:EU:C:2009:593, que exige que la normativa articuladora del modelo “esté fundada en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, que establezcan suficientemente los límites de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales” (n° 39).

¹⁸⁶ STJUE 14.3.2000, *Église de scientologie*, C-54/99, *cit.*, nn. 21 y 22.

¹⁸⁷ *Ibid.*, n° 17.

¹⁸⁸ *Ibid.*, n° 13.

¹⁸⁹ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000882578&categorieLien=cid>

¹⁹⁰ Vid. X. DELPECH y E. ROYER, “Investissements étrangers en France: la France réagit”, *Dalloz Actualité*, 19.05.2014, p. 1.

¹⁹¹ STJUE 14.3.2000, *Église de scientologie*, C-54/99, *cit.*, n° 21.

¹⁹² *Ibid.*, n° 22. Todas estas justificaciones son ahora explicitadas y ampliadas por la Comisión Europea en COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión...*, *cit.*, emitida como consecuencia de la crisis generada por el COVID-19.

c) El Reglamento (UE) 2019/452, de 19 de marzo de 2019 para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión

66. Con independencia de la pervivencia de los diversos sistemas nacionales de control de las inversiones extranjeras atendida su eventual contrariedad con la seguridad nacional, y nociones similares, de los Estados miembros, la Unión ha promulgado en marzo de 2019 el Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2019 para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión¹⁹³.

67. El Reglamento asume que en la actualidad la responsabilidad del control de las IEDs corresponde a los distintos Estados miembros. Pero, a la vez, explicita que dicho control debe tomar en cuenta el impacto que sobre la UE en su conjunto pueden tener éstas. Especialmente, *“con el fin de garantizar la continuidad de la capacidad de la industria de la UE”*¹⁹⁴.

68. A partir de ello, el Reglamento diseña un marco normativo básico para el control de las inversiones extranjeras por motivos de seguridad o de orden público. Apuntando los factores que pueden considerarse a la hora de ponderar su compatibilidad con el orden público o criterios similares del Estado receptor¹⁹⁵, y las bases mínimas sobre las que deben articularse estos mecanismos de control¹⁹⁶. A la vez que articula un mecanismo de cooperación entre los Estados miembros, así como entre los Estados miembros y la Comisión, por lo que respecta a las inversiones extranjeras directas que puedan afectar a la seguridad o al orden público¹⁹⁷. Todo ello, insistimos, *“sin perjuicio de que cada Estado miembro tenga responsabilidad exclusiva sobre su seguridad nacional, como dispone el artículo 4, apartado 2, del TUE, y del derecho de cada Estado miembro a proteger sus intereses esenciales de seguridad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 346 del TFUE”*¹⁹⁸, y de su capacidad para decidir si controla o no una determinada IED en el marco del Reglamento¹⁹⁹.

d) La emergencia del COVID-19 y el control de las inversiones extranjeras en la UE: la posición de la Comisión de Europea

69. La crisis del coronavirus de 2020 ha impactado de forma brutal en las diversas economías de la UE, y ha puesto en alerta a la Comisión Europea respecto de su incidencia en la cuestión del control de las inversiones extranjeras directas en el territorio de la Unión. Aunque aparentemente focalizado en el sector de la salud, se es plenamente consciente de que la volatilidad, o la infravaloración, de los mercados de valores europeos derivada de la crisis puede generar el peligro de que determinados activos estratégicos *“cruciales para la seguridad de Europa”* al formar *“parte de la columna vertebral de su economía y, por consiguiente, de su capacidad para recuperarse rápidamente”*²⁰⁰ sean objeto de compras *“predatorias”*²⁰¹ por parte de inversores extranjeros que aprovechen esta situación.

70. La Unión se declara abierta a las inversiones extranjeras y es, de hecho, un destino atractivo para ellas²⁰². Pero, a la vez, la propia Comisión alerta de que el impacto económico generado

¹⁹³ Vid. nota 109 *supra*.

¹⁹⁴ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión...*, cit., Anexo núm. 1, p. 1.

¹⁹⁵ O de la propia UE, art. 4 Reglamento 2019/452.

¹⁹⁶ Art. 3 Reglamento 2019/452.

¹⁹⁷ Arts. 1.1 y 7 a 11 Reglamento 2019/452.

¹⁹⁸ Art. 1.2 Reglamento 2019/452.

¹⁹⁹ Art. 1.3 Reglamento 2019/452.

²⁰⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión...*, cit., p. 2.

²⁰¹ *Ibid.*, Anexo, núm. 4, p. 5.

²⁰² Vid. EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document on Foreign Direct Investment in the EU. Following up on the Commission Communication "Welcoming Foreign Direct Investment while Protecting Essential Interests" of 13 September 2017*, Brussels, 13.3.2019 SWD(2019) 108 final, p. 1 <https://proyectointeligenciavisualanalitica.com/wp-content/up->

por la pandemia tiene como uno de sus posibles peligros un incremento en el riesgo potencial de que ciertas industrias estratégicas -sobre todo, ahora, aquellas relacionadas con la atención sanitaria- sean adquiridas por inversores extranjeros. En línea con ello señala que en el contexto de la crisis sanitaria y económica creada por el COVID-19, *“podría producirse un mayor riesgo de tentativas de adquisición de capacidades sanitarias (por ejemplo, para la producción de equipos médicos o de protección) o de industrias afines como centros de investigación (por ejemplo, para el desarrollo de vacunas) a través de las inversiones extranjeras directas”*²⁰³.

En este sentido, se afirma que la apertura de la UE a la inversión extranjera debe compensarse con instrumentos de control adecuados de los flujos inversores que eviten tales adquisiciones y, con ello, la pérdida del control de ciertas industrias críticas. En estos momentos, precisa la Comisión, resulta imprescindible *“mantenerse vigilantes para garantizar que tales inversiones extranjeras directas no tengan efectos perjudiciales en la capacidad de la UE para cubrir las necesidades sanitarias de sus ciudadanos”*, una posibilidad que tendría consecuencias muy negativas para el conjunto de la Unión, y para sus ciudadanos²⁰⁴.

71. De esta suerte se *“insta”* a los Estados miembros a *“estar alerta y utilizar todos los instrumentos de que dispongan a nivel nacional y de la Unión para evitar que la actual crisis provoque una pérdida de activos y tecnología esenciales”*²⁰⁵. Lo que se traduce en *“insta(r)”* a los países que ya cuentan con un modelo de *screening* de las inversiones extranjeras directas²⁰⁶, a que los utilicen *“plenamente desde ahora... con el fin de tener plenamente en cuenta los riesgos para las infraestructuras sanitarias esenciales, el suministro de insumos fundamentales y otros sectores críticos, como se prevé en el marco jurídico de la UE”*²⁰⁷.

Igualmente, y en relación con aquellos otros Estados que no disponen de tales mecanismos, o cuyos modelos no cubren todas las operaciones pertinentes, se les *“insta”* a que establezcan un mecanismo de control completo y, mientras ello ocurre, *“que utilicen todas las demás opciones disponibles para abordar los casos en los que la adquisición o el control de una determinada empresa, infraestructura o tecnología pueda suponer un riesgo para la seguridad o el orden público de la UE, incluido un riesgo para las infraestructuras sanitarias esenciales y el suministro de insumos críticos”*²⁰⁸.

72. En todo caso, la Comisión Europea requiere a los diversos Estados a que se muestren especialmente vigilantes para evitar *“que la crisis sanitaria actual resulte en la venta masiva de empresas y operadores industriales europeos, incluidas pymes”*²⁰⁹. Y avanza que la Comisión *“seguirá de cerca la evolución de la situación sobre el terreno y mantendrá contactos con los Estados miembros, según proceda”*²¹⁰.

73. A pesar de que el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, no hace referencia alguna a la normativa europea en este punto, la revisión del modelo español de inversiones extranjeras debe anali-

loads/2019/04/INFORME-IED-UE-MAR-19.pdf. Las cifras de flujos inversores extranjeras en la UE se encuentran en <https://www.ceicdata.com/en/indicator/european-union/foreign-direct-investment>.

²⁰³ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión...*, cit., p. 1.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 1.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 1.

²⁰⁶ El listado, actualizado a fecha 28.2.2020, se encuentra disponible en https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc_157946.pdf.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 2. Se habla, así, por ejemplo, de *“valorar el impacto real o potencial de esas inversiones en la salvaguardia de los mencionados intereses públicos (por ejemplo, si pueden dar lugar a una dependencia excesiva de los inversores extranjeros de terceros países para la prestación de suministros o servicios de carácter esencial)”* (*Ibid.*, Anexo 4, p. 5).

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 2.

²⁰⁹ *Ibid.*, Anexo, núm. 1, p. 3.

²¹⁰ *Ibid.* Igualmente, recuerda a los Estados las interdependencias existentes en un mercado integrado como es el europeo, y les pide que busquen asesoramiento y coordinación en aquellos supuestos en que las inversiones puedan tener un efecto real o potencial, presente o futuro, en el mercado único (*Ibid.*).

zarse en el marco de esta necesidad de proteger determinados ámbitos críticos de la economía nacional, no sólo los relacionados con la salud, de la posibilidad de ser adquiridos por inversores extranjeros aprovechando la situación de emergencia económica generada por la crisis del coronavirus. Y, también, como manifestación del proceso más global de aproximación crítica a las inversiones extranjeras que encuentra en el aumento de los sistemas nacionales de *screening* de las inversiones foráneas una de sus manifestaciones más notorias.

IV. El caso de España como reflejo de la consolidación del control *ex ante* de las inversiones extranjeras por motivos de seguridad u orden público en el marco de la UE

74. Hasta marzo de 2020 España ha contado con un modelo extraordinariamente flexible en materia de inversiones extranjeras. Es el octavo país más abierto en el *OECD FDI Restrictiveness Index*, con una puntuación de 0.021 sobre una media de la OCDE de 0.065, siendo 0 el mercado más abierto y 1 el más cerrado²¹¹. Incluso en el ámbito de los servicios, el sector generalmente más sellado a las inversiones, España se encontraba por debajo de la media en 21 de los 22 subsectores que lo conforman²¹². Ello se ha reflejado, por ejemplo, en la falta de atención doctrinal que ha merecido esta materia en España en los últimos tiempos.

75. La situación de emergencia económica creada por la crisis del COVID-19, sin embargo, ha llevado al Gobierno español, en línea con lo que han hecho otros países del mundo en los últimos tiempos²¹³, y con lo que, como se ha observado ya, ha propuesto la propia UE en marzo de 2020²¹⁴, a modificar el marco normativo existente, procediendo a suspender el modelo de liberalización para cierto tipo de operaciones, e incluyendo un mecanismo de control previo de las inversiones realizadas por determinados inversores extranjeros en concretos sectores de la economía nacional.

1. El modelo español de inversiones extranjeras: disperso y anclado en el principio de libertad de movimiento de capitales e inversiones extranjeras

76. El modelo español de inversiones extranjeras se articula sobre un conjunto disperso de textos legales en el que, como tal, no se diseña un mecanismo de evaluación estable previa de la inversión extranjera como el que se prevé en algunos países de nuestro entorno. La Exposición de Motivos de la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, avanza que la Ley proclama de forma explícita y “*con carácter general, la libertad de movimientos de capitales*”²¹⁵. En línea con ello, su artículo 1.2 afirma de manera taxativa que, “*Son libres cualesquiera actos, negocios, transacciones y operaciones entre residentes y no residentes que supongan o de cuyo cumplimiento puedan derivarse cobros y pagos exteriores, así como las transferencias de o al exterior y las variaciones en cuentas o posiciones financieras deudoras o acreedoras frente al exterior, sin más limitaciones que las dispuestas en esta ley y en la legislación sectorial específica.*” En nuestro caso, la legislación en materia de inversiones extranjeras.

²¹¹ <https://data.oecd.org/fdi/fdi-restrictiveness.htm>

²¹² Vid., OECD, *OECD Services Trade Restrictiveness Index (STRI): Spain*, p. 1 (https://www.oecd.org/tad/services-trade/STRI_ESP.pdf). Una aproximación a los flujos de inversión directa en España durante el año 2018, último para el que existen estadísticas completas, se encuentra en GOBIERNO DE ESPAÑA. MINISTERIO DE INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO, *Inversiones Exteriores Directas 2018*, Boletín de inversiones exteriores, Madrid, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, 2019 <http://www.comercio.es/es-ES/inversiones-exteriores/informes/flujos-inversion-directa/PDF/Flujos-2018-Directas.pdf>.

²¹³ Vid., OECD/UNCTAD, *Twenty-second Report...*, cit., pp. 2-3.

²¹⁴ Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión...*, cit.

²¹⁵ EM, numeral I.

77. La Ley 19/2003 debe leerse conjuntamente con el Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, sobre Transacciones Económicas con el Exterior, en cuya Exposición de Motivos se reafirma la apuesta plena por la eliminación de restricciones a la libre circulación de capitales. El artículo 3.5 del Real Decreto 1816/1991 explicita que las transacciones relativas a inversiones extranjeras en España o españolas en el extranjero vendrán regidas por sus disposiciones específicas. Esta mención al régimen jurídico en materia de inversiones extranjeras, directas e indirectas, supone, a su vez, una referencia al Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores que, una vez más, *“establece, con carácter general, la libertad de movimientos de capitales, en la faceta de inversiones, tanto extranjeras en España, como españolas en el exterior”*²¹⁶.

78. Sin embargo, el reconocimiento por parte del legislador nacional de la plena libertad de movimiento de capitales y de inversiones no le impide incorporar diversas obligaciones para el inversor, y diseñar eventuales limitaciones, en relación con el principio de libre circulación de flujos inversores. En este sentido, el Real Decreto 1816/1991 admite de manera explícita en su Exposición de Motivos que en lo referente a las *“inversiones extranjeras en España y españolas en el extranjero, la liberalización de los cobros, pagos y transferencias con el exterior establecida en el presente Real Decreto se entiende sin perjuicio de que las normas específicas sobre dichas inversiones permitan someter determinadas categorías de las mismas a la exigencia de autorización previa, verificación administrativa o a otras medidas de control”*.

Exigencias, añade, que pueden venir *“fundamentadas no ya en estrictas consideraciones de control de cambios, sino en razones de defensa de la soberanía económica nacional en el caso de las inversiones extranjeras en España, y de vigilancia del cumplimiento del ordenamiento jurídico, especialmente en materia fiscal, en el caso de las inversiones españolas en el extranjero.”*

79. A partir del reconocimiento de este principio de libertad, la normativa concreta quien puede ser titular de la inversión extranjera en España y las formas de canalizar ésta.

A) Titulares de la inversión extranjera en España

80. En línea con el principio de liberalización de las inversiones extranjeras, el artículo 2.1 del Real Decreto 664/1999 señala que pueden ser titulares de inversiones extranjeras en España²¹⁷:

- 1) Las personas físicas no residentes en España, considerándose por tales tanto a los españoles, como a los extranjeros, domiciliados en el extranjero, o que tengan allí su residencia principal.
- 2) Las personas jurídicas domiciliadas en el extranjero de carácter privado²¹⁸.
- 3) Así como las entidades públicas de soberanía extranjera.

B) Formas de canalizar la inversión extranjera en España

81. A su vez, el artículo 3 del Real Decreto 664/1999 prevé una pluralidad de operaciones para que la inversión extranjera –sin distinguir entre directa e indirecta– se canalice en España:

²¹⁶ EM RD 664/1999. En el mismo sentido, art. 1.1 de este RD.

²¹⁷ En este mismo sentido, vid. art. 2.1 Orden de 28.5.2001, por la que se establecen los procedimientos aplicables para las declaraciones de inversiones exteriores y su liquidación, así como los procedimientos para la presentación de memorias anuales y de expedientes de autorización (BOE de 5.6.2001).

²¹⁸ Salvo prueba en contrario, las personas físicas de nacionalidad española y las personas jurídicas domiciliadas en España se presumen residentes en España (art. 2.2 RD 664/1999). En todo caso, la acreditación de la condición de residente y no residente en España se realizará de acuerdo a lo dispuesto en el art. 3 de la Orden de 28.5.2001, por la que se establecen los procedimientos aplicables para las declaraciones de inversiones exteriores y su liquidación, así como los procedimientos para la presentación de memorias anuales y de expedientes de autorización (BOE de 5.7.1991). Nótese igualmente el art. 4, relativo al cambio de domicilio social y traslado de residencia.

- 1) En primer lugar, las inversiones pueden tener como objeto la adquisición de una participación en alguna sociedad española. Bajo esta referencia genérica, la letra a) del mencionado artículo 3 engloba la constitución de la sociedad, la suscripción y adquisición total o parcial de sus acciones o asunción de participaciones sociales, o la adquisición de valores tales como derechos de suscripción de acciones, obligaciones convertibles en acciones u otros valores análogos que por su naturaleza den derecho a la participación en el capital, así como cualquier negocio jurídico en virtud del cual se adquieran derechos políticos.
- 2) La constitución y ampliación de la dotación de sucursales.
- 3) La suscripción y adquisición de valores negociables representativos de empréstitos emitidos por residentes.
- 4) La participación en fondos de inversión, inscritos en los Registros de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.
- 5) La adquisición de bienes inmuebles sitos en España que superen determinadas cuantías fijadas por la legislación al efecto²¹⁹.
- 6) La constitución, formalización o participación en contratos de cuentas en participación, fundaciones, agrupaciones de interés económico, cooperativas y comunidades de bienes, cuando se superen determinados umbrales fijados por la legislación al efecto, o cuando proceda de paraísos fiscales, con independencia de su importe²²⁰.

2. Condicionantes y posibles limitaciones al principio general de libre circulación de capitales e inversiones en España previstos por la normativa española

82. La aceptación legal del principio de la plena libertad de circulación de inversiones extranjeras en España no priva al gobierno español de la capacidad de diseñar ciertos condicionantes y eventuales limitaciones de éste, que varían en cuanto a su naturaleza, objeto y duración. Se combina, así, el requisito general de la declaración *ex-post* de la inversión, con la exigencia de superar diversas autorizaciones en el caso de inversiones en sectores concretos de la actividad económica, el establecimiento de cláusulas de salvaguardia y medidas excepcionales, amén de preverse la posibilidad de suspender el régimen de liberalización de las inversiones en ciertos supuestos de especial gravedad para la economía nacional. Medidas, todas ellas, que encuentran su fundamento, recordemos, “*no ya en estrictas consideraciones de control de cambios, sino en razones de defensa de la soberanía económica nacional en el caso de las inversiones extranjeras en España*”²²¹.

A) Obligación de declaración *ex-post* de la inversión realizada

83. El Real Decreto 664/1999, en consonancia con el mandato del artículo 3 de la Ley 19/2003, y con una mera finalidad administrativa, estadística o económica, recoge en su artículo 4.1 un trámite administrativo de declaración *ex-post* de las inversiones realizadas al Registro de Inversiones del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo²²².

Esta regla general se excepciona, empero, en relación con determinados supuestos de inversiones procedentes o con destino a territorios o países calificados por nuestras disposiciones vigentes

²¹⁹ Noción entendida de acuerdo con lo dispuesto en el RD 1080/1991, de 5.7, por el que se determinan los países o territorios a que se refieren los artículos 2, apartado 3, número 4 de la Ley 17/1991, de 27 de mayo, de medidas fiscales urgentes, y 62 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991 (BOE de 13.7.1991). Estos umbrales no aplicarán cuando la inversión, con independencia de su importe, proceda de paraísos fiscales.

²²⁰ *Ibid.*

²²¹ EM RD 1816/1991.

²²² Art. 4.1 RD 664/1999. Esta declaración se ajusta a las reglas fijadas al efecto por los arts. 4.2.b) y 3 del RD y al mandato del Título II Orden de 28.5.2001. Al respecto, nótese el enlace <http://tramites.administracion.gob.es/comunidad/tramites/recurso/declaracion-de-inversiones-extranjeras-en-espaa/73190fda-1243-47b0-9fd4-8796187e8cc2>

como paraísos fiscales²²³, respecto de los que se exige además de la declaración antes citada, una con carácter previo²²⁴.

B) Inversiones en sectores especiales

84. Junto a esta obligación general de declaración *a posteriori* de la inversión, en el caso de que ésta se efectúe en el ámbito de una norma sectorial especial, y, más en particular, en sectores dotados de regímenes especiales en la legislación específica, deberá ajustarse “a los requisitos exigidos por los órganos administrativos competentes fijados en dichas normas”²²⁵.

En tal sentido, y tal como precisa el artículo 1.2.I del RD 664/1999, sus disposiciones se entenderán sin perjuicio de los posibles regímenes especiales establecidos en legislaciones sectoriales específicas susceptibles de ser aplicables en relación con las inversiones extranjeras. Lo que supone, en particular, una referencia a los sectores de “transporte aéreo, radio, minerales y materias primas minerales de interés estratégico y derechos mineros, televisión, juego, telecomunicaciones, seguridad privada, fabricación, comercio o distribución de armas y explosivos de uso civil y actividades relacionadas con la Defensa Nacional”²²⁶.

85. Significativamente, el análisis de las distintas soluciones recogidas en la normativa española en relación con estos sectores revela diferencias notables entre ellas:

- 1) Así, por ejemplo, en el sector de las telecomunicaciones, el artículo 6 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones²²⁷ impide, de partida, a las personas físicas o jurídicas que no sean nacionales de un Estado miembro de la UE o de otra nacionalidad, cuando así esté previsto en los acuerdos internacionales que vinculen a España, explotar redes y prestar servicios de comunicaciones a terceros. Para el resto de personas físicas o jurídicas, añade, el gobierno podrá autorizar excepciones de carácter general o particular a la anterior regla.
- 2) Esta prohibición genérica contrasta con la introducción de ciertos requisitos de nacionalidad y domicilio, y de limitaciones en la adquisición del capital social, en otros sectores económicos como, por ejemplo, el armamentístico. El artículo 10.4 del RD 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de armas²²⁸, además de introducir diversas exigencias de nacionalidad y domicilio en España respecto de la sociedad, de sus titulares, directivos, representantes legales y de la mitad más uno de los miembros del Consejo de Administración, impide

²²³ La lista de la UE de países y territorios no cooperadores es accesible en <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-list-of-non-cooperative-jurisdictions/>

²²⁴ Art. 2.2 RD 664/1999. No obstante, el art. 4.2.a) del propio RD 664/1999 fija diversas excepciones a esta exigencia de declaración previa. Vid., igualmente, el art. 12 Orden de 28.5.2001 en relación con los modelos de declaración previa y el Capítulo II de su Título II, rubricado “De las declaraciones previas de inversiones extranjeras procedentes de paraísos fiscales”. A su vez, considérese la Resolución de 27.7.2016, de la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones, por la que se aprueban los modelos de declaración de inversiones exteriores cuando el obligado a declarar es inversor o empresa con participación extranjera y que sustituye a las anteriores Resoluciones en esta materia (BOE de 12.8.2016) que aprueba los modelos normalizados para la declaración de inversiones extranjeras en España. Nótese, igualmente a efectos documentos el enlace: <https://sede.comercio.gob.es/es-ES/procedimientos/procedimientos telematicos/Paginas/pagpresentaciondelasdeclaracionesdeInversionesExterioresAforix.aspx>

²²⁵ Art. 1.2.II RD 664/1999 y su EM. Debiendo estarse a lo dispuesto en el RD 664/1999 una vez cumplidos los requisitos fijados en tales normas (art. 1.2.II *in fine* RD 664/1999).

²²⁶ Art. 1.2.I RD 664/1999. Nótese, en este sentido, el mandato de la Ley 18/1992, de 1.7, por la que se establecen determinadas normas en materia de inversiones extranjeras en España (BOE de 3.7.1992), cuyo artículo Único precisa que, a efectos de las inversiones extranjeras en España, constituyen sectores con regulación específica en materia de derecho de establecimiento los del juego, actividades directamente relacionadas con la defensa nacional, televisión, radio y transporte aéreo. No siendo lo anterior de aplicación a los residentes en un Estado de la UE, salvo por lo que se refiere a las actividades de producción o comercio de armas o relativa a materias de defensa nacional.

²²⁷ BOE de 10.5.2014.

²²⁸ BOE de 5.3.1993.

que la participación económica extranjera directa o indirecta en las empresas exceda “*bajo ningún concepto, del 50 por 100 de su capital. Las alteraciones que se produzcan dentro de dicho porcentaje tendrán que comunicarse al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo*”²²⁹.

Igualmente, la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual²³⁰, reúne distintos requerimientos de nacionalidad o domicilio para los titulares de las licencias de comunicación audiovisual, exigiendo que en el caso de personas jurídicas, la participación en su capital social de personas físicas o jurídicas nacionales de países que no sean miembros del EEE cumpla el principio de reciprocidad sin que, además, pueda superar directa o indirectamente el 25% del capital social, y sin que la participación de nacionales de fuera de la UE o del EEE pueda, en ningún caso, superar el 50% de aquel.

Por su parte, la Ley 13/2011, de 27 de mayo de 2011, de regulación del juego²³¹, en su artículo 13.1, reclama a los operadores en este sector, ya sean personas físicas o jurídicas, entidades públicas o privadas, que posean nacionalidad española o de un país perteneciente al EEE y tengan, al menos, un representante permanente en España. Añadiendo que la “*participación directa o indirecta del capital no comunitario tendrá como límite lo establecido en la legislación vigente sobre inversiones extranjeras en España*”.

- 3) Distinta de las anteriores es la solución recogida, en relación con el sector energético en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia²³². La Ley, al abordar en su disposición adicional novena la toma de participaciones en el sector energético, especifica en su numeral 4 los supuestos en que una entidad, de un Estado que no sea miembro de la UE o del EEE, adquiere un porcentaje de capital social que le conceda una influencia significativa en su gestión, o en las sociedades que, directamente o mediante sociedades que controlen de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 42.1 Cdc, realicen actividades incluidas en el apartado 1 de la disposición adicional novena de la Ley 3/2013, o sean titulares de determinados activos. En esos casos, el apartado 7 de la disposición adicional novena requiere al Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico valorar la posible existencia de una amenaza real y suficientemente grave para la garantía de suministro de electricidad, gas e hidrocarburos en el ámbito de las actividades del adquirente y, en base a ello, le permite imponer al adquirente condiciones relativas al ejercicio de la actividad de las sociedades sujetas.

C) Cláusulas de salvaguardia y medidas excepcionales

86. Los artículos 4 (“*cláusulas de salvaguardia*”) y 5 (“*Medidas excepcionales*”) de la Ley 19/2003 entienden prohibidas o limitadas, de acuerdo con lo dispuesto en el Capítulo IV del Título IV TFUE, “*la realización de determinados movimientos de capitales y sus correspondientes operaciones de cobro o pago, así como las transferencias de o al exterior o las variaciones en cuentas o posiciones financieras deudoras o acreedoras frente al exterior, respecto de terceros países*”, en relación con los cuales el Consejo de la UE haya adoptado medidas de salvaguarda al amparo de la normativa europea²³³. En ambas ocasiones, “*si así se dispone expresamente*”, las operaciones podrán realizarse si se obtiene de forma previa autorización administrativa²³⁴.

²²⁹ Art. 10.4.III *in fine*.

²³⁰ BOE de 1.4.2010.

²³¹ BOE de 28.5.2011.

²³² BOE de 5.6.2013.

²³³ Art. 4.1 Ley 19/1993. En la misma línea, art. 5.1 Ley 19/1993.

²³⁴ En las condiciones que se concrete, por los órganos, y a través del procedimiento que se disponga reglamentariamente (art. 6.1). En el caso de transcurriera el plazo máximo para dictar y notificar la autorización sin mediar resolución expresa, se entenderá que la autorización no ha sido autorizada (art. 6.2).

D) Suspensión del régimen de liberalización

87. Por último, la normativa española dispone la posible suspensión del régimen de liberalización de las inversiones extranjeras en el país. Dos son las situaciones previstas: una específicamente referida al supuesto de actividades relacionadas con la Defensa nacional y otra, dotada de carácter general.

a) Suspensión del régimen general de inversiones extranjeras en España en actividades directamente relacionadas con la defensa nacional

88. El artículo 11 del RD 664/1999, de 23 de abril sobre inversiones extranjeras, en línea con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 19/2003 de 4 de julio²³⁵, señala que el régimen de liberalización “*queda suspendido respecto de las inversiones extranjeras en España en actividades directamente relacionadas con la Defensa Nacional, tales como las que se destinen a la producción o comercio de armas, municiones, explosivos y material de guerra*”²³⁶. La suspensión determina el sometimiento de las eventuales operaciones a la obtención de una autorización administrativa previa²³⁷.

89. Esta afirmación genérica recogida en el artículo 11.1.I del RD viene matizada en el apartado II del propio precepto, en lo relativo a las sociedades cotizadas en Bolsa de Valores que desarrollen este tipo de actividades. Se señala así que únicamente requerirán autorización las adquisiciones por no residentes superiores al 5% del capital social de la sociedad española, o las que, sin alcanzar este porcentaje, permitan al inversor formar parte, directa o indirectamente, de su órgano de administración²³⁸.

90. Cualquier alteración de las condiciones de las inversiones autorizadas quedará sujeta nuevamente a dicho procedimiento de autorización previa. Salvo que el órgano administrativo correspondiente del Ministerio de Defensa considere que las modificaciones son de escasa relevancia y proceda a autorizarlas directamente²³⁹.

b) Suspensión global, o particular, del régimen general de inversiones extranjeras en España

91. Junto a la suspensión específica del régimen de liberalización, el primer párrafo del artículo 7 de la Ley 19/2003 reconoce al Gobierno la capacidad de suspender el régimen de liberalización establecido en la Ley “*cuando se trate de actos, negocios, transacciones u operaciones que, por su naturaleza, forma o condiciones de realización, afecten o puedan afectar a actividades relacionadas, aunque sólo sea de modo ocasional, con el ejercicio de poder público, ... o a actividades que afecten o puedan afectar al orden público, seguridad pública y salud pública*”.

²³⁵ El precepto atribuye al Gobierno la posibilidad de suspender el régimen de liberalización establecido en la Ley cuando se trate de actos, negocios, transacciones u operaciones que debido a su naturaleza, forma o condiciones de realización puedan potencialmente afectar a actividades “*directamente relacionadas con la defensa nacional*”.

²³⁶ Art. 11.1.I RD 664/1999.

²³⁷ Art. 7.II Ley 19/2003. Nótese lo dicho con anterioridad respecto del sector armamentístico (IV.2.B) *supra*.

²³⁸ Art. 11.1.II RD 664/1999. Todo ello, añade el precepto, de conformidad con lo previsto en el RD 1362/2007, de 19.10, por el que se desarrolla la Ley 24/1988, de 28.7, del Mercado de Valores, en relación con los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado de la Unión Europea (BOE de 20.10.2007). Las solicitudes de autorización se rigen por lo dispuesto en relación con la suspensión genérica del régimen de liberalización –previsto en el art. 10.2 y 3 RD 664/1999– con ciertas especialidades señaladas en el art. 11.2 del RD. Considérese, igualmente, lo dispuesto el mandato del art. 7.II *in fine* de la Ley 19/2003, que hace una referencia al art. 6 de dicho texto legal. Igualmente, tómesese en consideración la Guía para la solicitud de autorización de inversiones extranjeras en actividades directamente relacionadas con la defensa nacional (<https://www.defensa.gob.es/Galerias/portalservicios/inversionexteriores/DGAM-Anexo-1-Guia-solicitud-autorizacion-inversion-extranjera.pdf>).

²³⁹ Art. 11.3 RD 664/1999.

Así, el artículo 10.1 del RD 664/1999 autoriza al Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital y, en su caso, del titular del Departamento competente por razón de la materia, y previo informe de la Junta de Inversiones Exteriores²⁴⁰, a “*acordar, de forma motivada, con carácter general o particular, la suspensión del régimen de liberalización establecido en el presente Real Decreto y siempre que las inversiones por su naturaleza, forma o condiciones de realización, afecten o puedan afectar a actividades relacionadas, aunque sólo sea de modo ocasional, con el ejercicio de poder público, o a actividades que afecten o puedan afectar al orden público, seguridad y salud públicas*”²⁴¹.

92. El precepto no aporta información sobre el significado de los términos recogidos en él. Sin embargo, el hecho de que el legislador, en la Exposición de Motivos de la Ley 19/2003, vincule de forma expresa el modelo español de inversiones extranjeras con el actual artículo 65.3 TFUE favorece que la interpretación de los términos “orden público” y “seguridad pública”, también el de “salud pública” recogidos en el RD lo sean de acuerdo con el sentido y filosofía que les es atribuido en la normativa de la Unión y por la interpretación que de estos ha efectuado el TJUE, a la que hemos hecho referencia con anterioridad²⁴². Cuestión diferente es, sin embargo, la mención que el artículo 10.1 realiza a la noción de “ejercicio de poder público”, que vendrá especificado en consonancia con lo señalado por la legislación y práctica española al respecto.

93. Tal como aparece diseñada, se trata, en suma, de una suspensión permitida “*en casos excepcionales*”²⁴³. Y esto es exactamente lo que ha llevado a cabo el Gobierno de España en su RD-L 8/2020. Una suspensión que, sin embargo, tiene un impacto limitado en el modelo español de inversiones extranjeras, que sigue siendo extraordinariamente flexible y abierto en términos generales, permitiendo el libre flujo de inversiones extranjeras en la mayor parte de la economía nacional²⁴⁴.

3. La suspensión del régimen de liberalización de las inversiones extranjeras

94. La regulación de las inversiones extranjeras en España es profundamente abierta y flexible con una práctica que no ha generado grandes sobresaltos hasta el momento. Si bien la normativa prevé la inversión privada y soberana extranjera, las bajas cifras de inversión provenientes de economías que hacen uso habitual de fondos soberanos o empresas estatales para canalizar su inversión²⁴⁵ no ha generado una situación de tensión como la que se observa en otros países²⁴⁶. Quizás el caso de la fracasada

²⁴⁰ Cuya composición y funciones viene fijada en el art. 9 RD 664/1999.

²⁴¹ En relación con el procedimiento de suspensión, vid. el art. 10 (“*Procedimiento de suspensión del régimen de liberalización*”) Orden de 28.5.2001.

²⁴² Vid. III.2.C.b) *supra*.

²⁴³ EM Orden de 28.5.2001.

²⁴⁴ Resulta así sintomático que el 26.3.2020, seis días después de aprobarse el mencionado RD-L 8/2020, la CNMV dio luz verde a la adquisición de Bolsas y Mercados Españoles (BME) por parte de *Six Group*, gestora de la Bolsa de Zurich (Nótese, “La CNMV da ‘luz verde’ a la compra de BME por Six Group tras la autorización del Gobierno”, *Europa Press*, 26.3.2020, <https://www.europapress.es/economia/finanzas-00340/noticia-cnmv-da-luz-verde-compra-bme-six-group-autorizacion-gobierno-20200326082911.html>. Solución que contrasta con la respuesta dada a otras operaciones del mismo tipo y que fueron rechazadas por motivos diversos en otros lugares del planeta: contrariedad con el Derecho de la competencia (la fusión de la Bolsa de valores de Londres por la de Frankfurt en 2017, tras dos intentos previos); por ser contrario al interés nacional de Australia (la adquisición de la Bolsa de Sídney por la Bolsa de Singapur, en 2011, dada la participación del gobierno de Singapur en esta última) o por la procedencia del capital y la naturaleza del activo que se pretendía adquirir (adquisición de la Bolsa de Chicago por un grupo de inversores chinos en 2018).

²⁴⁵ En relación con las cifras de inversión, vid., respecto del período 2012-2019, http://datainvex.comercio.es/principal_invex.aspx. Su análisis pone de manifiesto como Hong Kong ocupa el décimo lugar en el listado de procedencia de los flujos de inversión extranjera bruta en España (€3.527 millones), no llegando al 6,2% del volumen total de flujos inversores realizados por Luxemburgo, primer país inversor en España en ese período (€57.498 millones). Por su parte, la RPC ocupó el trigésimo lugar en dicho listado, alcanzando el volumen total de inversiones provenientes de dicho país la cantidad de €449 millones.

²⁴⁶ Vid. C. ESPLUGUES MOTA, *El control de las inversiones...*, cit., pp. 470-471.

propuesta de compra de la empresa portuguesa EDP por el consorcio estatal *China Three Gorges*, de la RPC, puede ser considerado un ejemplo aislado de preocupación, dado su potencial impacto en el mercado energético español²⁴⁷.

95. La situación existente hasta el momento, empero, se ha visto profundamente alterada por la crisis del coronavirus, y el impacto atroz que ésta está teniendo en la economía nacional e internacional. Las importantes pérdidas que están alcanzando en su valoración las empresas cotizadas en Bolsa, y la falta de liquidez que otras empresas no cotizadas pueden estar igualmente sufriendo, colocan a algunas de ellas en el punto de mira de eventuales inversores extranjeros que pueden intentar la realización de “*compras predatorias*”²⁴⁸. Para hacer frente a esta situación de emergencia, el Gobierno de España, a través del RD-L 8/2020, ha decidido incluir un nuevo artículo, el 7bis, en la Ley 19/2003, de 4 de julio, reformado días después por el RD-L 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19²⁴⁹, y modificar los artículos 8.2 y 12.2 de aquella, suspendiendo el régimen de liberalización de determinadas inversiones extranjeras directas en España en distintos sectores mencionados por el propio precepto que, se entiende, “*afectan al orden público, la seguridad pública y la salud pública*” de España. Se trata de introducir, con urgencia, mecanismos de autorización *ex ante* de las inversiones extranjeras directas en España atendiendo a las especiales circunstancias económicas y sociales que se viven en la actualidad.

96. La suspensión se avizoraba, de partida, temporal. En este sentido, el artículo 7bis, en su versión originaria incorporaba un apartado 6 en el que se avanzaba su vigencia hasta que fuera levantada mediante el oportuno acuerdo del Consejo de Ministros. Sin embargo, este apartado ha quedado derogado por la disposición final tercera del RD-L 11/2020, atribuyéndole un cierto halo de permanencia a la nueva situación.

97. La suspensión del régimen de liberalización de las inversiones extranjeras viene fundamentada en la “*extraordinaria y urgente necesidad*” de introducir mecanismos de autorización previa de ciertas inversiones extranjeras “*a fin de evitar la amenaza de operaciones de adquisición de empresas españolas realizadas por parte de inversores extranjeras aprovechando la disminución del valor de aquellas por el impacto de la crisis global desencadenada por el COVID-19*”²⁵⁰.

98. El artículo 7bis prevé distintas inversiones afectadas por la suspensión. Unas, de forma automática y genérica, otras dependiendo del tipo de inversión y del sector al que vaya dirigida. En todo caso, la suspensión conlleva que, a partir de este momento, el inversor afectado deberá solicitar autorización administrativa previa respecto de las operaciones de inversión que se proponga realizar²⁵¹.

A) Suspensión automática y general

99. El nuevo artículo 7bis, en línea con lo que realizan otros países de nuestro entorno²⁵², consolida una nueva categoría de inversor extranjero, la de inversor soberano, para quien queda suspendido en todo caso el régimen de liberalización de inversiones, independientemente del sector en que se produzca ésta o de su cuantía y consecuencias.

El apartado 3.a) del precepto añade que la suspensión se produce, asimismo, de forma automática en el supuesto de que el inversor extranjero esté “*controlado directa o indirectamente por el gobier-*

²⁴⁷ “El Gobierno analiza «con muchísimo detenimiento» las implicaciones de la OPA de un grupo chino sobre EDP”, *Expansion*, 17.5.2018, https://www.expansion.com/agencia/europa_press/2018/05/17/20180517140424.html.

²⁴⁸ En terminología usada por COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión...*, cit., Anexo, núm. 4, p. 5.

²⁴⁹ RD-L 11/2020, de 31.3, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (BOE de 1.4.2020).

²⁵⁰ EM RD-L 11/2020.

²⁵¹ Art. 10.2.I RD 664/1999. Vid. IV.4.A *infra*.

²⁵² Vid. C. ESPLUGUES MOTA, *El control de las inversiones...*, cit., p. 40.

no, incluidos los organismos públicos o las fuerzas armadas, de un tercer país". La existencia de este control deberá realizarse de acuerdo con lo previsto en el artículo 42 Cdc -y 7.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia²⁵³- haciendo uso de los criterios interpretativos allí establecidos.

100. La suspensión del régimen de liberalización se declara igualmente de forma automática en dos supuestos adicionales, que se hacen depender de la actuación del inversor en otros Estados de la UE²⁵⁴:

- 1) En primer lugar, si el inversor extranjero ha realizado inversiones o ha participado en actividades en los sectores "*que afecten a la seguridad, al orden público y a la salud pública*" en otro Estado miembro –aparentemente parecería que se hace alusión a miembro de la UE- con especial referencia a los sectores mencionados en el apartado 2 del propio artículo 7bis²⁵⁵.
- 2) Si se ha abierto un procedimiento administrativo o judicial contra el inversor extranjero en otro Estado miembro –de nuevo, se asume que de la Unión-, en el Estado de origen, o en un tercer Estado "*por ejercer actividades delictivas o ilegales*".

B) Suspensión vinculada a las características de la inversión y al sector a que va dirigida

101. El artículo 7bis define qué se entiende por inversión extranjera a sus efectos, y cuáles son los ámbitos respecto de los que queda suspendido el régimen de liberalización contenido en el modelo español de inversiones extranjeras.

a) Inversiones extranjeras directas cubiertas por el precepto

102. El nuevo artículo 7bis de la Ley 19/2003 alude exclusivamente a las IEDs. El precepto no hace mención a las inversiones extranjeras indirectas –las denominadas inversiones de cartera-, en las que el inversor carece, al menos aparentemente, de interés en establecer una relación duradera con la sociedad participada, o controlar o influenciar su gestión, limitándose a buscar la máxima rentabilidad a su inversión participada²⁵⁶.

103. Este silencio respecto de la inversión indirecta contrasta con la referencia expresa a ella que realiza la Comisión Europea en su Comunicación de marzo de 2020. Aunque la Comisión asume que este tipo de inversiones, que no confieren al inversor una influencia efectiva en la gestión y el control de una empresa, es menos probable que planteen problemas de seguridad o de orden público, reconoce a los Estados su capacidad para someterlas a control de acuerdo con la normativa europea. En todo caso, insiste en la idea de que estas eventuales limitaciones sólo serían pertinentes cuando la inversión indirecta represente "*la adquisición de, como mínimo, participaciones cualificadas que otorguen determinados derechos al accionista o los accionistas vinculados en virtud del Derecho de sociedades nacional (por ejemplo, el 5%)*"²⁵⁷.

104. El artículo 7bis de la Ley 19/2003, en su apartado 1, reformado por el RD-L 11/2020, califica, a sus efectos, como IED en España:

- 1) En primer lugar, a todas aquellas inversiones a consecuencia de las cuales el inversor extranjero –en línea con lo señalado en las Notas Explicativas de la Directiva 88/361/CEE del Consejo de 24 de junio de 1988 para la aplicación del artículo 67 del Tratado²⁵⁸, no se diferencia entre

²⁵³ BOE de 4.7.2007

²⁵⁴ Art. 7bis.3.b) y c) Ley 19/2003.

²⁵⁵ Vid. IV.3.b) *infra*.

²⁵⁶ Vid., IMF, *IMF Balance of Payments...*, cit., p. 110, nº. 6.54.

²⁵⁷ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión...*, cit., Anexo, núm. 3, p. 4.

²⁵⁸ DO L 178, de 8.7.1988, p. 11.

personas físicas o jurídicas- pase a ostentar una participación igual o superior al 10% del capital social de la sociedad española.

El criterio objetivo de la adquisición del 10%, o más, del capital social de una sociedad por parte de un inversor extranjero es el dato utilizado por la OCDE para calificar a una inversión extranjera como directa²⁵⁹. Existen, sin embargo, modulaciones. Por un lado, en algunos países de nuestro entorno, como Alemania a partir de enero de 2019²⁶⁰, esta referencia al 10% viene referida no al capital social, sino a los derechos de voto en ciertas sociedades que realizan su actividad en sectores calificados como críticos por la propia normativa alemana²⁶¹. En otros, por ejemplo Japón, se está proponiendo en estos momentos rebajar este porcentaje hasta el 1% del capital social²⁶².

La filosofía que acompaña al nuevo tenor del artículo 7bis 1 de la Ley 19/2003 permite apuntar que su ámbito de aplicación cubriría tanto el supuesto en que el inversor extranjero alcance ese 10% a través de una única operación que suponga la entrada *ex novo* en el capital de la sociedad, o como consecuencia de una actuación que complementa la participación previa inferior al mencionado 10%, que ya estaba en manos del inversor extranjero.

- 2) O, en segundo lugar, cuando como consecuencia de la operación societaria, acto o negocio jurídico el inversor extranjero participe de forma efectiva en la gestión o el control de dicha sociedad.

Este segundo escenario previsto por el apartado 7bis para describir la inversión extranjera se articula sobre nociones que, en línea de nuevo, con lo señalado en las Notas Explicativas de la Directiva 88/361/CEE, refieren a niveles diversos de intervención del inversor extranjero en la gestión de la sociedad, y requieren atender a las circunstancias concretas del caso. Y que, en última instancia, pueden suponer una superación del límite objetivo del 10% de capital social de la empresa, en cuanto que la participación efectiva en la gestión o control de ésta puede no depender de dicho porcentaje²⁶³.

- 3) Adicionalmente, en ambos casos será necesario que concorra alguna de las circunstancias siguientes.

- A) Que la inversión extranjera se lleve a cabo por residentes de países de fuera de la UE y de la AELC²⁶⁴.
- B) Que se realicen por residentes de países de la UE o de la AELC “cuya titularidad real corresponda a residentes de países de fuera” de la UE y de la AELC²⁶⁵.

²⁵⁹ Vid. nota 2 *supra*.

²⁶⁰ Vid. S. 56(1) AWV. La posibilidad de limitar o prohibir la inversión extranjera en ciertos ámbitos de la economía alemana viene amparada en el mandato de la S. 4 de la *Foreign Trade and Payments Act (Außenwirtschaftsgesetz - AWG)*.

²⁶¹ S. 55(1)(2) AWV. Además de plantear la problemática de la adquisición de acciones que no den derecho a voto, la solución incorporada se reputa tanto de las inversiones directas o indirectas realizadas por no residentes en la UE o en el EEE. Vid., SS. 55(1) y 56(1) AWV.

²⁶² Vid. al respecto, *Draft Rules and Regulations of the Foreign Exchange and Foreign Trade Act* (a fecha 25.3.2020, https://www.mof.go.jp/english/international_policy/fdi/kanrenshiryou_20200325.pdf).

²⁶³ De nuevo, el concepto de “control” deberá valorarse atendiendo a lo prevenido en el art. 42 Cdc y, también, en el art. 7.2 de la Ley 15/2007. En este sentido, subsiste la cuestión, planteada por el art. 42 Cdc pero a la que no refiere el nuevo art. 7bis Ley 19/2003 de la inversión realizada por diversas sociedades, parte de un mismo grupo de sociedades, que no implique para ninguna de ellas llegar a adquirir el 10% del capital social pero que, en su conjunto, permita al grupo de empresas alcanzar más de ese porcentaje. Una posibilidad que sí prevé el art. 42.1 *in fine* Cdc, pero referida a la mayoría de los derechos de voto.

²⁶⁴ La referencia a la AELC y no al EEE permite ampliar a la Confederación Helvética el elenco de países de procedencia de la inversión.

²⁶⁵ De acuerdo con el art. 7bis,1.b) Ley 19/2003 se entiende que existe esa “titularidad real” en aquellos supuestos en que estos últimos “posean o controlen en último término, directa o indirectamente, un porcentaje superior al 25% del capital o de los derechos de voto del inversor; o cuando por otros medios ejerzan el control, directo o indirecto, del inversor”. Se diseña así una noción, la de “titularidad real”, que resultaría más amplia que la de control al englobar una referencia al control directo o indirecto de la sociedad, con una mención al control del 25% del capital social o de los derechos de voto del inversor.

La reforma del artículo 7bis de la Ley 19/2003 por el RD-L 11/2020, escasamente quince días después de su incorporación a dicho texto normativo, busca cubrir algunas de las lagunas presentes en la versión originaria del precepto, extendiendo su ámbito de aplicación a las inversiones realizadas por inversores residentes en la UE o en la AELC, en aquellos casos en que aparecen controlados por entidades residentes fuera de estos territorios.

- 4) En todo caso, el artículo 7bis.1 *in fine* atribuye a la administración la posibilidad de establecer reglamentariamente el umbral por debajo del cual las operaciones de inversión directa extranjera quedarán exentas de someterse al régimen de autorización previa. En este sentido, el apartado 3 de la Disposición transitoria segunda del RD-L 11/2020 señala que, de forma transitoria y hasta que tal cosa ocurra, se entienden exentas de autorización previa a aquellas operaciones de inversión cuyo importe no exceda el millón de euros.

b) Sectores a los que se dirige la inversión

105. La suspensión de la liberalización de las inversiones foráneas formuladas por el artículo 7bis.1 de la Ley 19/2003 no se realiza con carácter general sino, tan sólo, respecto de aquéllas dirigidas a sociedades españolas que realicen actividades en los distintos sectores listados en el apartado 2 del precepto, y que de acuerdo con éste se considera “*que afectan al orden público, la seguridad pública y a la salud pública*” de España.

106. Estos sectores son coincidentes con los recogidos en el artículo 4 del Reglamento 2019/452 de 19 de marzo de 2019 para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión:

- 1) Infraestructuras críticas, ya sean físicas o virtuales, incluidas las infraestructuras de energía, transporte, agua, sanidad, comunicaciones, medios de comunicación, tratamiento o almacenamiento de datos, aeroespacial, de defensa (recordemos que ya está cubierta esta opción por el artículo 11 del RD 664/1999, de 23 de abril sobre inversiones extranjeras²⁶⁶), electoral o financiera, “*y las instalaciones sensibles*”. Así como terrenos y bienes inmuebles que resulten claves para el uso de dichas infraestructuras²⁶⁷.

La adjetivación como crítica de una infraestructura debe realizarse atendiendo a lo dispuesto en el artículo 2.e) de la Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas²⁶⁸ y que describe a éstas como aquellas “*infraestructuras estratégicas cuyo funcionamiento es indispensable y no permite soluciones alternativas, por lo que su perturbación o destrucción tendría un grave impacto sobre los servicios esenciales*”²⁶⁹.

- 2) Tecnologías críticas, y productos de doble uso tal como se definen en el artículo 2.1 del Reglamento (CE) núm. 428/2009, del Consejo, de 5 de mayo de 2009, por el que se establece un régimen comunitario de control de las exportaciones, la transferencia, el corretaje y el tránsito de productos de doble uso²⁷⁰, incluidas la inteligencia artificial, la robótica, los

²⁶⁶ Vid. IV.2.B *supra*. También, respecto del Reglamento de armas, IV.2.D.a) *supra*.

²⁶⁷ Art. 7bis.a) Ley 19/2003. Nótese III.2.a) n°. 39 *supra*.

²⁶⁸ BOE de 29.4.2011.

²⁶⁹ La Ley 8/2011 incorpora en su art. 2.h) unos “*criterios horizontales de criticidad*”, entendiendo por tales a los parámetros en función de los cuales se determina la criticidad, la gravedad y las consecuencias de la perturbación o destrucción de una infraestructura crítica y que deben evaluarse atendiendo al número de personas afectadas, al impacto económico, al impacto medioambiental y al impacto público y social, desgranando que se entiende por cada uno de ellos. Considérese, igualmente, la Directiva 2008/114/CE del Consejo, de 8.12.2008, sobre la identificación y designación de infraestructuras críticas europeas y la evaluación de la necesidad de mejorar su protección (DO L 345, de 23.12.2008).

²⁷⁰ DO L 134, de 29.5.2009.

semiconductores, la ciberseguridad, las tecnologías aeroespaciales, de defensa, de almacenamiento de energía, cuántica y nuclear, así como las nanotecnologías y biotecnologías²⁷¹.

- 3) Suministro de insumos fundamentales, en particular energía, entendiéndose por éstos a los que son objeto de regulación en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico²⁷², y en la Ley 374/1988, de 7 de octubre, del sector de Hidrocarburos²⁷³, abarcando al amparo de su artículo 1.1 tanto los líquidos como los gaseosos²⁷⁴. Se incluyen, igualmente, los referidos a materias primas, así como a la seguridad alimentaria²⁷⁵.
- 4) Sectores con accesos a información sensible²⁷⁶, señalándose en particular, el acceso a datos personales o con capacidad de control de dicha información, de conformidad con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales²⁷⁷.

5) Medios de comunicación²⁷⁸

107. En todo caso, se trata de un listado ilustrativo y no exhaustivo. En este sentido, el apartado 4 del artículo 7bis resalta que, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 7 de la Ley 19/2003, el gobierno tendrá capacidad para suspender el régimen de liberalización de las inversiones extranjeras directas en España en aquellos otros sectores no contemplados en el listado recogido en el apartado 2 del precepto, “*cuando puedan afectar a la seguridad pública, orden público y salud pública*”.

4. Consecuencias de la suspensión del régimen de liberalización

108. La suspensión del régimen de liberalización de las inversiones extranjeras supone que las propuestas inversoras vendrán sometidas a la exigencia de obtener una autorización previa²⁷⁹. De llevarse a cabo sin esta preceptiva autorización previa se entenderá que “*carecen de validez y efectos jurídicos, en tanto no se produzca su legalización*” de acuerdo con lo apuntado en dicho artículo 6 de la Ley 19/2003²⁸⁰, a la vez que se prevé la imposición de ciertas sanciones.

A) Tramitación de las autorizaciones

109. El RD-L 11/2020 incorpora en su Disposición transitoria, de forma temporal, un procedimiento simplificado para ciertas operaciones de inversión extranjera cubiertas por el artículo 7bis de la Ley 19/2003²⁸¹. En concreto:

²⁷¹ Art. 7bis.2.b) Ley 19/2003.

²⁷² BOE de 27.12.2007. El art. 1.2 de la Ley menciona de forma expresa la “*generación, transporte, distribución, servicios de recarga energética, comercialización e intercambios intracomunitarios e internacionales, así como la gestión económica y técnica del sistema eléctrico*”.

²⁷³ BOE de 8.10.1988.

²⁷⁴ A su vez, el art. 1.2 incorpora dentro del ámbito de aplicación de la Ley a las actividades de exploración, investigación y explotación de yacimientos y de almacenamientos subterráneos de hidrocarburos; al comercio exterior, refino, transporte, almacenamiento y distribución de crudo de petróleo y productos petrolíferos, incluidos los gases licuados del petróleo y a la adquisición, producción, licuefacción, regasificación, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización de combustibles gaseosos por canalización.

²⁷⁵ Art. 7bis.2.c) Ley 19/2003.

²⁷⁶ Art. 7bis.2.d) Ley 19/2003.

²⁷⁷ BOE de 6.12.2018.

²⁷⁸ Art. 7bis.2.e) Ley 19/2003.

²⁷⁹ En consonancia con lo previsto en el art. 6 Ley 19/2003. Vid. art. 7bis.5.I Ley 19/2003.

²⁸⁰ Art. 7bis.5.II 19/2003.

²⁸¹ Las solicitudes serán dirigidas al titular de la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones, quien procederá a resolverlas previo informe de la Junta de Inversiones Exteriores aplicando de oficio la tramitación simplificada prevista en el art. 96 Ley 39/2015 de 1.10, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (BOE de 2.10.2015).

- 1) Aquellas respecto de las que se acredite, *“por cualquier medio válido en derecho, la existencia de un acuerdo entre las partes o una oferta vinculante en los que el precio hubiera sido fijado, determinado o determinable”* con anterioridad a la entrada en vigor del RD-L 8/2020²⁸², o,
- 2) Aquellas cuyo importe sea igual o superior a un millón de euros e inferior a cinco millones de euros, hasta que entre en vigor la normativa de desarrollo del artículo 7 bis²⁸³.

Para el resto de solicitudes de autorización se estará al régimen general recogido en los artículos 6 de la Ley 19/2003 y 10 del RD 664/1999²⁸⁴.

110. En el supuesto de que la inversión venga autorizada, ésta deberá realizarse en el plazo fijado en la autorización o, caso de no haberse señalado nada, en el plazo de seis meses, *“transcurrido el plazo sin haberse realizado la inversión, se entenderá caducada la autorización, salvo que se obtenga prórroga”*²⁸⁵.

B) Régimen sancionador

111. El RD-L 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, modifica el régimen sancionador recogido en la Ley 19/2003. El artículo 8 de la Ley distingue en su numeral 1 entre infracciones de sus disposiciones de carácter leves, graves y muy graves, especificando en el resto de sus numerales el significado de cada una de ellas. El RD-L 8/2020 modifica ahora las letras a) y b) del numeral 2 en relación con el significado de *“infracción muy grave”*.

112. En tal sentido, y en línea con el tenor del nuevo artículo 7bis, el artículo 8.2 señala que junto a la realización de actos, negocios y transacciones u operaciones prohibidas en virtud de la adopción de las medidas referidas en los artículos 4 y 5 de la Ley 19/2003²⁸⁶, constituirá infracción muy grave²⁸⁷ la *“realización de actos, negocios, transacciones u operaciones sin solicitar autorización cuando sea preceptiva conforme a los artículos 6, 7 y 7bis, o con carácter previo a su concesión o con incumplimiento de la condiciones establecidas en la autorización”*²⁸⁸.

113. Adicionalmente, el artículo 9 de la Ley 19/2003 prevé la imposición de unas sanciones por la comisión de estas infracciones. En el caso de las infracciones muy graves, el numeral 2 del precepto señala que se impondrán, de forma simultánea, una multa que podrá ascender hasta el montante del contenido económico de la infracción, sin que pueda ser inferior a 30.000€, y una amonestación pública o privada.

²⁸² Disposición transitoria segunda RD-L 11/2020, 1.a)

²⁸³ *Ibid.*, 1.b)

²⁸⁴ Vid. igualmente art. 11 Orden de 28.5.2001. En consonancia con ellos, la solicitud vendrá dirigida al Director General de Comercio Internacional e Inversiones, correspondiendo su resolución al Consejo de Ministros a propuesta de la Ministra de Asuntos Económicos y Transformación Digital y, en su caso, del titular del Departamento competente por razón de la materia, siempre previo informe de la Junta de Inversiones Exteriores (art. 10.2.II RD 664/1999. El precepto viene desarrollado por el art. 11.2 Orden de 28.5.2001). De transcurrir seis meses desde el día de registro válido de la solicitud sin que se haya adoptado resolución expresa, ésta se entenderá desestimada (art. 6.2 Ley 19/2003). En relación con este último punto, nótese que los arts. 10.2.III RD 664/1999 y 11.3 Orden de 28.5.2001 precisan que caso de transcurrir seis meses desde el día de registro válido de la solicitud sin que se haya adoptado resolución expresa, se producirán los efectos previstos en el art. 24 de la Ley 39/2015 que en contra de lo precisado en el art. 6 Ley 19/2003 entiende estimada la solicitud.

²⁸⁵ Arts. 10.3 RD 664/1999 y 11.4, 5 y 6 Orden de 28.5.2001.

²⁸⁶ Art. 8.2.a) Ley 19/2003.

²⁸⁷ Recordemos que las operaciones realizadas sin la preceptiva autorización ya han sido declaradas carentes de validez y efectos jurídicos, en tanto no se produzca su legalización de acuerdo con lo establecido en el art. 6 Ley 19/2003 (art. 7bis.5.II Ley 19/2003).

²⁸⁸ Art. 8.2.b) Ley 19/2003.

Estas sanciones se determinarán atendiendo al principio de proporcionalidad previsto en el artículo 129.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, y valorando un elenco de circunstancias desgranadas en el artículo 10 de la Ley 19/2003 y que refieren a la naturaleza y entidad de la infracción, al grado de responsabilidad e intencionalidad en los hechos que concurran en el interesado, al tiempo que haya mediado entre la comisión de la infracción y el intento de subsanación de ésta por iniciativa propia del interesado, a la capacidad económica de éste, y a su conducta anterior en relación con las normas en materia de movimientos de capitales y pagos exteriores durante los últimos cinco años.

114. El procedimiento sancionador viene recogido en el artículo 12 de la Ley 19/2003 que también es objeto de reforma en lo referente a su apartado 2, relativo a la competencia para la instrucción de los procedimientos sancionadores, por parte del RD-L 8/2020, de 17 de marzo. El texto diferencia entre la competencia para la incoación e instrucción de los procedimientos sancionadores, y la imposición de las eventuales sanciones:

- 1) El nuevo texto atribuye la competencia para la incoación e instrucción de los procedimientos sancionadores resultantes de la aplicación del régimen previsto en la Ley 19/2003 y para la imposición de las correspondientes sanciones a la Secretaría de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, “*salvo en materia de inversiones extranjeras directas que corresponderá al órgano que designe el titular de la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones*”²⁸⁹.
- 2) Junto a ello, y en línea con lo que ya señalaba el texto ahora modificado del artículo 12 de la Ley 19/2003, se atribuye al Consejo de Ministros la competencia para la imposición de sanciones muy graves en materia de inversiones extranjeras directas al Consejo de Ministros, a propuesta del Titular del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo²⁹⁰.

V. Un cambio que marca tendencia

115. Las inversiones extranjeras han fluido como nunca durante las últimas décadas, en el marco de una aceptación generalizada de sus beneficios. Esta situación, sin embargo, comienza a alterarse de forma acelerada. La presencia de un entorno geoestratégico más complejo, y la aproximación crítica de muchos Estados hacia la globalización y lo que ella significa, está consolidando una visión más cautelosa hacia la libre circulación de inversiones extranjeras que, entre otros efectos, se plasma en la elaboración de normativas más restrictivas.

116. El fomento del recurso a los mecanismos de control de las inversiones extranjeras con base en su potencial riesgo para la seguridad nacional del Estado receptor constituye un síntoma más del momento de cambio que vive el Derecho de las inversiones internacionales, en un contexto de creciente cautela respecto de ellas. La extensión de su diseño y su uso en un entorno económico y geoestratégico muy variable abre el debate sobre la finalidad real de este sector del Derecho, a la vez que plantea dudas lógicas, y relevantes, en relación a los términos futuros de su utilización, y a su incidencia sobre la libre circulación de inversiones.

117. España había sido inmune hasta el momento a esta tendencia, siendo una de las economías más abiertas hacia la inversión extranjera. La crisis del COVID-19, sin embargo, ha supuesto un cambio radical de esta tendencia. La necesidad de evitar compras depredatorias por inversores extranjeros, aprovechando la situación económica de emergencia que vivimos, ha llevado al gobierno de España a suspender el régimen de liberalización de las inversiones extranjeras para ciertos inversores y en de-

²⁸⁹ Art. 12.2.a) Ley 19/2003.

²⁹⁰ Art. 12.2.b).II Ley 19/2003.

terminados sectores. El modelo sigue siendo muy abierto, pero el futuro dirá si estamos ante una pausa reversible, o ante un cambio de tendencia.

118. Las bases sobre las que se ha articulado la realidad de las inversiones extranjeras en un mundo globalizado están erosionándose rápidamente. La revolución tecnológica y las disputas geoestratégicas están afectando drásticamente al modelo vigente durante los últimos 40 años. Se avizora un futuro mucho más restrictivo hacia la inversión extranjera. Como se plasme en concreto es, todavía, algo por escribir.

LA COOPERACIÓN CONTRA EL FRAUDE ADUANERO EN LA UNIÓN EUROPEA

COOPERATION AGAINST CUSTOMS FRAUD IN THE EUROPEAN UNION

DAVID GARCÍA GUERRERO

*Contratado FPU de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Jaén*

Recibido: 14.06.2020 / Aceptado: 01.07.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5615>

Resumen: El fraude aduanero ha constituido y constituye un elemento de preocupación para la Unión Europea porque conlleva una merma en los ingresos de la Hacienda comunitaria, repercutiéndole, en consecuencia, negativamente en su capacidad de gasto, dado que el apartado 1 del artículo 310 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que debe existir un equilibrio entre ingresos y gastos. Es por ello que la Unión profundiza continuamente en mecanismos para combatir el fraude aduanero, bien manteniendo aquellos que han funcionado, bien creando otros nuevos.

Palabras clave: cooperación, fraude aduanero, Unión Europea.

Abstract: Customs fraud constitutes a concern for the European Union because it leads to a decrease in community revenue, thereby having a negative impact on its expenditure capacity, since Paragraph 1 of Article 310 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) states that there must be a balance between income and expenditure. It is for this reason that the European Union is continuously developing mechanisms to combat customs fraud, either by keeping those that have worked or by creating new ones.

Keywords: cooperation, Customs Fraud, European Union.

Sumario: I. Consideraciones preliminares: el fraude aduanero y la protección de los intereses financieros de la Unión. II. Las manifestaciones de asistencia mutua entre las Administraciones aduaneras de la Unión Europea y de cooperación entre los Estados miembros y la Comisión a la luz del Reglamento 515/97 y del Convenio Nápoles II. III. El Sistema de Información Aduanero (SIA) y el Fichero de Identificación de los Expedientes de Investigación Aduanera (FIDE). IV. La asistencia mutua entre Administraciones aduaneras de la Unión Europea para el cobro de créditos aduaneros. V. Los programas Hércules III y Aduana 2020. VI. La necesaria cooperación en materia de infracciones y sanciones aduaneras. VII. Conclusiones.

I. Consideraciones preliminares: el fraude aduanero y la protección de los intereses financieros de la Unión

1. El fraude es un fenómeno importante a nivel de la Unión Europea que se trata de combatir desde su mismo Derecho originario porque afecta a los intereses financieros de aquélla. Esto último constituye el fundamento de la lucha contra el fraude, tanto de la Unión Europea como de los Estados

miembros, tal y como se refleja en el art. 325 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea -en adelante, TFUE-¹, que establece que no sólo las instituciones comunitarias² deberán actuar en pro de la prevención y la lucha contra el fraude, como el Parlamento Europeo y el Consejo, sino también los Estados miembros como si de sus propios intereses se tratasen, bien individualmente, bien mediante acciones coordinadas con la Comisión³.

2. La primera cuestión que se debería abordar sería qué se entiende por fraude. El Reglamento (CE, Euratom) n° 2988/95 del Consejo, de 18 de diciembre de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas hace referencia a “comportamientos que constituyen irregularidades” y “comportamiento irregular”, como sinónimos, tal y como se destaca en los considerandos quinto y sexto, respectivamente. Pues bien, se dice en el sexto considerando que por “comportamiento irregular” también se ha de entender el “comportamiento de fraude” atendiendo a la definición del ya derogado Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas⁴, sustituido por la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal⁵.

3. Antes de abordar esta Directiva, para el Reglamento (CE, Euratom) n° 2988/95, el que estábamos tratando, una irregularidad es toda acción u omisión que viole el Derecho de la Unión Europea por parte de un agente económico que afecte o pudiese afectar al presupuesto de ésta, bien mediante una disminución de ingresos, bien mediante un gasto indebido⁶.

4. Por su parte, el concepto de fraude ha sido definido en el art. 3 de la Directiva (UE) 2017/1371, a efectos de la misma⁷. En primer lugar, se requiere a los destinatarios de este texto legal que sean cons-

¹ Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *DOUE* C 326 de 26 de noviembre de 2012, p. 47.

² Somos plenamente conscientes de que el término “comunitario” deriva de Derecho comunitario, que era como anteriormente se conocía al Derecho de la Unión Europea en época de las Comunidades. Se utilizarán indistintamente en este trabajo estos conceptos por la raigambre que ha tenido en la doctrina española y también para no ser reiterativos.

³ Cuando la misma norma de la Unión Europea habla de que los Estados miembros han de actuar como si de sus propios intereses se trataran, hemos de señalar que somos de la opinión de que se trata, efectivamente, de los mismos intereses porque la Unión Europea es una organización internacional de integración. Ahora bien, entra el juego el concepto de soberanía, pudiendo profundizar en obras como C. M. LÓPEZ ESPADAFOR, “Las normas generales del Derecho Internacional ante el objetivo de combatir la evasión fiscal”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, n° 2, 2016, pp. 262 y ss. Desde una perspectiva más global, vid. C. M. LÓPEZ ESPADAFOR, “Recorrido transnacional de la soberanía tributaria”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, n° 1, 2018, pp. 320 y ss. En relación con las tendencias que se están abriendo en este campo, vid. C. M. LÓPEZ ESPADAFOR, “Trends and sources of international taxation”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, n° 1, 2019, pp. 447 y ss.

⁴ Acto del Consejo, de 26 de julio de 1995, por el que se establece el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, *DOCE* C 316 de 27 de noviembre de 1995, p. 48.

⁵ El considerando 3 de la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal, *DOUE* L 198 de 28 de julio de 2017, p. 29, recuerda que la protección de los intereses financieros de la Unión Europea ya se había tratado de armonizar mediante el Reglamento (CE, Euratom) n° 2988/95 del Consejo, de 18 de diciembre de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, *DOCE* L 312 de 23 de diciembre de 1995, p. 1, pero que es necesario profundizar todavía en la armonización de los Ordenamientos jurídicos de los Estados miembros en esta materia.

⁶ M. FABIO, *Manuale di diritto e pratica doganale*, IV ed., Wolters Kluwer, Milán, 2017, pp. 758-759.

⁷ Hasta el 6 de julio de 2019, se tomaba como referencia el concepto de fraude recogido en el Acto del Consejo, de 26 de julio de 1995, por el que se establece el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas. La entrada en vigor de la apenas mencionada Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal, y, por tanto, su aplicación, y, en particular, su art. 16, trajo consigo la sustitución del anterior Convenio de 1995 por la citada Directiva de 2017 desde la fecha que se indicaba al inicio para los Estados miembros que se encuentren vinculados por esta última.

Se considera relevante aclarar lo que en una primera aproximación asemeja una complicación del contenido del concepto de fraude: el Reglamento (UE, Euratom) n° 883/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de septiembre de

titutivos de infracción penal⁸ los fraudes realizados intencionadamente, debiendo abarcar esta última la totalidad de los elementos del tipo⁹. Además, el fraude, que será una acción u omisión, ha de afectar a los intereses financieros de la Unión, lo cual se producirá en una serie de supuestos tasados en la misma Directiva: gastos no relacionados con los contratos públicos, gastos relacionados con los contratos públicos, ingresos distintos de los procedentes de los recursos propios del IVA e ingresos procedentes de los recursos propios del IVA¹⁰.

5. Ahora bien, dado la amplitud del tema, centrándonos en el fraude aduanero, éste se podría circunscribir en el apartado de ingresos distintos de los procedentes de los recursos propios del IVA, dado que los derechos de aduanas son impuestos cuya titularidad recae en la Unión Europea y que proporcionan, efectivamente, a esta última un ingreso. En cuanto al contenido de la infracción, se establece que deberá tipificarse como tal cualquier acción u omisión relativa a: a) el uso o presentación de declaraciones o documentos falsos, inexactos o incompletos; b) el incumplimiento de una obligación expresa de informar; o c) el uso indebido de un beneficio que se haya obtenido por cauces legales. Además, ha de tener una consecuencia, que no es otra que la disminución contraria a Derecho de los recursos del presupuesto comunitario o de presupuestos administrados por la Unión Europea o en su nombre.

6. Por tanto, infracción y fraude son definidos por el Ordenamiento comunitario de forma similar, si bien la Directiva (UE) 2017/1371 llega a ser más específica en el concepto de fraude. Debemos recordar que uno de los objetos de esta Directiva es sentar unas bases mínimas que delimiten el contorno de la infracción penal de fraude con la finalidad de conseguir una armonización de los Ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

7. Aún así, parece que el concepto de fraude aduanero sigue siendo abstracto, aunque nos vamos aproximando a una definición más nítida. Pues bien, teniendo en cuenta informes y demás documentación tanto de la Unión Europea como de la Agencia Estatal de Administración Tributaria española -en adelante, AEAT-, así como legislación¹¹, podemos definir el fraude aduanero como la reducción o elusión del pago de los derechos aduaneros por medios ilegales, tales como la infravaloración de la mercancía, la declaración de un país de origen falso o la aplicación de una clasificación

2013, relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1073/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (Euratom) n° 1074/1999 del Consejo, *DOUE* L 248 de 18 de septiembre de 2013, p. 6, la recoge en la definición 3 del art. 2 de este texto normativo, estableciéndose que se habrá de atender al sentido que se le otorgue a tal término en cada acto de la Unión Europea que trate sobre el mismo. Ahora bien, no aparece solamente el fraude, sino que también se habla de corrupción o cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de los intereses financieros de la Unión. Es por ello que se remite al acto del Derecho de la Unión Europea en particular que los trate. El legislador comunitario podría haber dotado de mayor seguridad jurídica a tales conceptos, ofreciendo incluso una definición mediante referencias normativas por separado, pero, como puede apreciarse, no ha sido tal el caso.

⁸ Los destinatarios son los Estados miembros, pero no todos. En particular, se hace referencia expresa a tres Estados miembros: Irlanda, Reino Unido y Dinamarca. Mientras Irlanda se compromete a adoptar y aplicar la Directiva, Reino Unido y Dinamarca mostraron su voluntad de no participar, según se refleja en los considerandos 36, 37 y 38.

⁹ Art. 3.1 y considerando 11 de la Directiva (UE) 2017/1371.

¹⁰ Art. 3.2 de la Directiva (UE) 2017/1371.

¹¹ No encontramos una definición exacta en el Derecho de la Unión Europea o en el Derecho nacional de fraude aduanero, pero sí encontramos numerosas referencias a tal concepto. Así, el Reglamento (UE) 2015/1525 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 515/97 del Consejo relativo a la asistencia mutua entre las autoridades administrativas de los Estados miembros y a la colaboración entre estas y la Comisión con objeto de asegurar la correcta aplicación de las reglamentaciones aduanera y agraria, *DOUE* L 243 de 18 de septiembre de 2015, p. 1, hace referencia en numerosas ocasiones al fraude y, también, más concretamente, al fraude en materia aduanera o al fraude aduanero, como en los considerandos 4, 5, 6, 7, 15 y 16. El mismo considerando 4 relaciona los conceptos de fraude en el tráfico aduanero de la Unión Europea y de infracción de la reglamentación aduanera.

arancelaria de productos que tengan un gravamen inferior al que le correspondería¹², incumpliendo, así, la normativa aduanera¹³.

8. Una vez aportada la definición de fraude aduanero, convendría diferenciarlo del fraude fiscal. Esta cuestión nace porque la misma AEAT los distingue¹⁴ y, en definitiva, el fraude aduanero se trata de la reducción o eliminación de la carga tributaria que recae sobre una mercancía, de un impuesto aduanero y, por ende, del ámbito fiscal.

9. Pues bien, ante ello, siendo puristas en el análisis de la cuestión que planteamos, preferimos distinguir, inicialmente, entre fraude fiscal y fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión Europea: así, la diferencia recaería en el sujeto activo del tributo en cuestión, estando en presencia de fraude fiscal cuando se trate de un tributo cuya titularidad corresponde a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local¹⁵; y estando en presencia de fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión Europea cuando se trate de una minoración de los ingresos de la Hacienda comunitaria. Dicho lo cual, dentro de este último tipo de fraude, es decir, el que afecta a las arcas de la Unión Europea, encontraremos el fraude aduanero, ya que se encuadra en el ámbito de ingresos distintos de los procedentes del IVA.

10. Esta visión ha cristalizado en ámbito penal, en los arts. 305, 305 *bis* y 306 del Código Penal: si se trata de una defraudación de un tributo estatal, como, por ejemplo, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, se podría subsumir en el apartado 1 del art. 305, ya que se especifica que se persigue la conducta de eludir el pago de tributos, entre otras, de la Hacienda Pública estatal -además de la autonómica, foral y local-; si se trata, por el contrario, de la defraudación de un tributo de la Unión Europea, como son los derechos de aduanas, se subsumiría en el apartado 3 del mismo artículo, puesto que se habla de que el ilícito consistiría en las conductas del apartado 1, pero cuando se vea afectada la Hacienda de la Unión Europea, refiriéndose, por tanto, a tributos comunitarios¹⁶.

11. Desempeña un papel fundamental la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude -en adelante, OLAF, por sus siglas en inglés-, que vino a sustituir el Grupo operativo de coordinación de la lucha contra el fraude, que, a su vez, fue la sucesora de la Unidad de coordinación de la lucha contra el fraude¹⁷. Una de las funciones fundamentales que ostenta esta Oficina es, entre otras, la lucha contra el fraude.

¹² Informe especial. Regímenes de importación: las insuficiencias en el marco jurídico y una aplicación ineficaz afectan a los intereses financieros de la UE, *Tribunal de Cuentas Europeo*, nº 19, 2017, p. 11. Vd. también Resolución de 11 de enero de 2019, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se aprueban las directrices generales del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2019, *AEAT*, 2019, pp. 3476-3477: en el apartado que habla de la prevención y control del fraude aduanero, se refleja que se han de realizar toda una serie de actuaciones de comprobación con el fin de establecer si la cuantía pagada en concepto de derechos de aduanas es la que corresponde, luchando, así, contra las posibles irregularidades que reduzcan o eliminen la tributación de la mercancía que se importa a la Unión Europea.

¹³ Con “normativa aduanera” hacemos referencia no sólo al Derecho de la Unión Europea en materia aduanera, sino también al nacional, como así se entiende también en el Reglamento (UE) nº 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de octubre de 2013, por el que se establece el código aduanero de la Unión (refundición), *DOUE* L 269 de 10 de octubre de 2013, p. 12, en su definición 2 del art. 5.

¹⁴ La Resolución de 21 de enero de 2020, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se aprueban las directrices generales del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2020, *AEAT*, 2020, distingue continuamente entre “fraude tributario y aduanero”. De hecho, en el mismo título de esta norma se habla de “control tributario y aduanero”.

¹⁵ Distinción que realiza el Derecho español. En tal sentido, vid. art. 305.1 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, *BOE* de 24 de mayo de 1995.

¹⁶ J. MARTÍN QUERALT, C. LOZANO SERRANO, J. M. TEJERIZO LÓPEZ Y G. CASADO OLLERO, *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 28ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, pp. 691-695: así, si se tratase de un ingreso que no tuviese naturaleza tributaria, se subsumiría tal conducta en el art. 306 del Código Penal. Por tanto, el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión Europea englobaría tanto al fraude aduanero -que podría englobarse en el art. 305.3, cuando se den todos los elementos del tipo, naturalmente- como a otros tipos de fraude, piénsese al fraude relacionado con la percepción de fondos o ayudas europeas -subsumiéndose en el art. 306-.

¹⁷ Considerando 3 de la Decisión de la Comisión, de 28 de abril de 1999, por la que se crea la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (1999/352/CE, CECA, Euratom), *DOCE* L 136 de 31 de mayo de 1999, p. 1.

A tal fin, será el cauce entre la Comisión y los Estados miembros en materia de ayuda de la primera a estos últimos a la cooperación, proveerá actividades, como intercambio de buenas prácticas o prestar asistencia técnica, por ejemplo, preparará los textos normativos de la Comisión que tengan como objeto la lucha contra el fraude, ejercerá de interlocutor directo con las autoridades pertinentes -policía y tribunales- y de representación de los servicios de la Comisión en el foro que corresponda. Como es natural, para que una institución pueda luchar de forma eficiente contra el fraude -además de la corrupción y demás actividades ilegales que vayan en contra de los intereses financieros de la Unión Europea- se requiere que pueda ejercer sus funciones con independencia, de ahí que se dé tal nota tanto en el director de la Oficina como en el Comité de vigilancia¹⁸.

12. Dada la gran envergadura del fenómeno del fraude aduanero, centraremos la atención en la cooperación en la lucha contra el fraude aduanero en la Unión, que se plasma en los ámbitos de actuación que se desarrollarán posteriormente, siendo aquellos que hemos retenido más interesantes desde el punto de vista de este trabajo por no haber profundizado en demasía la doctrina en su estudio.

13. En particular, en el presente trabajo abordaremos la cooperación contra el fraude aduanero en la Unión Europea mediante su positivización en normas comunitarias que obligan a los Estados miembros a colaborar atendiendo al ámbito específico de estas normas. Incluso nos podríamos plantear la posible existencia de un deber general de colaboración entre Estados en ámbito tributario a la luz del Derecho Internacional General ante la problemática del fraude fiscal -que es perfectamente extrapolable también al fraude aduanero, dado que, en definitiva, en ambos casos se trata de una minoración de la cuantía a pagar por un tributo o de ni siquiera abonarlo-, cuestión que ha sido abordada por la doctrina, pero que no es pacífica. Como bien señala LÓPEZ ESPADAFOR, no podemos afirmar que haya tal deber fundado en un principio de Derecho Internacional General o en una costumbre internacional, pues, entonces, carecería de sentido y, por ende, de utilidad, la firma de convenios entre Estados u otros textos de carácter internacional, pero también se podría defender que la plasmación de ese principio en un convenio o texto internacional se realizase con la finalidad de otorgar seguridad jurídica en la materia¹⁹.

II. Las manifestaciones de asistencia mutua entre las Administraciones aduaneras de la Unión Europea y de cooperación entre los Estados miembros y la Comisión a la luz del Reglamento 515/97 y del Convenio Nápoles II

14. La cooperación con fines aduaneros se rige por dos textos legales básicos²⁰: de un lado, el Reglamento (CE) nº 515/97 relativo a la asistencia mutua entre las autoridades administrativas de los Estados miembros y a la colaboración entre estas y la Comisión con objeto de asegurar la correcta aplicación de las reglamentaciones aduanera y agraria -en adelante, Reglamento 515/97-²¹; y, de otro lado, el Convenio celebrado sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la asistencia mutua y la cooperación entre las administraciones aduaneras -en adelante, Convenio Nápoles II-²².

¹⁸ Considerando 5 y arts. 2 a 4 de la Decisión de la Comisión, de 28 de abril de 1999, por la que se crea la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (1999/352/CE, CEEA, Euratom).

¹⁹ Sobre este asunto, vid. C. M. LÓPEZ ESPADAFOR, “Alcance del deber general de colaboración entre Estados en la lucha contra el fraude fiscal”, *Revista Española de Derecho Financiero*, nº 173, 2017, p. 17. Para un estudio más específico donde se estudia si existe un principio de Derecho Internacional General que contenga el deber de colaboración entre Estados, vid. C. M. LÓPEZ ESPADAFOR, “Globalización en el deber de cooperación entre administraciones tributarias ante la persistencia de los paraísos fiscales”, *Quincena Fiscal*, nº 8, 2017, p. 19.

²⁰ F. VISMARA: *Corso di diritto doganale. Diritto dell'Unione europea e diritto interno*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2018, pp. 79-80.

²¹ Reglamento (CE) nº 515/97 relativo a la asistencia mutua entre las autoridades administrativas de los Estados miembros y a la colaboración entre estas y la Comisión con objeto de asegurar la correcta aplicación de las reglamentaciones aduanera y agraria, DOCE L 82 de 22 de marzo de 1997, p. 1.

²² Convenio celebrado sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la asistencia mutua y la

15. Antes de adentrarnos en concreto en los instrumentos jurídicos de asistencia mutua entre las Administraciones aduaneras de la Unión Europea y de cooperación entre los Estados miembros y la Comisión, se ha de tratar de diferenciar el ámbito de aplicación del Reglamento 515/97 y del Convenio Nápoles II.

16. Si atendemos al art. 1.1 del Reglamento 515/97, el objeto del mismo sería regular la forma de colaboración entre las Administraciones aduaneras de los Estados miembros entre sí y entre éstas y la Comisión con la finalidad de garantizar que se respeten las reglamentaciones comunitarias aduanera y agraria. Por su parte, el art. 1.1 del Convenio Nápoles II afirma que tal cooperación se realizará tanto para la prevención e investigación de las infracciones de las disposiciones aduaneras nacionales, así como para la persecución y represión de las infracciones de las disposiciones aduaneras nacionales y comunitarias.

17. Expuestos estos dos artículos, que contendrían el ámbito de aplicación de cada norma, no parece que se aclare completamente la cuestión. Así, convendría acudir a los considerandos de ambas normas. Comenzando por el Reglamento 515/97, su segundo considerando afirma que se busca con este texto jurídico la prevención y la indagación de las infracciones a las reglamentaciones comunitarias aduanera y agraria y su quinto considerando establece que este Reglamento comunitario no impide la aplicación del “Convenio de 1967 de asistencia mutua entre las administraciones aduaneras en aquellas materias que continúan siendo competencia exclusiva de los Estados miembros”, que era el Convenio Nápoles, el precedente del Convenio Nápoles II.

18. Llegados a este punto, se ha de traer a colación el Informe explicativo sobre el Convenio celebrado sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la asistencia mutua y la cooperación entre las administraciones aduaneras²³, esto es, el Informe explicativo sobre el Convenio Nápoles II. En el párrafo 1.2 se resuelve esta duda del ámbito de aplicación del Reglamento 515/97 y del Convenio Nápoles II de forma clara: establece que el Reglamento 515/97 contempla la prevención e investigación de la normativa aduanera comunitaria.

19. Por tanto, si bien el art. 1.1 del Convenio Nápoles II establecía como finalidades tanto la prevención, investigación, persecución y represión de las infracciones contra las normativas aduaneras nacionales, como la persecución y represión de las infracciones contra la normativa aduanera comunitaria, se nos aclara en ese párrafo 1.2 del Informe explicativo sobre el Convenio Nápoles II que la prevención e investigación de las infracciones contra la normativa aduanera comunitaria será una finalidad del Reglamento 515/97.

20. Sin lugar a dudas, en vez de la existencia de este Informe explicativo, o del precepto que aclara el ámbito de aplicación del Reglamento 515/97 y el del Convenio Nápoles II, hubiese sido preferible una reforma del art. 1 del Reglamento 515/97 para incluirlo expresamente, incluso una referencia expresa tanto en éste como en el Convenio Nápoles II una referencia al otro, dada su relación de complementariedad en pro de la cooperación en contra de las infracciones a la normativa aduanera, ya sea ésta nacional o de ámbito de la Unión Europea.

21. Así las cosas, antes de entrar a analizar las manifestaciones de asistencia mutua y colaboración, se ha de destacar que existe una similitud, en parte, entre las reflejadas en el Reglamento 515/97 y las del Convenio Nápoles II²⁴. Por este motivo era menester diferenciar en qué campos rigen

cooperación entre las administraciones aduaneras, *DOCE* C 24 de 23 de enero de 1998, p. 2.

²³ Informe explicativo sobre el Convenio celebrado sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la asistencia mutua y la cooperación entre las administraciones aduaneras, *DOCE* C 189 de 17 de junio de 1998, p. 1.

²⁴ El Anexo A del Informe explicativo sobre el Convenio celebrado sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la asistencia mutua y la cooperación entre las administraciones aduaneras trata de poner de manifiesto,

ambas normas.

22. Vamos a diferenciar tres grupos en función de los sujetos implicados: si se da entre Estados miembros, existe la asistencia previa petición, la asistencia esporádica y las formas especiales de cooperación; también se darán relaciones entre los Estados miembros y la Comisión; y, por último, relaciones entre los Estados miembros y países terceros.

23. Comenzando por el primer grupo, es decir, las relaciones entre los Estados miembros, la asistencia previa petición y la asistencia espontánea se prevén en los Títulos I y II del Reglamento 515/97 y en los Títulos II y III del Convenio Nápoles II, mientras que las formas especiales de cooperación se recogen solamente en el Título IV del Convenio Nápoles II.

24. En cuanto a la asistencia previa solicitud, un principio fundamental que la guía es la actuación por parte de la autoridad requerida como si actuase por cuenta propia o a instancias de otra entidad de su Estado²⁵. Además, por un lado, el Reglamento 515/97 añade que la autoridad requerida habrá de ofrecer toda la información requerida con el objeto de asegurar la observancia de las disposiciones previstas por las reglamentaciones aduanera y agraria en relación a las personas que han debido presentar una declaración en aduana (razón social, dirección de la sociedad, nombre de los dirigentes o nombre de los directores, entre otras)²⁶; y, por otro lado, el Convenio Nápoles II recuerda que la autoridad requerida habrá de ofrecer toda información respecto a la infracción objeto de investigación por parte de la autoridad requirente, sin necesidad de que esta última haya de realizar, adicionalmente, una solicitud complementaria²⁷.

25. Pasando al contenido de esta solicitud, lo regula el art. 9 del Convenio Nápoles II, pero no hay ningún precepto equivalente en el Reglamento 515/97²⁸. Pues bien, respecto al contenido de la solicitud del Convenio Nápoles II, ésta estará constituida por la siguiente información: se habrá de identificar la autoridad requirente; qué medida, de las que se verán a continuación, se requiere; objeto y medida; fundamentación jurídica oportuna; datos de las personas físicas o jurídicas objeto de la investigación y, normalmente, resumen de los hechos.

26. Cuando se decía *supra* “manifestaciones de asistencia mutua”, se hacía referencia a las medidas que se prevén de asistencia mutua entre los Estados. Pues bien, en referencia a las medidas que se establecen previa solicitud, éstas son cuatro: solicitudes de información²⁹, solicitudes de vigilancia sobre personas, mercancías, lugares o medios de transporte³⁰, solicitudes de investigaciones sobre operaciones³¹ y notificaciones al destinatario³².

27. En cuanto a la asistencia espontánea, podría definirse, en contraposición con la anterior, como aquélla que se realiza sin necesidad de que la autoridad requirente envíe una solicitud a la autoridad requerida³³.

28. Existen dos medidas de asistencia espontánea: la vigilancia -remitiéndose ambos cuerpos

mediante una tabla comparativa, las similitudes entre las manifestaciones del Reglamento 515/97 y el Convenio Nápoles II.

²⁵ Art. 4.1 del Reglamento 515/97 y art. 8.1 del Convenio Nápoles II.

²⁶ F. VISMARA, *ob. cit.*, pp. 81-82.

²⁷ Art. 8.2 del Convenio Nápoles II.

²⁸ Informe explicativo del Convenio Nápoles II, Anexo A, p. 15.

²⁹ Arts. 5, 8 y 10 del Reglamento 515/97 y art. 10 del Convenio Nápoles II.

³⁰ Art. 7 del Reglamento 515/97 y art. 11 del Convenio Nápoles II.

³¹ Art. 9 del Reglamento 515/97 y art. 12 del Convenio Nápoles II.

³² Art. 6 del Reglamento 515/97 y art. 13 del Convenio Nápoles II.

³³ F. VISMARA, *ob. cit.*, pp. 80-82.

legislativos³⁴ a la configuración de este tipo de manifestación establecida para la asistencia previa solicitud³⁵ y la comunicación espontánea de información pertinente sobre infracciones³⁶.

29. Dentro de este primer grupo de asistencia mutua entre Estados también se encuentran como medidas unas formas especiales de cooperación previstas solamente en el Título IV del Convenio Nápoles II. El Reglamento 515/97 no las prevé³⁷. Estas formas especiales de cooperación se rigen por unos principios, debiendo destacar que, como regla general, se exige que se realice una solicitud previa para estas formas de la autoridad requirente a la autoridad requerida, remitiéndose al art. 9 del Convenio expuesto anteriormente. Ahora bien, también existen excepciones, admitiéndose que pueda realizarse de forma espontánea con unos requisitos especiales. Además, se permitirá solamente para determinadas infracciones, como tráfico ilícito de determinados bienes (drogas, armas, explosivos o materiales nucleares, entre otros), comercio transfronterizo ilegal de mercancías sometidas a gravamen que generen una merma importante en la Hacienda de la Unión Europea o cualquier otro comercio de mercancías prohibidas por la normativa aduanera de la Unión o nacionales³⁸.

30. Se prevén cuatro formas especiales de cooperación: la persecución con cruce de frontera a una persona³⁹ -piénsese que podrán perseguir en otro Estado que sea parte de la Convención en el caso de que la persona haya sido hallada de forma flagrante en la comisión de las infracciones del art.19.2 de este Convenio y cuando no se haya podido avisar a las autoridades de ese Estado o cuando no hayan podido llegar a tiempo⁴⁰-, la vigilancia transfronteriza a una persona⁴¹, las entregas vigiladas de mercancías⁴², investigaciones encubiertas⁴³ -en las que se autoriza a funcionarios a operar con una identidad ficticia⁴⁴- y la creación de equipos comunes de investigación especial⁴⁵.

31. En el segundo grupo habíamos decidido englobar las relaciones entre los Estados miembros y la Comisión. En este caso, solamente el Reglamento 515/97 en su Título III es el que las regula, no así el Convenio Nápoles II. La cuestión que se ha de resolver es el motivo por el que el Reglamento ha decidido otorgar a la Comisión un papel importante en esta materia. Pues bien, habríamos de partir de la base de que, como recuerda el primer considerando de este Reglamento, la Comisión tiene encomendada la función de vigilar la correcta aplicación tanto del Derecho originario de la Unión como del Derecho derivado consecuencia del anterior, y este reglamento se fundamenta en el entonces vigente Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. En ese sentido, se dice que es la “guardiana” de los Tratados⁴⁶.

32. Para garantizar una correcta aplicación de la normativa comunitaria aduanera y agraria, la relación que habrá de existir entre los Estados miembros y la Comisión tendrá diferentes manifestaciones: la comunicación de toda aquella información de que dispongan y que sea relevante al otro a efectos del Reglamento 515/97; la creación y gestión de distintas bases de datos (“base de datos de transporte” o la “base de datos de importación, exportación y tránsito”⁴⁷); la formación y asistencia técnica por parte

³⁴ Así, el art. 14 del Reglamento 515/97 remite al su art. 7 y el art. 16 del Convenio Nápoles II remite a su art. 11.

³⁵ Art. 14 del Reglamento 515/97 y art. 16 del Convenio Nápoles II.

³⁶ Art. 15 del Reglamento 515/97 y art. 17 del Convenio Nápoles II.

³⁷ Muestra de ello es el Informe explicativo del Convenio Nápoles II, Anexo A, p. 16.

³⁸ Art. 19 del Convenio Nápoles II.

³⁹ Art. 20 del Convenio Nápoles II.

⁴⁰ F. VISMARA, *ob. cit.*, p. 80.

⁴¹ Art. 21 del Convenio Nápoles II.

⁴² Art. 22 del Convenio Nápoles II.

⁴³ Art. 23 del Convenio Nápoles II.

⁴⁴ F. VISMARA, *ob. cit.*, p. 80.

⁴⁵ Art. 24 del Convenio Nápoles II.

⁴⁶ J. ALCAIDE FERNÁNDEZ Y R. CASADO RAIGÓN, *Curso de Derecho de la Unión Europea*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2014, p. 122.

⁴⁷ Ambas bases de datos fueron establecidas por el Reglamento (UE) 2015/1525 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 515/97 del Consejo relativo a la asistencia mutua entre las autoridades administrativas de los Estados miembros y a la colaboración entre estas y la Comisión con objeto de asegurar

de la Comisión a responsables de enlaces con terceros países y entes internacionales y a los Estados miembros; o el requerimiento de la Comisión a las autoridades competentes de los Estados miembros de todo documento justificativo de declaraciones de importación y exportación relacionados con investigaciones sobre infracciones de la normativa aduanera⁴⁸.

33. El tercer grupo está compuesto por las relaciones con terceros países. La finalidad no es otra que comprobar si un determinado actuar es contrario a la normativa aduanera y agraria y, en el caso de que así fuese, cuál es su amplitud o envergadura⁴⁹. Las medidas previstas son la obtención de asistencia por parte de esos países terceros, siempre y cuando exista un compromiso jurídico previo, el establecimiento de misiones comunitarias de cooperación e investigación administrativa en estos países extracomunitarios y la facilitación de la información obtenida por los Estados miembros de terceros países en el contexto de la asistencia mutua cuando ello suponga un interés particular para el correcto funcionamiento de las normativas aduanera y agraria⁵⁰.

III. El Sistema de Información Aduanero (SIA) y el Fichero de Identificación de los Expedientes de Investigación Aduanera (FIDE)

34. Mediante el Título V del Reglamento 515/97⁵¹ se crea el Sistema de Información Aduanero, también denominado SIA, con el objeto de dar cumplimiento al mismo espíritu del Reglamento, que no es otro que la prevención, investigación y persecución de todo acto que sea contrario a las reglamentaciones aduanera y agraria a través de la disponibilidad de datos relevantes.

35. La razón de la exclusión del epígrafe anterior de este trabajo de este sistema de información para que constituya un apartado propio es, por un lado, la naturaleza de esta medida, la medida de creación del SIA, y, por otro lado, su importancia, la cual reside en la puesta en marcha de un sistema de información que sea útil, pues hemos de recordar que las Administraciones aduaneras no aplican solamente disposiciones de carácter comunitario, sino también nacionales, por lo que el SIA se convierte, así, en una oportunidad imprescindible en cuanto herramienta única para la aplicación de todas estas disposiciones⁵².

36. El SIA aglutina información relativa a las siguientes categorías⁵³: mercancías; medios de transporte; empresas; personas; tendencias del fraude; competencias disponibles; retenciones, embargos o confiscaciones de mercancías; y retenciones, embargos o confiscaciones de dinero en efectivo⁵⁴.

37. Usan este banco central de datos las autoridades aduaneras de los Estados miembros, recayendo en la Comisión su gestión técnica. La elección de las autoridades que tienen acceso al contenido del SIA se realiza tras la intervención de los Estados miembros y de la Comisión: los Estados miembros proponen cuáles serán las autoridades que proponen, debiendo ser ratificadas, después, por la Comisión, y se publica en el Boletín Oficial de la Unión Europea⁵⁵.

la correcta aplicación de las reglamentaciones aduanera y agraria.

⁴⁸ Arts. 17 a 18 *sixties* del Reglamento 515/97.

⁴⁹ C. M. LÓPEZ ESPADAFOR y D. GARCÍA GUERRERO, "La Administración aduanera", *Documentos de Trabajo*, Instituto de Estudios Fiscales, 2019, p. 47.

⁵⁰ Arts. 19 a 22 del Reglamento 515/97.

⁵¹ En particular, su establecimiento se establece mediante el art. 23 del Reglamento 515/97.

⁵² Considerando 13 del Reglamento 515/97.

⁵³ F. VISMARA, *ob. cit.*, p. 82.

⁵⁴ La determinación de los elementos que se han de incluir en el SIA en referencia a las citadas categorías la realiza el art. 1 y el Anexo del Reglamento de Ejecución (UE) 2016/346 de la Comisión, de 10 de marzo de 2016, por el que se determinan los elementos que deben incluirse en el Sistema de información aduanera, *DOUE* L 65 de 11 de marzo de 2016, p. 40.

⁵⁵ Art. 29 del Reglamento 515/97.

38. Teniendo en cuenta la naturaleza de los datos introducidos en el SIA, el Reglamento 515/97 fija tanto el procedimiento como las garantías oportunas en cuanto a su tratamiento (modificación, almacenamiento o seguridad, responsabilidad, publicación, o protección y control de los datos de tipo personal)⁵⁶.

39. Por otro lado, el Título V *Bis* del Reglamento 515/97 crea una base de datos específica dentro del SIA, que es el Fichero de identificación de los expedientes de investigaciones aduaneras, también denominado FIDE⁵⁷. Como se manifestaba respecto al SIA, su función es servir para prevenir toda conducta que pudiera ser contraria a las reglamentaciones aduanera y agraria en materia de entrada y salida de mercancías del territorio aduanero de la Unión; además, podrán acceder al FIDE las autoridades aduaneras, siendo la Comisión la encargada de su gestión técnica⁵⁸.

40. Gracias al FIDE, se facilita la identificación de las autoridades que estén investigando o ya hayan investigado sobre las mismas personas físicas o jurídicas a la Comisión -en los expedientes de coordinación y las misiones comunitarias en países terceros-, o a las autoridades aduaneras de los Estados miembros que tengan acceso porque hayan sido elegidas atendiendo al art. 29 del Reglamento -en el caso de los expedientes de investigación o realicen una investigación a una o varias personas o empresas⁵⁹.

41. El funcionamiento y utilización del FIDE, así como la conservación de los datos en él incluidos, se rige por los Capítulos 2 y 3 del Título V *Bis* del Reglamento. De igual modo que expresábamos *supra* respecto al SIA, la naturaleza de los datos introducidos en el FIDE requiere de un tratamiento específico.

42. Se comenzaba la exposición del SIA subrayando su importancia. De igual modo, las últimas líneas que le dedicamos versarán sobre lo mismo. Piénsese que existen dos Decisiones de la Unión Europea que demuestran que la digitalización de la aduana es una apuesta firme comunitaria y que, bien empleada, supone una herramienta importante en la lucha contra el fraude aduanero.

43. Por una parte, la Decisión 2009/917/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la utilización de la tecnología de la información a efectos aduaneros, cuya aprobación tuvo unas consecuencias importantes por facilitar la coordinación y cooperación en la lucha contra las infracciones a las disposiciones aduaneras comunitarias y nacionales, dado que permitió que tanto la Oficina Europea de Policía (Europol) y la Unidad de Cooperación Judicial (Eurojust) pudiesen acceder a las bases de datos del SIA, donde se incluye el FIDE⁶⁰.

44. Por otra parte, la Decisión n° 70/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de enero de 2008, relativa a un entorno sin soporte papel en las aduanas y el comercio, hace especial hincapié en que los sistemas aduaneros electrónicos son esenciales para que se produzca ese intercambio de información tan necesario, por lo que emplaza a la Comisión y a los Estados miembros a implantar estos sistemas electrónicos⁶¹.

⁵⁶ Capítulos 3 a 8 del Título V del Reglamento 515/97.

⁵⁷ F. VISMARA, *ob. cit.*, p. 82.

⁵⁸ Art. 41 *bis*.5 del Reglamento 515/97.

⁵⁹ Art. 41 *bis*.3 del Reglamento 515/97.

⁶⁰ Considerando 4 de la Decisión 2009/917/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la utilización de la tecnología de la información a efectos aduaneros, *DOUE* L 323 de 10 de diciembre de 2009, p. 20.

⁶¹ Arts. 1 y 2 de la Decisión n° 70/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de enero de 2008, relativa a un entorno sin soporte papel en las aduanas y el comercio, *DOUE* L 23 de 26 de enero de 2008, p. 21.

IV. La asistencia mutua entre Administraciones aduaneras de la Unión Europea para el cobro de créditos aduaneros

45. La regulación a nivel comunitario de asistencia en materia de cobros de créditos aduaneros se encuentra en la Directiva 2010/24/UE del Consejo, de 16 de marzo de 2010, sobre la asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinados impuestos, derechos y otras medidas⁶². Ahora bien, como el nombre de esta Directiva indica y, posteriormente, pone de relieve su articulado⁶³, no se hace referencia exclusivamente a los créditos aduaneros, sino también cualquier clase de tributo o derecho que recauden los Estados miembros, las devoluciones, intervenciones y otras medidas en relación al Fondo Europeo Agrícola de Garantía -FEAGA- y también al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural -FEADER- o las exacciones y demás derechos previstos en la organización común de mercado del sector del azúcar, además de tasas, sanciones administrativas o multas que estén relacionados con los citados tributos o derechos⁶⁴. Nosotros nos centraremos en los créditos aduaneros, dado que son los que afectan al fraude aduanero.

46. Esta asistencia mutua cristalizará en las siguientes actuaciones: intercambio de información, asistencia para la notificación de documentos, medidas de cobro y medidas cautelares.

47. Se establecen unos “modelos normalizados” para encauzar la petición de asistencia mutua, facilitando, en consecuencia, esa asistencia. La vía será electrónica, siempre y cuando se dispongan de los medios oportunos al efecto. Así, la no utilización del soporte electrónico no será un defecto que conlleve la invalidez de las actuaciones⁶⁵.

48. En cuanto a las dos primeras actuaciones en que cristaliza la asistencia mutua en materia de cobro de créditos aduaneros, son manifestaciones previstas en el Reglamento 515/97 y en el Convenio Nápoles II, aunque tienen otros ámbitos de aplicación: mediante el intercambio de información, el Estado miembro acreedor obtiene toda información, generalmente patrimonial, que le sea útil para poder llevar a cabo el cobro al deudor. Puede ser también producirse sin solicitud previa. Además, se prevé la posibilidad de que estén presentes los funcionarios autorizados por la autoridad requirente⁶⁶. Es importante destacar que el Estado requerido no puede invocar el secreto bancario como causa para no ejecutar el mandato del Estado requirente, que es un aspecto fundamental⁶⁷; por su parte, la asistencia para la notificación de documentos no tendrá que ser solamente con respecto al crédito, sino también con respecto a aquellos documentos que estén relacionados con éste⁶⁸, teniendo un carácter subsidiario, dado que el Estado requirente deberá haber intentado realizar la notificación al deudor y no haberlo conseguido⁶⁹.

⁶² En particular, los derechos de aduanas se encuadrarían en el art. 2.1 a) de la Directiva 2010/24/UE del Consejo, de 16 de marzo de 2010, sobre la asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinados impuestos, derechos y otras medidas, *DOUE* L 84 de 31 de marzo de 2010, p. 1, dado que son recaudados por los Estados miembros “por cuenta de la Unión”.

⁶³ Art. 2 de la Directiva 2010/24/UE del Consejo, de 16 de marzo de 2010, sobre la asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinados impuestos, derechos y otras medidas.

⁶⁴ El art. 2 de la derogada Directiva 2008/55/CE del Consejo, de 26 de mayo de 2008, sobre la asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinadas exacciones, derechos, impuestos y otras medidas, *DOUE* L 150 de 10 de junio de 2008, p. 28, que fue sustituida por la actual vigente, hacía una enumeración mucho más concreta. Así, se hablaba específicamente de derechos de importación y de derechos de exportación en sus apartados c) y d). Sin embargo, la actual Directiva 2010/24/UE se podría tildar de “comprensiva” (M. SANTOLAYA BLAY, “La asistencia mutua en el ámbito de la recaudación: origen y evolución”, *Carta Tributaria-Monografías*, n° 13, 2010, p. 5).

⁶⁵ A. MONTERO DOMÍNGUEZ, “La nueva Directiva Comunitaria de asistencia mutua en materia de recaudación: análisis del articulado de la norma positiva”, *Carta Tributaria-Monografías*, n° 14, 2010, pp. 27-28.

⁶⁶ J. F. GARCÍA DE PABLOS, “La asistencia mutua en materia de cobro de créditos tributarios y derechos”, *Revista española de Derecho Financiero*, n° 155, 2012, p. 3.

⁶⁷ A. MONTERO DOMÍNGUEZ, *ob. cit.*, pp. 27-28.

⁶⁸ F. GARCÍA DE PABLOS, *ob. cit.*, p. 4.

⁶⁹ A. MONTERO DOMÍNGUEZ, *ob. cit.*, p. 12.

49. Nos interesa destacar, en particular, una herramienta importante en la lucha contra el fraude aduanero como es el cobro de créditos aduaneros por parte de otro Estado miembro, por parte del Estado requerido, manifestación prevista, igual que las dos anteriores que se acaban de poner de manifiesto, en la Directiva que se aborda. Para que este cobro se pueda llevar a término, se requiere de la existencia de una petición de cobro y de un instrumento uniforme que posibilite su ejecución en el Estado miembro requerido⁷⁰.

50. La petición de cobro, como regla general, no puede tener como objeto un crédito o un instrumento que haya sido impugnado y que no haya resolución de tal controversia. Además, esta petición de cobro tiene un carácter subsidiario, generalmente, porque desde la Directiva se especifica el Estado requirente ha debido realizar previamente los procedimientos de cobro del crédito correspondiente establecidos en su Ordenamiento jurídico, permitiéndose en una serie de casos tasados, como que el deudor no disponga de bienes en el Estado requirente, pero los posea en el Estado requerido, o que la utilización de estos procedimientos de cobro en el Estado requirente conlleve consecuencias desproporcionadas⁷¹.

51. Por su parte, se requiere que tal petición vaya acompañada de un instrumento que posibilite la ejecución del crédito en el Estado requerido, que será la base exclusiva tanto de las medidas de cobro como de las posibles medidas cautelares⁷². Desde el punto de vista temporal, es muy positivo el hecho de que este instrumento no necesite de un reconocimiento por parte del Estado requerido, ya que abrevia los plazos evitando un nuevo paso administrativo. En cuanto a su contenido, deberá incluir la información del instrumento inicial que permite la ejecución y una descripción del crédito (como su naturaleza, importe y componentes) y los datos necesarios para la identificación del deudor y de la Oficina liquidadora y/o que pudiese dar información en relación al crédito o su impugnación⁷³.

V. Los programas Hércules III y Aduana 2020

52. Cuando se habla del Programa Hércules III, instaurado por el Reglamento (UE) n° 250/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, por el que se establece un programa para promover actividades en el campo de la protección de los intereses financieros de la Unión Europea (programa «Hércules III»), y por el que se deroga la Decisión n° 804/2004/CE -en adelante, Reglamento 250/2014-, y del Programa Aduana 2020, establecido por el Reglamento (UE) n° 1294/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2013, por el que se establece un programa de acción para la aduana en la Unión Europea para el período 2014-2020 (Aduana 2020) y por el que se deroga la Decisión n° 624/2007/CE -en adelante, Reglamento 1294/2013-, se está haciendo referencia a dos programas de la Unión Europea que servirán a la lucha contra el fraude aduanero de una forma directa, como en el caso del Programa Hércules III, o indirecta, como el caso del Programa Aduana 2020.

53. Estos programas europeos tienen precedentes⁷⁴, por lo que estamos ante una continuidad de políticas que se han venido ya practicando y ejecutando. Tal continuidad viene justificada, en el caso del Programa Hércules III, por los resultados positivos obtenidos, es decir, por los avances de la lucha contra el fraude, la corrupción y cualesquiera otras actividades ilegales que afectan a los intereses de la Unión Europea, el Hércules III tiene como objetivo consolidar los resultados obtenidos⁷⁵. Por lo respecta

⁷⁰ F. VISMARA, *ob. cit.*, pp. 84-85.

⁷¹ A. MONTERO DOMÍNGUEZ, *ob. cit.*, pp. 14-15.

⁷² Estas medidas cautelares habrán de estar previstas para supuestos similares en los Ordenamientos jurídicos del Estado requirente y del Estado requerido, atendiendo al art. 16.1 de la Directiva 2010/24/UE del Consejo, de 16 de marzo de 2010, sobre la asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinados impuestos, derechos y otras medidas.

⁷³ J. F. García De Pablos, *ob. cit.*, p. 5.

⁷⁴ En el caso del Programa Hércules III, existió un Programa Hércules y un Hércules II. Por su parte, el Programa Aduana 2020 tiene como precedentes los programas Aduana 2000, 2002, 2007 y 2013 (M. FABIO, *ob. cit.*, pp. 768-770).

⁷⁵ Considerandos 3 y 6 del Reglamento 250/2014.

al Programa Aduana 2020, también se afirma los avances que se han logrado en materia de cooperación aduanera con los programas anteriores al citado Programa, cuyas actividades se espera que consigan la realización de la “Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador mediante el fortalecimiento del funcionamiento del mercado interior” y, además, con este Programa se han de proteger los intereses económicos y financieros de la Unión Europea⁷⁶, los cuales se ven afectados por el fraude.

54. La diferencia entre que uno sirva directamente a tal fin y otro lo haga indirectamente radica en el objeto y los objetivos de los reglamentos comunitarios que los desarrollan: si bien se ha fijado como objeto de cada Reglamento el establecimiento del Programa pertinente, también han añadido una finalidad en los preceptos que abordan el objeto, siendo combatir el fraude en el caso del Programa Hércules III⁷⁷, pero obviando la referencia al fraude en el caso del Programa Aduana 2020⁷⁸. Sin embargo, cuando se acude a los objetivos específicos, no sólo es el Programa Hércules III el que menciona, de nuevo, la lucha contra el fraude, sino también viene recogido como objetivo -pero no como objeto- en el Programa Aduana 2020⁷⁹.

55. Para distinguir el ámbito de aplicación de sendos programas europeos, se retiene necesario ver qué actividades son subvencionables por cada uno. Por una parte, el Programa Hércules III distingue tres categorías de actividades: a) el suministro de asistencia técnica especializada a aquellas autoridades competentes de los Estados miembros (mediante equipos de investigación conjunta y operaciones transfronterizas, intercambios de personal para determinados proyectos o prestando apoyo técnico y operativo a las fuerzas policiales y a las autoridades judiciales, entre otros); b) la organización de actividades de formación especializada, talleres en los que se forme al personal en materia de análisis del riesgo o conferencias; y c) cualesquiera otras acciones que sirvan para el cumplimiento del objeto o de los objetivos del Programa⁸⁰. Por otra parte, el Programa Aduana 2020 prevé estos tres tipos de acciones: a) acciones conjuntas (seminarios, talleres, grupos de proyecto o equipos de investigación, entre otras); b) refuerzo de las capacidades informáticas; y c) actividades de formación y desarrollo del personal en materia aduanera⁸¹.

56. Como se expuso anteriormente, el fraude es un atentado contra los intereses financieros de la Unión. Por ello, las medidas a las que se acaban de hacer referencia no van a ser las únicas que van a servir directa o indirectamente a la lucha contra el fraude. Ahora bien, es posible que las cantidades abonadas para la realización material de tales acciones se utilicen de forma distinta de la prevista en ambos Reglamentos, derivando en fraude, corrupción u otras ilegalidades, por lo que se establecen controles y la posibilidad de medidas preventivas en el caso de que se detecten tales irregularidades⁸². No deja de ser paradójico que aquellos fondos destinados para actividades contra el fraude puedan ser objeto de fraude por una utilización distinta, pero existe tal posibilidad y la Unión Europea ha de proteger sus intereses financieros.

VI. La necesaria cooperación en materia de infracciones y sanciones aduaneras

57. Por último, una asignatura pendiente en la cooperación europea en la lucha contra el fraude aduanero sería las infracciones y sanciones aduaneras. Es necesario poner de relieve la Propuesta⁸³ de

⁷⁶ M. FABIO, *ob. cit.*, pp. 771-772.

⁷⁷ Art. 1 del Reglamento 250/2014.

⁷⁸ El art. 1.1 del Reglamento 1294/2013 menciona que el Programa Aduana 2020 se instaura para apoyar el funcionamiento de la unión aduanera.

⁷⁹ Art. 4 del Reglamento 250/2014 y art. 5.2 del Reglamento 1294/2013, respectivamente.

⁸⁰ Art. 8 del Reglamento 250/2014.

⁸¹ Art. 7 del Reglamento 1294/2013.

⁸² En tal sentido, vid. M. FABIO, *ob. cit.*, pp. 773-774, así como los arts. 12 del Reglamento 250/2014 y 13 del Reglamento 1294/2013.

⁸³ Hasta ahora, esta Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo ha pasado por la Comisión Europea, el

Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el marco jurídico de la Unión para las infracciones y sanciones aduaneras⁸⁴.

58. Pues bien, la unión aduanera es una competencia exclusiva de la Unión Europea y, en pro del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y de la cooperación policial y judicial en asuntos de Derecho Penal que tengan una incidencia transfronteriza, es una prioridad de la Unión la lucha contra el fraude en tanto en cuanto afecta a sus intereses financieros, debiendo actuar ésta y los Estados miembros adoptando las medidas que se consideren oportunas⁸⁵.

59. En materia de sanciones, el art. 42 del Código Aduanero de la Unión⁸⁶ establece que serán los Estados miembros los que preverán las sanciones ante las violaciones del Derecho Aduanero de la Unión, atendiendo siempre a los principios de efectividad, proporcionalidad y carácter disuasorio. Resulta extraño establecer mediante la figura del Reglamento comunitario que los Estados miembros establecerán sanciones, convirtiéndose en una obligación para éstos, pero no haya existido ninguna directriz desde la Unión que tratase de uniformarlas⁸⁷. Tal es así, que es la misma Propuesta de Directiva que se mencionaba anteriormente parte de la idea de que las sanciones van a tener distinta naturaleza y gravedad en función del Ordenamiento jurídico del Estado miembro de que se trate, por lo que estaríamos ante diferencias sustanciales, cuestión difícil de entender tendiendo en cuenta que la aplicación de la normativa aduanera está armonizada⁸⁸.

60. De los principios enunciados, especial relevancia tiene el principio de proporcionalidad, que forma parte del Derecho de la Unión Europea y que tiene una vinculación directa para los Estados miembros, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁸⁹. Es más, ha afirmado este Tribunal que los Estados miembros ejercerán sus competencias al amparo de los principios generales del Derecho comunitario y, en particular, en el principio de proporcionalidad⁹⁰.

61. Volviendo a la Propuesta de Directiva y teniendo como premisa que no se realizará un análisis crítico profundo de la misma en tanto se trata, en la actualidad, de una Propuesta, nos interesaría, sin embargo, destacar una idea. El principal problema que existe a la hora de realizar una crítica a esta Propuesta es precisamente su naturaleza, es decir, que no es una Directiva que se haya aprobado y que forme parte del Derecho derivado de la Unión. En este sentido, subsisten todavía algunos elementos de la Propuesta inicial, pero, como decíamos, no podemos saber si quedará incorporada a la Directiva que finalmente se apruebe⁹¹. La idea que nos interesaba destacar es que esta Propuesta se fundamenta

Comité Económico y Social emitió un Dictamen y, por último, en primera lectura ha emitido dictámenes el Parlamento Europeo y se ha debatido en el Consejo (Fuente: EUR-Lex https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/HIS/?uri=CELEX%3A52013PC0884#2017-07-13_DIS_byCONSIL).

⁸⁴ 2013/0432 (COD).

⁸⁵ Consideramos que la fundamentación de lo anterior, que debería incluirse en los considerandos de la Directiva que finalmente se apruebe en relación a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el marco jurídico de la Unión para las infracciones y sanciones aduaneras, debería ser: la competencia exclusiva de la Unión en relación a la unión aduanera (art. 3 del TFUE); la cooperación aduanera (art. 33 del TFUE); el espacio de libertad, seguridad y justicia (arts. 67 a 76 del TFUE), en general, y la cooperación judicial en materia penal y la cooperación judicial (arts. 82 a 89), en particular; la aproximación de legislaciones (art. 114 del TFUE); y la lucha contra el fraude (art. 325 del TFUE); además del art. 42 del Reglamento (UE) n° 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de octubre de 2013, por el que se establece el código aduanero de la Unión, que aborda la cuestión de las sanciones aduaneras.

⁸⁶ Reglamento (UE) n° 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de octubre de 2013, por el que se establece el código aduanero de la Unión.

⁸⁷ M. FABIO, *ob. cit.*, p. 785.

⁸⁸ Contexto general del Contexto de la Propuesta de la Exposición de motivos de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el marco jurídico de la Unión para las infracciones y sanciones aduaneras.

⁸⁹ F. VISMARA, *ob. cit.*, p. 307.

⁹⁰ STJCE 26 de octubre de 1995, *Siesse*, 36/94, *Rec.* 1995, p. 3586.

⁹¹ Un ejemplo de los cambios significativos es que, al principio, la Propuesta incluía una categoría de infracciones, las “infracciones aduaneras con responsabilidad objetiva”, es decir, que el sujeto cometería la infracción al realizar la acción u omisión

en el art. 33 del TFUE, que versa sobre la cooperación aduanera. El motivo de la fundamentación en este precepto comunitario no es otro que el acercamiento tanto de las infracciones como de las sanciones aduaneras requiere de una cooperación entre el conjunto de los Estados miembros. De hecho, tal aproximación legislativa entre Ordenamientos jurídicos de los Estados miembros en esta materia sería Derecho derivado de la Unión Europea, pudiendo ésta reforzar la cooperación aduanera⁹².

VII. Conclusiones

62. Es común el empleo de la terminología de “fraude aduanero” en el Derecho español, aunque la doctrina no se ha ocupado demasiado de otorgarle contenido. Se puede definir el fraude aduanero, partiendo desde el Ordenamiento comunitario, como aquella irregularidad, ya sea una acción u omisión, causada intencionalmente en el ámbito de ingresos distintos de los procedentes de los recursos propios comunitarios del IVA, que afecta a los intereses financieros de la Unión al ingresar una menor cuantía su Hacienda. Dicho de otro modo, el fraude aduanero sería toda reducción o elusión del pago de los derechos de aduanas que fuere contraria a Derecho.

63. Conviene una revisión del Reglamento 515/97 y del Convenio Nápoles II con el fin de mejorar la calidad legislativa, sobre todo en relación a los preceptos que abordan el ámbito de aplicación de cada uno de ellos. No es una cuestión trivial porque ambos tratan mecanismos de asistencia mutua, con medidas muy similares, por lo que debe facilitarse la cooperación entre Administraciones de los Estados miembros y también entre éstas y la Comisión. Es imprescindible que tales acciones de asistencia mutua se fundamenten en textos jurídicos que garanticen seguridad jurídica por parte de quienes se beneficiarán de su aplicación.

64. La digitalización de las aduanas en la Unión Europea ha sido un avance significativo en la lucha contra el fraude aduanero, ya que ha permitido un mayor control en los procedimientos aduaneros y, además, ha ahondado en el intercambio de información entre autoridades que investigan infracciones a la normativa aduanera con la puesta en funcionamiento del SIA, que contiene otra base más específica como es el FIDE. Un paso notorio fue que tanto la Europol como la Eurojust pudiesen acceder al SIA y al FIDE.

65. La asistencia mutua en materia de cobros de créditos aduaneros, establecida por la Directiva 2010/24/UE del Consejo, de 16 de marzo de 2010, sobre la asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinados impuestos, derechos y otras medidas, es muy positiva para la lucha contra el fraude aduanero y, por ende, para la Hacienda de la Unión Europea, ya que permite que los Estados miembros, que son los encargados de gestionar el procedimiento de recaudación de los derechos de aduanas, de titularidad de la Unión, puedan llevar a cabo el cobro de los créditos que surgen por la realización del hecho imponible de estos tributos. Cabe destacar también permite la asistencia mutua para el cobro de deudas de tributos de los Estados miembros. En fin, se puede afirmar que es un instrumento necesario para evitar el fraude aduanero y el fraude fiscal.

66. Han contribuido de forma significativa a la lucha contra el fraude aduanero la instauración de programas de cooperación, como el Programa Hércules III o el Programa Aduana 2020. Programas que, además, son la continuación de otros anteriores y, además, se ha decidido seguir con otras versiones

de la infracción sin tener en cuenta el elemento culposo. Distinguía entre estas infracciones, las cometidas por negligencia y las cometidas dolosamente. Pues bien, si la Propuesta de 2013 lo preveía así, la Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 5 de julio de 2017 eliminó tales distinciones, por lo que se reincorpora la necesidad de que exista el elemento culposo y dejó en un solo artículo el conjunto de acciones u omisiones que deberían estar castigadas en los Ordenamientos jurídicos de los Estados miembros (A. GARCÍA HEREDIA, “Responsabilidad, avales y sanciones en las operaciones de comercio exterior: propuestas para una reforma de la LGT y del IVA a la importación”, *Revista Española de Derecho Financiero*, nº 184, 2019, p. 9).

⁹² F. VISMARA, *ob. cit.*, pp. 308 y 309.

con el objeto de seguir combatiendo el fraude aduanero, con actividades tan necesarias como actividades de formación, seminarios o equipos de investigación.

67. Consideramos insuficiente la fundamentación normativa de los considerandos de la Propuesta de Directiva, ya que es vaga, y el legislador comunitario debería ser preciso al determinar jurídicamente el motivo por el que se decide aproximar legislaciones de los Estados miembros vía Directiva. Por otro lado, creemos que es necesaria la aprobación de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el marco jurídico de la Unión para las infracciones y sanciones aduaneras que vendría a uniformar las infracciones y sanciones en sede aduanera, lo que conllevaría una reducción del fraude aduanero, dado que la cooperación entre Administraciones aduaneras y entre Estados miembros y Comisión se llevaría a cabo sobre unas bases comunes, sobre un mínimo común denominador.

68. Uno de los fines últimos de la búsqueda de mecanismos de cooperación contra el fraude aduanero en la Unión Europea debe ser la justicia tributaria. Desde la óptica del Derecho Tributario español, sería más correcto hablar de principios materiales de justicia tributaria, los cuales encuentran un reflejo en el apartado 1 del art. 31 de nuestra Constitución. Sin embargo, aunque en el Derecho originario comunitario no existe una positivización de unos principios de justicia tributaria, sí pueden ser perfectamente reconducibles a través del reconocimiento en este Derecho primario de la Unión del derecho de propiedad, que sí está contemplado expresamente⁹³.

⁹³ Sobre esta cuestión, vid. C. M. LÓPEZ ESPADAFOR, “Lagunas en el Derecho Tributario de la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, nº 2, 2017, p. 380. La justicia tributaria es fundamental a la hora del desarrollo del Derecho Tributario de la Unión Europea, por lo que la delimitación de éstos se convierte en un tema crucial; en este sentido, vid. C. M. LÓPEZ ESPADAFOR, “Tax justice issues in the European Union”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 232-234.

LAS DONACIONES ENTRE CÓNYUGES EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

DONATIONS BETWEEN SPOUSES IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

LAURA GARCÍA ÁLVAREZ*

Profesora Ayudante Dra. de Derecho internacional privado

Universidad Pablo de Olavide

ORCID ID: 0000-0001-7302-292X

Recibido: 09.07.2020 / Aceptado: 16.07.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5616>

Resumen: Este trabajo aborda el tratamiento de las donaciones entre cónyuges con al menos un elemento internacional desde la perspectiva del Derecho internacional privado. La naturaleza híbrida de dichas donaciones, a caballo entre el Derecho contractual, el Derecho de familia y, en ocasiones, el Derecho sucesorio, unida al elemento de internacionalidad, hacen que su calificación sea compleja y discutida y, en consecuencia, también lo sea su abordaje desde el Derecho internacional privado. El trabajo evidencia la necesidad de desarrollo de los conceptos autónomos contenidos en los instrumentos europeos -especialmente, del “régimen económico matrimonial”-, de sus ámbitos de aplicación, así como de la interacción entre ellos para clarificar la cuestión y garantizar la uniformidad y seguridad jurídica en el espacio europeo de justicia.

Palabras clave: donación entre cónyuges, calificación, competencia judicial internacional, ley aplicable, Derecho internacional privado.

Abstract: This paper looks at how donations between spouses with at least one international element are treated from a private international law perspective. The characterisation of these donations is complex and often contested. This is mainly due to its hybrid nature, which can be covered by contract law, family law and at times inheritance law. The paper highlights the need to develop: a) autonomous concepts included in the European legal instruments meant to be applicable to the case, particularly that of “marital economic regime”; and b) regulation’s scopes and the interaction between them in order to clarify the question and to ensure uniformity and legal certainty in the European area of justice.

Keywords: donations between spouses, characterisation, jurisdiction, applicable law, private international law.

Sumario: I. Las donaciones internacionales entre cónyuges. Introducción. II. Naturaleza de las donaciones entre cónyuges y su carácter transfronterizo. III. La calificación de la donación entre cónyuges en DIPr. 1. Las obligaciones que se deriven de regímenes económicos matrimoniales, de regímenes económicos resultantes de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables al matrimonio [...]. Artículo 1.2. c). 2. Las obligaciones que se deriven [...] de testamentos y de sucesiones. Artículo 1.2.c) *in fine*. 3. Las obligaciones que se deriven de relaciones familiares y de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen

*lgaralva@upo.es

efectos comparables [...]. Artículo 1.2. b). IV. La donación entre cónyuges sujeta a la ley sucesoria. 1. Determinación de la competencia judicial internacional. 2. Determinación de la ley aplicable. V. La donación entre cónyuges vinculada al régimen económico matrimonial. 1. Determinación de la competencia judicial internacional. 2. Determinación de la ley aplicable. VI. La donación entre cónyuges “puramente” contractual, no vinculada a otras categorías. 1. Determinación de la competencia judicial internacional. 2. Determinación de la ley aplicable. A) Consideraciones previas: ámbito de aplicación del Reglamento Roma I respecto de las donaciones entre cónyuges. B) Ámbito de aplicación de la lex donationis. C) Las normas de conflicto en el Reglamento Roma I. VII. La ley aplicable a otras cuestiones. 1. La ley aplicable a la forma de una donación entre cónyuges. 2. Ley aplicable a la capacidad para ser parte en una donación entre cónyuges. 3. Ley aplicable a los derechos reales que se transmiten o crean mediante el acto de donación entre los cónyuges. VIII. Artículo 10.7 Cc. Norma de conflicto interna específica para las donaciones. IX. Efectos en España de las donaciones otorgadas en el extranjero. X. Especial referencia a las donaciones complejas. XI. Conclusiones y reflexión final.

I. Las donaciones internacionales entre cónyuges. Introducción

1. El presente trabajo pretende abordar la regulación en Derecho internacional privado (DIPr, en adelante) de las donaciones entre cónyuges en las que se verifica, al menos, un elemento de internacionalidad. Esto implica determinar qué instrumentos normativos determinarán la competencia judicial internacional, la ley aplicable y la validez y efectos de las donaciones otorgadas en el extranjero así como la concreción de dichas cuestiones. El interés del presente texto sobre las donaciones entre cónyuges con un elemento de internacionalidad se encuentra en que sigue siendo una cuestión escasamente estudiada y cuyo tratamiento normativo en el sistema español de DIPr es complejo.

2. En efecto, no es una cuestión suficientemente abordada por la doctrina¹ ni por la jurisprudencia, como veremos. A los tradicionales problemas calificatorios que presentan las donaciones, y, en especial, las donaciones entre cónyuges, que se mueven entre el Derecho contractual y el Derecho de familia, hay que sumar el efecto de que, al verificarse un elemento internacional, la normativa supraestatal institucional de la Unión Europea (en adelante, UE) tiene un papel fundamental, en atención a la jerarquía de fuentes del sistema español de DIPr. Este Derecho europeo contiene conceptos autónomos en algunos extremos y remisiones a los Derechos estatales, diversos en la consideración de esta cuestión², en otros. Además, existen diversos Reglamentos de la UE en vigor con vocación de regular este supuesto y su coordinación y relación no siempre es clara, en parte por la dificultad siempre presente de abordar de manera armonizada todo lo atinente a las relaciones familiares en el ámbito de la UE.

¹ Los escasos trabajos que abordan las donaciones en el ámbito del DIPr no tienen por objeto las donaciones entre cónyuges de manera específica. En general, sobre donaciones y DIPr desde la perspectiva española, destacan los trabajos siguientes: J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Apuntes sobre la competencia judicial internacional y la ley aplicable a las donaciones: antes y después del Reglamento Roma I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. I, nº2, 2009, pp. 320-327; N. GOÑI URRIZA, “La ley aplicable a las donaciones internacionales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2019, Vol. 11, nº2, pp. 100-116; IBIDEM, “Las liberalidades en el Derecho Internacional Privado”, en: M.A. EGUSQUIZA BALMASEDA y C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO (dir.), *Tratado de las Liberalidades, Homenaje al Profesor Enrique Rubio Torrano*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp.1785-1817; o, con más antigüedad y por tanto sin considerar la normativa supraestatal institucional, esencial en la actualidad, P. JIMÉNEZ BLANCO, “El derecho aplicable a las donaciones”, *Revista española de Derecho internacional*, 1997-I, pp. 63-90; A. MARTÍN LÓPEZ, “Las donaciones en Derecho internacional privado”, *Revista española de Derecho internacional*, nº6, 1953, pp. 563-595. Si existen referencias a las donaciones, de manera genérica y/o escueta en las numerosas obras doctrinales sobre los reglamentos europeos que respectivamente regulan la cuestión y que veremos más adelante.

² En España la donación tiene carácter contractual, como en Francia, Alemania o Italia pero en Derecho escocés, por ejemplo, se considera un acto unilateral y no contractual. Vid., N. GOÑI URRIZA, “La ley aplicable...”, op.cit., p. 102. Igualmente, en Italia, por ejemplo, existe una regulación específica de las donaciones entre cónyuges, como veremos más adelante, mientras que en España no existe. Vid., para un estudio de Derecho comparado sobre la naturaleza de las donaciones, vid., A.J. BELOHLÁVEK, *Rome Convention- Rome I Regulation. Commentary*, Juris Publishing, vol. I, 2010, pp. 201-233. En especial respecto al ordenamiento italiano, vid., G. PASSARELLI, “Donation: Short notes between italian civil law and EU Private International law”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2015, vol. 7, nº2, pp. 478 y 479.

3. Todo ello hace de las donaciones internacionales entre cónyuges un tema de especial relevancia, más ahora que los Reglamentos nº 2016/1103, en materia de regímenes económicos matrimoniales³ y nº 2016/1104, relativo a los efectos patrimoniales de las uniones registradas⁴, ya son aplicables, desde el 29 de enero de 2019, para determinar la competencia judicial internacional, la ley aplicable y la validez extraterritorial -en aquellos países que los adoptaron-⁵, y pueden tener un papel importante en la regulación de las donaciones entre cónyuges desde la óptica del DIPr, sumándose a otros instrumentos de Derecho europeo con vocación de ser aplicables al caso, como los Reglamentos nº 1215/2012 o Bruselas I bis⁶, el 593/2008 o Roma I⁷, el nº 650/2012, de sucesiones⁸ y el nº 2201/2003⁹, así como a las normas de producción interna contenidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) y en el Código civil (en adelante, Cc).

4. Por todo ello, el tratamiento de las clásicas cuestiones de DIPr – determinación de la autoridad competente, de la ley aplicable y la validez extraterritorial de actos y decisiones judiciales- es complejo, sumándose la naturaleza híbrida de la donación a la ya de por sí dificultad que la pluralidad de fuentes del sistema español de Derecho internacional privado –y la interpretación de estos instrumentos, controvertida en varios aspectos, como veremos- supone para el operador jurídico.

5. Teniendo esto en consideración, el presente trabajo se divide en varios epígrafes: En primer lugar, comenzaremos haciendo una reflexión sobre la naturaleza, híbrida, de las donaciones, y las implicaciones de este hecho en su tratamiento normativo desde el punto de vista del Derecho internacional privado, para lo que será necesario abordar el carácter transfronterizo de la misma, analizado en el apartado segundo. El tercer epígrafe se dedica íntegramente a la calificación de la donación entre cónyuges que es, sin duda, el punto clave de este trabajo, tanto por su complejidad como por las distintas posiciones doctrinales existentes y las implicaciones que dicha calificación tendrá, lógicamente, en la

³ Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, DO L 183 de 8.7.2016, p. 1/29.

⁴ Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas. DO L 183 de 8.7.2016, p. 30/56. En esta contribución, con la intención de simplificar y dado que el título hace referencia a las donaciones realizadas *entre cónyuges*, nos referiremos únicamente al Reglamento 2016/1103, pero en esencia lo que va a estudiarse, en especial respecto del régimen normativo de la UE previsto en el Reglamento 2016/1103, puede extenderse a las uniones registradas ya que ambos reglamentos, el 2016/1103 y el 2016/1104 son *paralelos y prácticamente idénticos en contenido y forma*. Vid., P. FRANZINA & I. VIARENGO, “General Introduction”, en: P. FRANZINA & I. VIARENGO, *The EU Regulations on the property regimes of international couples*, Edward Elgar, 2020, pp.1-13, p.2; A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª ed., 2018, pp. 161-227, p. 165, citando a E. GALLANT, “Le nouveau droit international privé européen des régimes patrimoniaux de couples”, *Europe*, mars 2017, pp. 5-10; C. NOURISSAT Y M. REVILLARD, “Règlements européens du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *Défrenois*, nº17, 15 septembre 2016, pp. 878-894; y L. USUNIER, “Libre, mobile, divers: le couple au miroir du droit international privé de l’Union européenne”, *Revue Trimestrielle de droit civil*, nº4, 2016, pp. 806-813.

⁵ En materia de competencia judicial internacional y validez extraterritorial, en efecto, comenzó a aplicarse a todas las demandas que se presentaran a partir del 29 de enero de 2019. No obstante, en materia de determinación de la ley aplicable, se aplicará a los matrimonios que se hayan celebrado desde esa fecha o hayan elegido ley a partir de ese día, lo cual supone que en muchos casos que se diriman en la actualidad y en el futuro ante los tribunales españoles seguirán aplicándose normas de producción interna para determinar la ley aplicable al caso, no así a la competencia judicial internacional.

⁶ Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L 351 de 20.12.2012, p. 1/32. También Reglamento Bruselas I bis.

⁷ Reglamento (UE) nº del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

⁸ Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, DO L 201 de 27.7.2012, p. 107/134.

⁹ Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000, DO L 338 de 23.12.2003, p. 1/29.

elección del instrumento normativo que determinará competencia judicial internacional y ley aplicable, teniendo, por tanto, un papel clave en el acceso a la justicia de las partes y en la resolución del conflicto en cuestión que se plantee en torno a una donación entre cónyuges. Los epígrafes siguientes abordarán respectivamente la regulación internacional privatista de, lo que hemos llamado, “donación vinculada al régimen económico matrimonial”, “donación vinculada a la sucesión” y “donación puramente contractual”. Terminaremos haciendo una reflexión sobre la complejidad de la cuestión para el operador jurídico y esbozando algunas conclusiones.

II. Naturaleza de las donaciones entre cónyuges y su carácter transfronterizo

6. La donación es una institución que presenta una naturaleza híbrida, a caballo entre distintas instituciones jurídicas. Por una parte, y principalmente, tiene naturaleza contractual¹⁰, con independencia de que surjan de ella obligaciones para ambas partes o para una sola, ya que existe un acuerdo entre las partes. Además, implica el cambio en la propiedad de un bien, por lo que también tiene eficacia jurídico-real, con tratamiento especial si se trata de un bien inmueble. Por otra parte, la calificación contractual de la donación también puede descartarse para las donaciones efectuadas en un contexto familiar, especialmente en este supuesto que nos ocupa de las donaciones entre esposos, usuales para la planificación patrimonial de la pareja (por ejemplo, en caso de una donación en razón de matrimonio) y, también, entre otros supuestos posibles¹¹, cuando la donación está íntimamente relacionada con una sucesión o ley sucesoria, entre otras cosas, porque no son pocos los ordenamientos que, para proteger la masa hereditaria, prevén limitaciones a los actos de disposición del patrimonio del (cónyuge) donante.

7. Por último, hay que señalar que, en una misma donación podemos encontrar elementos contractuales típicos (interpretación de los términos de la donación, consentimiento o plazo de prescripción de las obligaciones nacidas de la misma) y otros vinculados al Derecho de familia (como la admisibilidad o no de la donación entre esposos, la posibilidad de revocación por, por ejemplo, el nacimiento de un hijo del donante *ex* artículo 644 Cc)¹², que pueden llevar al fraccionamiento de la ley rectora de la donación o *dépeçage*, como veremos más adelante. Si la donación no es *inter vivos* sino *mortis causa* (art. 620 Cc), normalmente irrevocable, se encontrará íntimamente vinculada a la sucesión del causante y esto determinará la aplicación del régimen regulador de la sucesión, no sin controversia, como veremos más adelante. Además, podemos encontrar donaciones *inter vivos* que también se verán relaciona-

¹⁰ Salvo en el caso, difícil de imaginar, de la donación “forzosa”, aunque cabría plantearse si, en el caso de ser forzosa podríamos seguir hablando de donación en tanto que acto de liberalidad. Hay algunos precedentes históricos en este sentido, aunque en el actual marco de derechos y garantías serían impensables, son: la donación forzosa de sangre impuesta por ley en la Ley en 1954 en Francia (vid., *Loi du 14 avril 1954, permettant de soumettre à un prélèvement de sang les hommes appartenant aux classes 1944 et 1945 et qui n'ont pas accompli de service militaire*) o, en España, la Orden por la que se dispone que todo ciudadano español afecto de enfermedad infecto-contagiosa que haya sido tratado en los Centros Hospitalarios o Sanatoriales del Estado, Provincia y Municipio viene obligado a ceder aquella cantidad de sangre que los Organismos competentes precisen para el tratamiento de otros enfermos (vid., BOE, núm. 247, de 04/09/1941, p. 6.749). Sobre ello, vid., P. CUADROS AGUILERA, “¿Un servicio civil de donación de sangre? En torno a una propuesta de Cécile Fabre”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n° 40, 2019, pp. 68-85, pp. 77-78. Sobre estas posibles donaciones forzosas hace alguna referencia en el DIPr español J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, en “Apuntes...”, op.cit., p. 322.

¹¹ Por ejemplo, su vinculación con las obligaciones de alimentos cuyo estudio excluimos del presente artículo al tratarse de obligaciones impuestas por ley a raíz de una ruptura del vínculo conyugal, mientras que las donaciones entre cónyuges son actos de liberalidad que surgen y se realizan normalmente mientras existe el matrimonio o, en algunos casos, antes de su celebración. Sí podrían considerarse por tanto parte de este estudio las obligaciones de mantenimiento que se pacten en contratos privados de manera voluntaria por los esposos. Vid., A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, N° 1, pp. 8-50, p. 18. No obstante, quedarían excluidas del Reglamento Roma I y su régimen dependería del Reglamento específico n° 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, cuyo estudio desborda el objeto del presente trabajo.

¹² N. GOÑI URRIZA, “La ley aplicable...”, op.cit., p. 105, citando a P. WAUTELET, *Les donations dans un contexte international, Guide pratique*, Anthemis, pp. 213-251, p. 218.

das con la sucesión en determinadas cuestiones, como en el régimen particular de protección de ciertos herederos que es aplicable a la donación en el marco de la sucesión del donante¹³. Todo ello, además, teniendo en cuenta que puede que la ley o leyes rectoras de la donación entre cónyuges en cuestión, simplemente complementen o sirvan para interpretar las estipulaciones que libremente se han dado las partes, o para determinar su suficiencia y validez.

8. Por otra parte, para que la donación entre cónyuges sea objeto de disciplina por el Derecho internacional privado y por los instrumentos normativos supraestatales y de producción interna que hemos mencionado, es preciso que se verifique su repercusión transfronteriza. Sin que encontremos en los textos normativos cuándo una donación entre cónyuges produce tal repercusión, podemos afirmar que la naturaleza transfronteriza de una donación entre cónyuges se verifica cuando está vinculada con dos o más ordenamientos jurídicos nacionales de tal manera que surge la duda de cuál de ellos es el que debe regularlas.

9. Así, el carácter transfronterizo puede derivar bien de un elemento endógeno de la situación (personal, objetivo o territorial¹⁴), bien de un elemento exógeno a la misma, esto es, de la voluntad de los cónyuges al pactar como competente de una autoridad extranjera o como aplicable de un ordenamiento foráneo, todo ello para una situación en principio meramente interna (algo que en principio permitirían todos los textos normativos con vocación de ser aplicados al caso, con las excepciones o salvaguardas que ellos mismos prevén; por ejemplo, los artículos 3.3 y 3.4 del Reglamento Roma I, vid. *infra*).

10. Ahora bien, el elemento extranjero debe ser mínimamente significativo para que justifique un tratamiento legal distinto del que recibiría un supuesto interno. La importancia de este elemento extranjero se calibrará, en el ámbito de aplicación de los Reglamentos de la UE, como señala doctrina reconocida, por su impacto en el correcto desarrollo de las libertades comunitarias¹⁵.

11. Por tanto, para que estemos ante una donación entre cónyuges objeto de estudio por el DIPr, debe ocurrir bien que alguno de los elementos intrínsecos del matrimonio sea de naturaleza transfronteriza –en cuyo caso la donación también lo sería, por ejemplo una donación entre cónyuges que tuvieran distinta nacionalidad o residencia habitual- o que encontrándose todos los elementos del matrimonio vinculados con el mismo ordenamiento estatal, sea la donación en sí la que tuviera repercusión transfronteriza porque, por ejemplo, se trate de la donación de un bien inmueble sito en un país extranjero. Por último, cabe mencionar la posibilidad de que los cónyuges acuerden la ley aplicable a la donación haciendo uso de la facultad de elección que, por ejemplo, les otorga el Reglamento Roma I, siempre que el supuesto encaje en su ámbito de aplicación, cuestión que veremos más adelante. En este caso, el elemento internacional sería “exógeno” y hay que recordar que si la elección es de una ley distinta a la que se encuentra en esencia vinculada al supuesto esto no impedirá la aplicación de todas las disposiciones de ley que no puedan excluirse mediante acuerdo del ordenamiento que habría sido aplicable en defecto de elección (*ex* artículo 3.3 Reglamento 593/2008¹⁶).

¹³ Incluye cuestiones como en qué medida una persona puede disponer de sus bienes para efectuar donaciones entre vivos, la imputabilidad de la donación a la cuota disponible o a la legitimaria, en su caso, así como las condiciones de su sujeción a la acción de reducción. Vid., A. BONOMI, P. WAUTELET Y S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Artículo 1”, en: *El Derecho europeo de sucesiones [Comentario al Reglamento (UE) n° 650/2012, de 4 de julio de 2012]*, 1ª ed., Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015 [Consultado online, sin paginación].

¹⁴ Vid., A. RODRÍGUEZ BENOT (Dir.), *Manual de Derecho internacional privado*, Tecnos, 6ª ed., pp. 21-22. Por ejemplo, un cónyuge de nacionalidad francesa dona al otro de nacionalidad belga un bien situado en España, donde residen ambos; un cónyuge español residiendo en España dona al otro, igualmente español residiendo en España, un inmueble situada en el extranjero; los cónyuges, ambos españoles, pactan la donación en unas capitulaciones matrimoniales firmadas en Bruselas.

¹⁵ A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos...”, *op.cit.*, p. 16.

¹⁶ Reglamento n° 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales o Roma I (DOUE L 177/6, 4/7/2008).

III. La calificación de la donación entre cónyuges en DIPr.

12. Dicho esto acerca de su naturaleza, es evidente que, en presencia de una donación entre cónyuges con al menos un elemento internacional, nos encontraremos ante un problema característico del DIPr: *la calificación*. Esto es, tenemos una situación privada internacional – donación entre cónyuges con al menos un elemento internacional significativo- que puede ser subsumida en distintas normas de DIPr según se considere su naturaleza jurídica, tanto para seleccionar la norma de conflicto y el ordenamiento aplicable al fondo –pudiendo ser una única ley o varias- como para determinar la competencia judicial internacional y la validez extraterritorial de resoluciones extranjeras sobre la cuestión.

13. Veamos un ejemplo: El Sr. A, español, dona a su cónyuge, francés, ambos residentes en Sevilla, en acuerdo privado, su parte de un inmueble sito en Alemania propiedad de ambos a partes iguales hasta entonces. ¿Consideramos el carácter consensual, contractual, de la donación y por tanto sería subsumible en el Reglamento Roma I, de ley aplicable, y en el Reglamento 1215/2012, en lo que respecta a la determinación de la competencia judicial internacional y a la validez extraterritorial, siempre que no entre dentro de alguna de sus exclusiones, especialmente la prevista para aquellos negocios jurídicos vinculados al régimen económico matrimonial –en ambos instrumentos- o la referida a las obligaciones que “deriven de relaciones familiares” –exclusión de Roma I? Por el contrario, ¿se puede considerar, –porque, por ejemplo, se comprenda esa donación en un conjunto de actos que pretenden una planificación patrimonial de la pareja en el marco de su régimen económico matrimonial-, que es una donación vinculada al régimen matrimonial? Si añadimos que la donación vulnera las legítimas de la sucesión del donante respecto del hijo de este o bien que se trata de un pacto sucesorio, ¿podría considerarse que al encontrarse vinculada a la sucesión hay que acudir al Reglamento 650/2012, de sucesiones?

14. Y es que, aunque nuestro Código civil define la donación como “ (...) *un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra, que la acepta*” (artículo 618 Cc) y aunque la donación tenga en nuestro país un claro carácter consensual, no regulada por el Derecho de familia –aunque se dé entre cónyuges-¹⁷, al verificarse al menos un elemento internacional y entrar en juego el sistema español de DIPr, con normas supraestatales institucionales aplicables a la cuestión que contienen “conceptos autónomos” y también remisiones a leyes estatales, la calificación de la figura, como veremos, ya no dependerá, en la mayor parte de los casos, de las normas de producción interna. Por tanto, en primer lugar es necesario “calificar” esa concreta situación jurídica atendiendo a la jerarquía de fuentes del sistema español de DIPr. Así, acudimos en primer a las normas supraestatales, en concreto, a las de origen institucional.

15. Si bien no existe una norma de funcionamiento general para resolver el problema de la calificación, sí existe en el ámbito de la normativa de la UE el *método unilateral europeo “Reglamento por Reglamento”*¹⁸. Veamos el funcionamiento general del método antes de ver cómo se concreta para cada Reglamento, a propósito de la determinación de la competencia judicial internacional y ley aplicable.

16. Este método se basa en que cada Reglamento determina, de manera autónoma, las situaciones a las que es aplicable el mismo. Para ello hace uso de, por una parte, “conceptos generales” (como “obligaciones contractuales”, “régimen económico matrimonial”, “sucesión *mortis causa*”...) que define el mismo Reglamento y/o que desarrolla la jurisprudencia del TJUE en la mayoría de casos, y, por otra parte, de una descripción del ámbito de aplicación material del Reglamento. Esta descripción contiene, por lo general, una lista detallada de todas las cuestiones que sí deben considerarse reguladas por

¹⁷ Salvedad hecha de la donación en razón de matrimonio en Derecho común (art. 1336 -1343 Cc), en nuestro supuesto, cuando sea un cónyuge el que la hace a favor del otro.

¹⁸ Amplia explicación sobre la calificación y el método europeo en: A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 18ª ed., 2018, p. 218-228.

el Reglamento y/o una lista detallada de exclusiones con aquellas cuestiones que no deben considerarse reguladas por el mismo, por si hubiera dudas a la hora de calificar ciertos supuestos, en ambos casos.

17. Esto es, resulta irrelevante, aunque algunos autores aún hacen eco esta teoría¹⁹, la calificación que se mantiene en el Derecho interno del Estado cuyos tribunales conocen del asunto²⁰. Lo determinante, en presencia de instrumentos supraestatales institucionales aplicables²¹, es que dicha situación encaje en el ámbito de aplicación de un Reglamento de la UE.

18. Así, por ejemplo, y respecto de instrumentos que nos atañen en este trabajo, el Reglamento Roma I, dedicado a la determinación de la ley aplicable respecto de las “obligaciones contractuales en materia civil y mercantil”, incluye en su ámbito de aplicación material, al calificarla como una cuestión “contractual” y no “procesal”, la prescripción de la acción para la entrega de la cosa en la compraventa (artículo 12.1)²². Por su parte, el mismo Reglamento contiene en el artículo 1.2 una serie de exclusiones de materias que no podrán considerarse “materia contractual” a efectos del Reglamento con independencia de los ordenamientos de los Estados miembros, como veremos ampliamente en este mismo epígrafe, más adelante.

19. Entonces, una vez visto este marco general sobre cómo resolver el problema de la calificación en nuestro supuesto de hecho, veamos cómo se interpreta la normativa con vocación de ser aplicable en el ámbito de la UE ante un caso de donación entre cónyuges con, al menos, un elemento internacional. Habrá que estar a la *concreta situación jurídica* que se presente en la práctica para determinar, finalmente, el instrumento aplicable tanto para determinar la competencia judicial internacional como para determinar el ordenamiento aplicable al fondo²³.

20. Nótese que, como norma general, la interpretación de los conceptos incluidos en la normativa de la UE debe ser uniforme y coherente para garantizar el principio de igualdad. En este sentido, y aunque no sea vinculante, el concepto que el TJUE desarrolla de un determinado término jurídico, por ejemplo, de “régimen económico matrimonial” o de “obligación contractual” debería ser semejante al que se dé a esos mismos términos en otros instrumentos europeos²⁴. Por último, recordemos que, según el art. 4 bis LOPJ, los jueces y tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

¹⁹ Vid., en artículo de 2019, cit. *supra*: N. GOÑI URRIZA, “La ley aplicable..”, op.cit., p. 101, párrafo 4: “(...) *Al igual que en la mayoría de ordenamientos jurídicos, la calificación de un negocio jurídico como la donación o la compraventa debe realizarse conforme a la ley española (artículo 12.1 Ce)*”.

²⁰ Nos estamos refiriendo al Derecho material interno y a las normas de producción interna de Derecho internacional privado, porque, lógicamente, los reglamentos de la UE son también Derecho interno desde que se publican debidamente. Cuando se apliquen las normas de producción interna en materia de competencia judicial internacional (artículo 22 LOPJ) o de ley aplicable (10.7 Cc, exclusivamente relegado a regular los conflictos de leyes interregionales, o 9.2 y 9.3 Cc, aplicables para matrimonios celebrados con anterioridad al 29 de enero de 2019 y casos interregionales), sí será relevante la calificación según el Derecho interno.

²¹ No mencionamos aquí la solución a la calificación para la aplicación de un convenio internacional porque no hay convenios aplicables en España que regulen los aspectos de DIPr de las donaciones entre cónyuges con elemento internacional. Dependerá del convenio y de las soluciones que este prevea. Mencionamos, no obstante, el Convenio de la Haya de 14 de marzo de 1978 relativo a la Celebración y al Reconocimiento del Matrimonio, en el que España no es parte, y los “Principles of European Family Law” de la Commission on European Family Law (CEFL), con diferentes categorías, una de ellas dedicada a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, todas disponibles online: <http://ceflonline.net/principles/> [Consulta: 1/4/2020]. Para más información respecto de la calificación en convenios internacionales, vid., A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOA GONZÁLEZ, *Derecho...*, op. cit., p. 222.

²² Ejemplo citado en *Ibidem*, p. 220.

²³ Incluso, como veremos más adelante, puede ocurrir que debamos atender a diversos aspectos dentro de un mismo acto de donación, fraccionando la ley aplicable al mismo.

²⁴ Así se refleja en numerosa jurisprudencia del TJUE. Respecto a ello, vid., V.M. ROJAS AMANDI, “La interpretación del Derecho de la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº4, 2003, pp. 47-64, pp. 49, 57, 58, disponible en: <http://62.204.194.45/fez/eserv/bibliuned:1217/IntDchoUE.pdf> [Consulta: 10/12/2019].

21. En nuestro supuesto de estudio, esto es, las donaciones entre cónyuges, cada instrumento supraestatal con vocación de ser aplicado al caso contiene conceptos autónomos que deberán examinarse, siempre que sea posible, a la luz de la jurisprudencia del TJUE para calificar el supuesto y determinar, en función de sus respectivos ámbitos de aplicación, si debe aplicarse uno u otro. Atendiendo siempre a la jerarquía de fuentes del sistema español de Derecho internacional privado, la elección del instrumento aplicable dependerá de una cuestión previa fundamental, que es la de calificar la donación, algo que se realizará, en primer lugar, siguiendo el método unilateral europeo de “Reglamento por Reglamento” y, en defecto de instrumento supraestatal aplicable, en base a las normas de producción interna para determinar la norma interna aplicable.

22. En los Estados miembros de la UE, la ley que en principio va a aplicarse a una donación es la que se determine, como veremos, en base al Reglamento 593/2008, Roma I, y la competencia será regulada por el Reglamento 1215/2012, al considerarse su carácter consensual de manera prioritaria -salvo en el caso, bastante inverosímil, de que estuviéramos ante una “donación no voluntaria” o “forzosa”²⁵- porque nacen de la voluntad de ambas partes con independencia de que generen obligaciones para una de las partes o para ambas, como vimos en el primer apartado.

23. Esta interpretación se basa en el contenido del considerando 7 del Reglamento Roma I, que establece que el ámbito de aplicación material y las disposiciones del Reglamento deben garantizar la coherencia con el Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la Competencia judicial, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I), y con el Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre la Ley aplicable a las Obligaciones Extracontractuales (Roma II)²⁶. Así, aunque no existe una definición del término “obligaciones contractuales” ni en el Convenio de Roma ni en el Reglamento Roma I, las definiciones autónomas adoptadas por el TJUE para la noción “materia contractual” en relación al Convenio de Bruselas y posteriores Reglamentos 44/2001 y 1215/2012, se extienden por los Tribunales a los instrumentos citados en materia de ley aplicable²⁷. De esta manera, tal y como la doctrina ha recogido, toda donación que requiere la aceptación del donatario debe ser considerada como un “acuerdo libre de voluntades” y por tanto genera “obligaciones contractuales” a efectos del Reglamento Roma I²⁸.

24. Así lo ha reafirmado el TJUE haciendo también referencia al principio de coherencia con el concepto de “obligaciones contractuales” del Reglamento 1215/2012. En la STJUE de 21 de enero de 2016²⁹, el tribunal afirma lo siguiente: “(...) *en relación con los respectivos ámbitos de aplicación de los Reglamentos Roma I y Roma II, los conceptos de «obligación contractual» y de «obligación extracontractual» que figuran en éstos deben interpretarse de manera autónoma, remitiéndose a su sistema y a los objetivos de dichos Reglamentos (véase, por analogía, la sentencia ÖFAB, C147/12, EU:C:2013:490, apartado 27). Asimismo, debe tenerse en cuenta, como resulta del considerando 7 de cada uno de los dos Reglamentos, el objetivo de coherencia en la aplicación recíproca de estos Regla-*

²⁵ En cuyo caso –siempre que se trate de un supuesto de DIPr- estaríamos ante una obligación extracontractual y deberíamos acudir al Reglamento Roma II, esto es, Reglamento (CE) n°864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), DO L 199 de 31.7.2007, p. 40/49. Excluimos, por la rareza del supuesto, el estudio de las mismas en el presente artículo, vid. *supra*, nota 10.

²⁶ Vid., A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Chapter I: Scope. Article 1”, en U. MAGNUS Y P. MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law, Commentary Brussels I bis Regulation*, vol.I, OttoSchmidt, Köln, 2016, p. 46-75, p. 62, y jurisprudencia del TJUE allí citada; M. GIULIANO Y P. LAGARDE, Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, DOCE de 11 de diciembre de 1992, C 327, pp. 1-47.

²⁷ Entre otras, la STJCE de 17 de junio de 1992, as.26/91, *Jakob Handte*, nos dice que hay materia contractual (concepto autónomo del artículo 5.1 CB) cuando existe un compromiso libremente asumido por una parte frente a la otra.

²⁸ De este criterio, siguiendo el Considerando 7 del Reglamento Roma I, vid., J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Apuntes sobre...”, op.cit., p. 324.

²⁹ STJUE de 21 de enero de 2016, as. acumulados C359/14 y C475/14, “*ERGO Insurance SE contra “If P&C Insurance” AS y “Gjensidige Baltic” AAS contra “PZU Lietuva” UAB DK* [ECLI:EU:C:2016:40], fd. 43 y 44.

mentos, y también del Reglamento Bruselas I, que, en particular, distingue, en su artículo 5, entre las materias contractual y delictual o cuasidelictual. Y que: “44. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a este último Reglamento resulta que sólo una obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra y en la que se basa la acción del demandante está comprendida en el ámbito de la «materia contractual», en el sentido del artículo 5, número 1, del citado Reglamento (véase la sentencia Kolassa, C375/13, EU:C:2015:37, apartado 39). Por analogía, y de conformidad con el objetivo de coherencia indicado en el apartado 43 de la presente sentencia, debe considerarse que el concepto de «obligación contractual», en el sentido del artículo 1 del Reglamento Roma I, designa una obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra”³⁰.

25. Ahora bien, en ocasiones, aunque la donación sea “contractual”, no podremos considerarla como tal a efectos de entenderla incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma I –y, también, del 1215/2012–, lo cual puede deberse a varios factores tratándose de una donación efectuada en el ámbito familiar, entre cónyuges, recogidos en las exclusiones de dichos textos normativos³¹. Nos referimos aquí a las excepciones que contiene el Reglamento Roma I en su artículo 1.2 que pueden concurrir en un supuesto de donación entre cónyuges, y que abordamos a continuación, ya que están necesariamente vinculadas a la calificación del supuesto de hecho de las donaciones entre cónyuges no solo para la determinación del instrumento normativo que determinará la ley aplicable sino también para seleccionar aquel que regulará la competencia judicial internacional³².

1. Las obligaciones que se deriven de regímenes económicos matrimoniales, de regímenes económicos resultantes de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables al matrimonio [...]. Artículo 1.2. c).

26. En primer lugar, pues, no procede considerar la donación –o elementos de ella– parte del ámbito de aplicación de Roma I si dicha donación –o determinados aspectos de la misma³³– aun siendo

³⁰ Nótese que el concepto de “materia contractual” que el TJUE ha desarrollado en su labor interpretativa del Reglamento 1215/2012 y de sus predecesores, el Reglamento 44/2001 y el Convenio de Bruselas, no es automáticamente vinculante en la interpretación del concepto “materia contractual” en el Reglamento Roma I. Vid., M. VIRGÓS SORIANO Y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Thomson Reuters, 2007, n° párrafo 5.35. No obstante, se deberá tender a la uniformidad en la interpretación para procurar soluciones jurídicas consistentes y coherentes, tal y como se observa en la jurisprudencia del TJUE. Esto es, la regla general de interpretación debe ser la uniformidad en la interpretación de los conceptos, de manera que si una cuestión se considera “materia contractual” a efectos de determinar la competencia judicial internacional, también se considere “contractual” para determinar la ley aplicable a la misma. La parte que sostenga otra interpretación debe justificar dicha “separación conceptual”, vid., A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, Vol. II, op.cit., p. 219.

³¹ Como veremos, esto ya se señaló en el Informe GIULIANO/LAGARDE: M. GIULIANO Y P. LAGARDE, Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, DOCE de 11 de diciembre de 1992, C 327, pp. 1-47, p.10: “A diferencia de lo que se ha dicho en el apartado 2 del artículo 1 del anteproyecto inicial, la redacción actual de la letra b) del apartado 2 no excluye de una manera general la materia de las donaciones. La mayoría de las Delegaciones se pronunció por la inclusión de las donaciones que proceden de un contrato en el ámbito de aplicación del Convenio, aun cuando se efectúen en el marco familiar, sin estar por ello cubiertas por el derecho de familia. Quedan, pues, fuera del ámbito de aplicación de las normas uniformes solamente las donaciones contractuales afectadas por el derecho de familia, de los regímenes matrimoniales o de las sucesiones. F. ZOLL, “The Draft Common Frame of Reference as an instrument of the autonomous interpretation in the context of Rome I Regulation”, en: F. FERRARI & S. LEIBLE (ed.), *The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier, pp. 17-26.

³² Nótese que el Reglamento 1215/2012 contiene también las exclusiones de su ámbito de aplicación de “los regímenes matrimoniales o los que regulen relaciones con efectos comparables al matrimonio según la ley aplicable” (art. 1.2 a) y los “testamentos y sucesiones” (art. 1.2. f). Ambos son conceptos autónomos cuya interpretación debe ser semejante a la dada para los mismos términos en otros instrumentos de la UE. Vid., sobre la coordinación entre los términos en que se redacta el Reglamento 1215/2012 y Roma I, con especial referencia a la calificación de “relaciones familiares”, M. BODGAN, “Convergence and divergence between Brussels I and Rome I with regard to contracts regulating matters of family law”, en: J. MEEUSEN, *Enforcement of International Contracts in the European Union. Convergence and divergence between Brussels I and Rome I*, Intersentia, 2004, pp. 211-223.

³³ Y es que podemos tener distintas cuestiones, algunas vinculadas al hecho de que se dé entre cónyuges –por ejemplo, la admisibilidad misma de la donación o su revocabilidad– y otras no, como puede ser la prescripción de la acción o la interpretación de las disposiciones del contrato. Vid., P. WAUTELET, *Les donations* ..., op.cit., p. 219.

“contractual” en los términos vistos *supra*, puede encajar dentro del concepto, autónomo ya, de “régimen económico matrimonial”. En este caso, dicha donación, excluida de Roma I *ex art.* 1.2. c) y tal y como reafirma el Informe Giuliano/Lagarde, debería ser regulada por las normas de conflicto relativas a los efectos del matrimonio, que en la actualidad se concretan en el Reglamento 2016/1103, dado que este instrumento supraestatal con vocación omnicomprensiva en materia de regímenes económico-matrimoniales ya es de aplicación tanto en competencia judicial internacional como para la determinación de la ley aplicable³⁴. Este concepto, “régimen económico matrimonial” o “régimen matrimonial” -en terminología del Reglamento 1215/2012, que después analizaremos- es un concepto que ha planteado tradicionalmente dificultad en torno a su delimitación por varios motivos: por su transversalidad³⁵, por la complicada distinción entre las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges y porque produce efectos entre los cónyuges y también respecto de terceros.

27. Su falta de definición concreta en una norma sustantiva, en el marco del Derecho de la UE, se ha solventado con la aprobación y entrada en vigor del Reglamento 2016/1103, sobre regímenes económicos matrimoniales, del que España forma parte³⁶. Este, al describir su ámbito de aplicación, afirma que por “régimen económico matrimonial” se entiende el “*conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con terceros, como resultado del matrimonio o de su disolución*” (artículo 3.1. a)). Según algunos autores, de la lectura conjunta de este artículo y del Considerando 18 del mismo texto³⁷, se infiere que este término incluye las capitulaciones matrimoniales específica y exclusivamente previstas para el matrimonio por determinados ordenamientos jurídicos nacionales (así, el español, en los artículos 1318-1324 Cc en Derecho común, en todo lo que tenga carácter patrimonial³⁸), y toda relación patrimonial entre los cónyuges y en sus relaciones con terceros *que resulte directamente del vínculo matrimonial o de su disolución*³⁹. Esto es, si tenemos una donación *por razón de matrimonio*, por ejemplo, o bien una donación de bien futuro incluida en capitulaciones matrimoniales, la consideraremos vinculada al matrimonio.

³⁴ Sobre su ámbito de aplicación temporal, distinto en determinación de la competencia judicial internacional y en la determinación de la ley aplicable, *vid.* nota 5.

³⁵ Y es que es un concepto jurídico vinculado a diversas áreas jurídicas: los derechos reales (porque los bienes de los cónyuges pueden tener diversa naturaleza, ser de carácter privativo o común, bienes muebles o inmuebles), el Derecho de familia, el Derecho de obligaciones, el Derecho registral (el acceso a los registros públicos se prevé en numerosos ordenamientos, y también respecto de determinados actos jurídicos en relación a los bienes conyugales) o el Derecho de sucesiones (se deberá coordinar la liquidación de la sociedad conyugal con la de la herencia, pueden existir limitaciones a la disposición de los bienes por el Derecho de sucesiones, entre otras). *Vid.*, A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos...”, *op.cit.*, p. 13.

³⁶ Al haberse adoptado este Reglamento mediante el procedimiento de cooperación reforzada, no se aplica en todos los EE.MM. de la UE, sino en los siguientes, hasta la fecha: Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Chipre, la República Checa, Alemania, Grecia, España, Francia, Italia, Luxemburgo, Malta, los Países Bajos, Portugal, Eslovenia, Finlandia y Suecia. Evidentemente, el hecho de que el Reglamento se haya adoptado mediante la cooperación reforzada va a dar lugar a situaciones resueltas de diversas maneras según dónde se presente la demanda, con la falta de previsibilidad y seguridad jurídica que esto conlleva dentro del espacio europeo de justicia.

³⁷ “*El ámbito de aplicación del presente Reglamento debe incluir todos los aspectos de Derecho civil de los regímenes económicos matrimoniales, relacionados tanto con la administración cotidiana del patrimonio matrimonial como con la liquidación del régimen, en particular como consecuencia de la separación de la pareja o del fallecimiento de uno de los cónyuges. A efectos del presente Reglamento, el término «régimen económico matrimonial» debe interpretarse de forma autónoma y ha de abarcar no solo las normas imperativas para los cónyuges, sino también las normas opcionales que los cónyuges puedan acordar de conformidad con el Derecho aplicable, así como cualesquiera normas por defecto del Derecho aplicable. Incluye no solo las capitulaciones matrimoniales específica y exclusivamente previstas para el matrimonio por determinados ordenamientos jurídicos nacionales, sino también toda relación patrimonial, entre los cónyuges y en sus relaciones con terceros, que resulte directamente del vínculo matrimonial o de su disolución.*” Considerando 18 del Reglamento 2016/1103.

³⁸ No obstante, la contribución a las cargas familiares del artículo 1318 se califica como “alimentos”, encontrándose por tanto excluido del ámbito de aplicación material del Reglamento 2016/1103 y considerándose incluido en el Reglamento 4/2009 de obligaciones de alimentos.

³⁹ Ampliamente sobre el ámbito de aplicación del Reglamento, *vid.*, J. RODRÍGUEZ RODRIGO, *Relaciones Económicas de los Matrimonios y las Uniones Registradas en España, Antes y Después de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104*, Dykinson, 2019, pp. 33-43; A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos...”, *op. cit.*, p. 14.

28. Este concepto lo recoge sin duda el legislador europeo de la jurisprudencia del TJUE en el caso *Cavel vs. Cavel*⁴⁰, referida al Convenio de Bruselas de 1968, basándose en el principio de interpretación uniforme del Derecho de la UE y la coherencia que debe salvaguardarse en la interpretación de las normas de la UE para garantizar el principio de igualdad, como ya mencionamos. En dicha sentencia se afirma que dicho concepto abarca tanto los *regímenes económicos previstos de manera específica por determinadas legislaciones* como *todas las relaciones patrimoniales que resultan directamente del vínculo conyugal o de su disolución*^{41,42}. Así, no se entienden excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento 1215/2012 (por aplicación extensiva de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE –entonces de la Comunidades Europeas- respecto del Convenio de Bruselas de 1968) ni tampoco del Reglamento Roma I, como veremos, los litigios sobre las “*relaciones patrimoniales entre cónyuges que no tengan relación con el matrimonio*”⁴³.

2. Las obligaciones que se deriven [...] de testamentos y de sucesiones. Artículo 1.2.c) *in fine*.

29. En segundo lugar, puede ocurrir que se trate de una donación *mortis causa*, cuya calificación y tratamiento, no pacífico, será abordada en el siguiente apartado. O también que, aun tratándose de una donación *inter vivos*, entre cónyuges, existan aspectos sujetos a la ley sucesoria. Este puede ser el caso, como veremos, de las cuestiones que se dirigen a proteger a determinados herederos, como la reducción de liberalidades (incluyendo la imputabilidad de una liberalidad a la cuota disponible o legitimaria, así como las condiciones de su sujeción a la acción de reducción). En ambos casos excluiríamos la aplicación del Reglamento Roma I *ex art.* 1.2.c) -y, también, del Reglamento 1215/2012 *ex art.* 1.2 f)- y nos remitiríamos –aunque no es una cuestión pacífica-, como veremos ampliamente más adelante, al Reglamento 650/2012, de sucesiones.

3. Las obligaciones que se deriven de relaciones familiares y de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables [...]. Artículo 1.2. b).

30. Por último, puede ocurrir que tengamos una donación entre cónyuges que no puede considerarse parte del régimen económico matrimonial ni está vinculada a la sucesión, ambas cuestiones excluidas claramente de Roma I, pero que queda excluida del ámbito de aplicación del Reglamento Roma I aun pudiendo ser “contractual” por encajar en la exclusión del art. 1.2.b), al derivar *de relaciones familiares y de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos*

⁴⁰ Sobre la posible aplicación del Convenio de Bruselas de 1968 a la colocación de precintos y al embargo de bienes decretados contra la demandada por el Juez de familia en un proceso de divorcio pendiente ante un Tribunal francés, al tratarse de un procedimiento accesorio a un proceso judicial relativo al estado de las personas o a los regímenes matrimoniales. Vid., STJCE 27 marzo 1979, 143/78, *Cavel c. Cavel* [ECLI:EU:C:1979:83], FD. 8.

⁴¹ Vid., M. GÓMEZ GENE, “Artículo 1”, pp. 57-88, en AA.VV., *Comentario al Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, p. 67.

⁴² Al respecto, aunque no sea objeto de estudio de este artículo, señalamos que el régimen de las uniones no registradas, siguiendo con la STJUE de 6 de junio de 2019 en el asunto *Weil* [ECLI:EU:C:2019:473], quedan fuera de la regulación del Reglamento 2016/1104 y sus relaciones patrimoniales podrían considerarse parte del Reglamento 1215/2012 -y de su predecesor, el 44/2001- ya que no forman parte de la exclusión que contiene el art. 1 respecto de los regímenes “matrimoniales”.

⁴³ Literalmente: “(...)que de ello se deduce que el concepto de «regímenes matrimoniales» no sólo comprende los regímenes económicos concebidos específicamente y exclusivamente por determinadas legislaciones nacionales con vistas al matrimonio, sino también todas las relaciones patrimoniales que resultan directamente del vínculo conyugal o de su disolución; que los litigios sobre los bienes de los cónyuges en un proceso de divorcio pueden, por ello, según los casos, afectar o estar estrechamente vinculados: 1) a cuestiones relativas al estado de las personas; 2) a relaciones jurídicas patrimoniales entre cónyuges que resultan directamente del vínculo conyugal o de su disolución; 3) a relaciones jurídicas patrimoniales existentes entre ellos, pero sin relación con el matrimonio; que, si bien los litigios de la última categoría están comprendidos en el ámbito de aplicación del Convenio, los relativos a las dos primeras deben excluirse de él.” FD 7.

*comparables, incluida la obligación de alimentos*⁴⁴. Esta exclusión es determinante y su interpretación ha sido muy controvertida a pesar de que, como señalan algunos autores, es el mismo Informe GIULIANO/LAGARDE, *cit. supra*, el que defiende una calificación *ex lege causae*, al hacer referencia a los Derechos nacionales aplicables eventualmente al fondo de la cuestión⁴⁵.

31. A pesar de que el Reglamento Roma I recoge expresamente que, en lo que se refiere a la determinación de lo que debe entenderse por “relaciones familiares”, se estará a lo dispuesto en la ley del foro (vid. Considerando 8), según la doctrina más autorizada, la intención del legislador fue la de respetar con esa exclusión las limitaciones que, en los Derechos nacionales de determinados Estados parte, pudieran existir en Derecho de familia para las donaciones verificadas en ese ámbito; esto, es, respetar a aquellos Estados que, en sus legislaciones nacionales – véase, la italiana-, disponen de “relaciones de familia” que comportan obligaciones contractuales y cuyos ordenamientos regulan específicamente, recogiendo, por ejemplo, limitaciones a las donaciones entre cónyuges por el hecho de ser cónyuges. Por tanto, a pesar de que las “relaciones familiares” se califiquen *ex lege fori*, la parte de la exclusión que, en castellano, se refiere a “obligaciones *que deriven*”, se remitiría, así, a los Derechos nacionales respectivos⁴⁶.

32. Respecto a la interpretación de esta exclusión cabe hacer una reflexión. Teniendo en cuenta el concepto autónomo que el Reglamento 2016/1103 ha dado para el “régimen económico matrimonial” incluyendo en este *toda relación patrimonial entre los cónyuges y en sus relaciones con terceros que resulte directamente del vínculo matrimonial o de su disolución*, cabe pensar en cuál es la intersección o diferencia entre ambas exclusiones (apartados b) y c)) para una donación entre cónyuges⁴⁷. Esto es, si una donación “deriva” de relaciones familiares (apartado b), en el caso de una donación entre cónyuges, bien podría entenderse que se inserta dentro del régimen económico matrimonial, por lo que la excepción contenida en el art. 1.2 b) quedaría sin utilidad o vacía de contenido salvo que se entienda, como defiende parte de la doctrina⁴⁸-, que existe una remisión a los Derechos nacionales, por lo que no depende de esa interpretación autónoma sino que, pudiendo ser una donación que en un país como España pudiera ser perfectamente contractual –no regulada de manera específica en Derecho de familia-, aplicándosele por tanto el Reglamento Roma I, no sería así en otro país como Italia en la que a pesar de no encajar en el concepto autónomo de “régimen económico matrimonial”, dichas donaciones se regulen por el Derecho de familia, estableciendo limitaciones, cautelas, etc⁴⁹.

⁴⁴ Sobre la misma, especialmente, vid., A. RODRÍGUEZ BENOT, “La exclusión de las obligaciones derivadas del Derecho de familia y sucesiones del ámbito material de aplicación del Reglamento Roma I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, Vol. I, N°1, pp. 112-130, esp. p. 115.

⁴⁵ Entre otros, destaca: J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Apuntes sobre...”, *op.cit.*, p. 325 y nota 19, citando Informe GIULIANO/LAGARDE, pp. 17-19.

⁴⁶ P. WAUTELET, por su parte, considera que la exclusión se refiere solo a aquellas obligaciones que nacen por razón de la existencia de un vínculo familiar, debiéndose interpretar restrictivamente. Por ejemplo, si se planteara la revocación de una donación entre cónyuges por el nacimiento de un hijo del donante. Señala que la concurrencia de algún aspecto de la donación vinculado especialmente a la relación familiar y al Derecho de familia no descarta la aplicación general del Reglamento Roma I al conjunto de la donación, sino solo a aspectos como, por ejemplo, la admisibilidad misma de la donación entre cónyuges, que tiene su causa en ese vínculo familiar entre esposos. P. WAUTELET, *Les donations ...*, *op.cit.*, pp. 218 y 219.

⁴⁷ Distinto sería entre familiares de otro tipo donde la exclusión del apartado c), referida a los regímenes económicos matrimoniales no entraría en juego.

⁴⁸ Entre otros: P. JIMÉNEZ BLANCO, “El derecho...”, *op.cit.*, p. 75-77 y amplia bibliografía allí citada; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Apuntes sobre...”, *op.cit.*, p. 325, citando también a H. GAUDEMET-TALLON; A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, vol.II, *op.cit.*, p. 1067.

⁴⁹ Tradicionalmente, estas cuestiones se han vinculado a la ley aplicable a los efectos del matrimonio. Así en España, vid., P. JIMÉNEZ BLANCO, “El derecho...”, *op.cit.*, p. 75; En Francia: Cass., 15 de febrero de 1966, *Révue critique de droit international privé*, 1966, p. 273, nota de H. BATIFFOL; Cass., 2 de diciembre de 1969, *Révue critique de droit international privé*, 1971, p. 507, nota G. DE LA PRADELLE. En Alemania, K. SIEHR, *Münchener Kommentar zum BGB, Internationales Privatrecht*, 4ª ed., München, Beck, 2006, art. 14, núm. 110. La cuestión ha resultado polémica en el ordenamiento italiano: N. BOSCHIERO, “Donazione nel diritto internazionale privato”, en: *Digesto. Discipline privatistiche. Sezione civil*, t. VII, Utet, 1991, pp. 196 y ss. Más referencias en Derecho comparado en: A. BONOMI, P. WAUTELET Y S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Artículo 1”, *op.cit.*, nota 57.

33. Siguiendo con la posición de la doctrina dominante, la remisión del legislador a los Derechos estatales en este punto, algo criticable y criticado, complejiza el tratamiento de la cuestión y es el punto clave porque condicionará la calificación (*ex lex causae*) y la elección del instrumento aplicable al caso⁵⁰. Hay varias soluciones doctrinales a este “círculo inextricable”, como veremos más adelante, y de la misma dependerá la aplicación un instrumento normativo u otro.

34. En consecuencia, vamos a dividir el análisis del régimen de DIPr de las donaciones entre cónyuges en tres bloques: el primero, dedicado a la donación con efectos sucesorios, que es aquella que realiza un cónyuge con intención de planificar una ordenación futura de sus bienes, para cuando fallezca; también nos referiremos en este bloque a las cuestiones relativas a donaciones *inter vivos* que quedarían no obstante sujetas a la ley sucesoria. El segundo, a la donación en el marco matrimonial, esto es, aquella cuya finalidad es la ordenación de los bienes para el desarrollo del matrimonio o dentro de él y que encaja en el concepto autónomo de “régimen económico matrimonial”, con independencia de que se realice el acto de donación antes o durante el matrimonio. Y el tercero, a la donación puramente patrimonial o contractual entre cónyuges, que es aquella que, aun realizándose entre cónyuges, no guarda vinculación con el matrimonio, esto es, no tiene su razón en él ni pretende afectar de manera específica la ordenación presente de los bienes en el matrimonio ni tampoco la ordenación futura de los bienes tras su fallecimiento. En este último bloque, realizaremos una distinción en materia de ley aplicable cuando se trate de una donación derivada de las relaciones familiares *al estar regulada por el Derecho de familia* y que será excluida de Roma I, algo que se determinará de acuerdo a la *lex causae* que determine el Reglamento 2016/1103 o los arts. 9.2 y 9.3 Cc, según se cumpla o no el ámbito de aplicación temporal del primero.

35. La donación que hemos llamado “puramente contractual” la estudiaremos en último lugar puesto que, si no se puede identificar con la institución sucesoria ni tampoco se puede considerar parte del concepto autónomo de régimen económico matrimonial que incorpora el Reglamento 2016/1103⁵¹, aún carente del necesario desarrollo jurisprudencial por el TJUE, se verá sujeta al régimen de las obligaciones contractuales –que prevalecerá, no obstante, en la práctica, de manera general- y que, en Derecho internacional privado de la UE, se concreta, principalmente, como es sabido, en los Reglamentos nº 1215/2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y el nº 593/2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales o Roma I, en materia de ley aplicable, con la salvedad que ya hemos anunciado y que estudiaremos en profundidad.

36. Nótese que la estructura de este trabajo, aquí planteada, responde a una posición concreta de la autora sobre la calificación de la donación entre cónyuges y su encuadre en uno u otro instrumento normativo de la UE en atención a la relación entre ellos y a los objetivos de uniformidad, coherencia, seguridad jurídica y evitación de lagunas sin justificación del Espacio europeo de justicia. No obstante, dicha estructura podría no ser la adecuada, como explicaremos en la reflexión final para que pueda comprenderse mejor tras la lectura del trabajo, bajo una interpretación distinta.

37. Una vez realizada la calificación, Reglamento por Reglamento, caso por caso, tenemos que recordar que, en materia de ley aplicable, los tres Reglamentos que nos ocupan tienen eficacia *erga om-*

⁵⁰ Y es que, aplicando la calificación *lege fori* a esta cuestión podemos estar aplicando normas de determinación de la competencia judicial internacional o normas de conflicto pensadas para obligaciones contractuales –por tanto menos ajustadas y menos capaces de dar una respuesta satisfactoria al caso, especialmente si tenemos en cuenta la posibilidad de encontrarnos con regímenes imperativos de las donaciones entre esposos, razón por la cual algunos autores han señalado las dificultades de aplicación que pueden surgir por la incompatibilidad de aplicar normas de conflicto relativas a los contratos con los regímenes imperativos de las donaciones entre esposos, por lo que consideran más razonable aplicar las normas pensadas para las relaciones económicas en el marco del matrimonio. Vid., D. BUREAU y H. MUIR WATT, *Droit...*, op.cit., pp. 117 y 252.

⁵¹ En esta contribución, como ya anunciamos *supra*, con la intención de simplificar y dado que el título hace referencia a las donaciones realizadas *entre cónyuges*, nos referiremos únicamente al Reglamento 2016/1103, pero en esencia lo que va a estudiarse, en especial respecto del régimen normativo de la UE previsto en el Reglamento 2016/1103, puede extenderse a las posibles donaciones entre miembros de uniones registradas ya que ambos reglamentos, el 2016/1103 y el 2016/1104 son *rigurosamente paralelos, tanto en la forma como en el fondo*. Vid. *supra* nota 4.

nes por lo que no es necesario que los ordenamientos extranjeros vinculados con el supuesto sean de un país cuyas autoridades apliquen los Reglamentos para que aquellos resulten de aplicación.

IV. La donación entre cónyuges sujeta a la ley sucesoria

38. En este apartado distinguiremos dos cuestiones: en primer lugar, las donaciones *mortis causa* y, en segundo lugar, aquellos aspectos de las donaciones *inter vivos* que se considerarán sujetas a la ley sucesoria, como, por ejemplo, la reducción de liberalidades (vid. *supra* párrafo 29), pudiendo producirse, en este último caso, un fraccionamiento de la ley reguladora de la donación, según el aspecto del cual se trate, como veremos.

39. En el ámbito europeo, el instrumento normativo por excelencia es el Reglamento nº650/2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo⁵². Su amplio ámbito de aplicación ha relegado las normas de producción interna en materia de competencia judicial internacional contenidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial y, ese amplio ámbito de aplicación, unido a su carácter *erga omnes*, hacen que las normas del Código civil en materia de ley aplicable se apliquen ya, únicamente, en conflictos interregionales o a aspectos no regulados por el Reglamento, como veremos.

40. El Reglamento 650/2012, de sucesiones, establece, al definir su ámbito de aplicación material, *ex* artículos 1, 3.1 a) y Considerando 9, que el Reglamento se aplicará a cualquier forma de transmisión *mortis causa* de bienes, derechos y obligaciones, que derive:

- a) de un acto voluntario en virtud de una disposición *mortis causa*: testamento, testamento mancomunado –testamento otorgado en un acto por dos o más personas *ex* art. 3.1.d)- o pacto sucesorio –todo acuerdo, incluido el resultante de testamentos recíprocos, por el que se confieran, modifiquen o revoquen, con o sin contraprestación, derechos relativos a la sucesión o las sucesiones futuras de una o más personas que sean partes en dicho acuerdo artículo 3.1. b)-
- b) de una sucesión *abintestato*.

41. Por tanto, en primer lugar, debemos calificar la figura de “donación *mortis causa*”. Es sin duda una cuestión muy delicada y controvertida, más aún si tenemos en cuenta la pluralidad que existe en la definición de estos actos en los distintos Derechos nacionales⁵³. No obstante, subyace la idea en todas ellas de que determinadas donaciones estarán sometidas a las normas de Derecho sucesorio porque pretenden⁵⁴ regular el destino de bienes del donante una vez este fallezca.

⁵² Cit. *supra*, nota 8. Es aplicable: 1) temporalmente, a los litigios sobre sucesiones con decesos ocurridos el 17 de agosto de 2015 o después de esa fecha *ex* art. 83.1; 2) territorialmente, en todos los Estados miembros salvo Dinamarca, Reino Unido e Irlanda (Considerandos 82 y 83).

⁵³ Así, por ejemplo, en nuestro Cc hay una sola referencia a esta figura en el art. 620 Cc; en Derecho francés e italiano la donación *mortis causa* trata sobre bienes futuros que formarán parte del patrimonio del donante cuando fallezca, siendo nulas aquellas que se identifican con la prohibición de pactos sucesorios o sucesión futura; en Derecho alemán es aquella sometida a una condición suspensiva o resolutoria del pre-fallecimiento del donante; en *common law*, es aquella que se realiza cuando se teme que el donante fallezca próximamente, siendo revocada de pleno derecho y de manera automática si no es así. Vid., A. BONOMI, P. WAUTELET Y S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *El Derecho...*, op. cit., notas 66-71. Un análisis de Derecho comparado en J.M. FONTANELLAS I MORELL, “Las donaciones *mortis causa* ante la reglamentación comunitaria de las sucesiones”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, nº11, 2011, pp. 465-484.

⁵⁴ Lo determinante es el “animus” con el que se realiza la donación entre cónyuges. Si se realiza con idea de ordenar relaciones jurídicas con posterioridad al óbito del futuro causante sería donación conyugal de naturaleza sucesoria; si lo fuera con el objeto de ordenar tales relaciones en el marco de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges vigente el matrimonio sería donación conyugal de orden económico-matrimonial.

42. Teniendo en cuenta esta diversidad de aproximaciones, la doctrina ha planteado diversas soluciones a la calificación de las donaciones *mortis causa*. Siguiendo a A. BONOMI, P. WAUTELET Y S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, destacamos tres. En primer lugar, utilizar, para calificarla, criterios de Derecho material interno, algo que choca con la incorporación de conceptos autónomos que predomina en el Derecho de la UE, como ya hemos apuntado en el epígrafe tercero; en segundo lugar, hacer depender su calificación de la ley aplicable a la sucesión, en concreto, la ley que rige los pactos sucesorios según el art. 25 del Reglamento 650/2012, de manera que, si según esa ley, la donación en cuestión es considerada “*mortis causa*”, así será calificada y se actuará en consecuencia; si no es así⁵⁵, se considerará “*neutra*” y quedará sometida a la ley aplicable para las donaciones *inter vivos*. Por último, se plantea incluirlas dentro del ámbito de aplicación del Reglamento sucesorio de acuerdo a una calificación autónoma, criterio que defiende, entre otros, J.M. FONTANELLAS I MORELL⁵⁶, y que compartimos, entre otras cosas, por los términos en los que está redactado el ámbito de aplicación material del Reglamento 650/2012 que pretende abarcar cualquier forma de transmisión “*mortis causa*”. En definitiva, consideramos que cuando la donación entre cónyuges tiene como finalidad o *animus* la ordenación futura de los bienes tras el fallecimiento del cónyuge donante, entonces estamos ante una donación vinculada a la institución sucesoria⁵⁷.

43. Entonces, en presencia de una donación entre cónyuges *mortis causa* que, por ejemplo, se haya hecho mediante pacto sucesorio (en el caso de España solo permitido en algunos Derechos forales, no en Derecho común) o cuando se trate de donaciones de última voluntad (recogidas en el artículo 620 Cc a las que se refiere el artículo 25 del Reglamento 650/2012), descartaremos la aplicación del Reglamento 1215/2012⁵⁸ y del Reglamento 593/2008 en materia de ley aplicable, así como del 2016/1103, para aplicar el 650/2012 en tanto que quedan comprendidas en su ámbito de aplicación⁵⁹.

44. En el artículo 1.2 letra g), el Reglamento señala que quedan excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento “*los bienes, derechos y acciones creados o transmitidos por título distinto de la sucesión, por ejemplo mediante liberalidades, propiedad conjunta de varias personas con reversión a favor del supérstite, planes de pensiones, contratos de seguros y transacciones de naturaleza análoga, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 23, apartado 2, letra i)*”. En este art. 23.2.i⁶⁰ se establece precisamente que quedarán comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Reglamento la reducción de liberalidades entre vivos. La ley que resulte aplicable a la sucesión regulará, en nuestro caso, en qué medida una persona puede disponer de sus bienes para efectuar donaciones a su cónyuge, si dicha donación debe imputarse una vez fallecido el donante a la cuota disponible o legitimaria, así como las condiciones de su sujeción a la acción de reducción o la obligación del cónyuge donatario de colacionar las liberalidades recibidas del causante⁶¹. Esto es, se trata de aspectos de las donaciones *inter vivos* que se considerarán sujetos a la ley sucesoria.

⁵⁵ Esto puede deberse a que la ley sucesoria no prevea regla especial para las donaciones por causa de muerte o a que no se califique la donación objeto de controversia como donación *mortis causa*. A. BONOMI, P. WAUTELET Y S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *El Derecho...*, op. cit., nota 76.

⁵⁶ J.M. FONTANELLAS I MORELL, “Las donaciones..”, op.cit., En contra, considerando que el Reglamento 650/2012 parece excluirlas de su ámbito de aplicación, por lo que quedarían sujetas a Roma I, vid., AL. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional...*, vol. II, op. cit., p. 1068.

⁵⁷ Existen casos claros y otros híbridos, como por ejemplo el caso de la “*donation-partage*” (donación-partición) que contemplan países como Francia o Bélgica, similar a un pacto sucesorio pero limitado a los bienes presentes del cónyuge donante. Aunque se trate de un acto híbrido entre las liberalidades y la partición anticipada de la sucesión, debe calificarse como “*sucesoria*”, sin que se encuentre por tanto afectada por la exclusión del Reglamento 650/2012 del art. 1.2 g). En ese sentido, A. BONOMI, op.cit., párrafo 54.

⁵⁸ El Reglamento 1215/2012 plantea a su vez una exclusión referida a la materia sucesoria que hace de estos dos instrumentos complementarios. Así, quedan excluidos de su ámbito de aplicación, como veremos, “*f) los testamentos y sucesiones, incluidas las obligaciones de alimentos por causa de muerte*”.

⁵⁹ Así, si estamos ante una donación ligada claramente a la sucesión, aplicaremos este Reglamento a los fallecimientos ocurridos a partir del 17 de agosto de 2015, incluido ese día. Recuérdese que no forman parte del ámbito territorial del Reglamento ni Dinamarca, ni Irlanda ni Reino Unido, vid. *supra*, nota 52.

⁶⁰ (...) “*la obligación de reintegrar o computar las donaciones o liberalidades, adelantos o legados a fin de determinar las cuotas sucesorias de los distintos beneficiarios*”.

⁶¹ P. JIMÉNEZ BLANCO, op. cit., p. 88.

45. En el considerando 14, en el mismo sentido: “*Los bienes, derechos y acciones creados o transmitidos por otros medios distintos de la sucesión, por ejemplo mediante liberalidades, también deben quedar fuera del ámbito de aplicación del presente Reglamento. Con todo, debe ser la ley que el presente Reglamento considere como la ley aplicable a la sucesión la que determine si las liberalidades o cualquier otra forma de disposición inter vivos que tenga por efecto la adquisición de un derecho real con anterioridad al fallecimiento deben ser reintegrados o tenerse en cuenta a los efectos del cálculo de las cuotas hereditarias de los beneficiarios según la ley aplicable a la sucesión.*”⁶²

46. Además de estas consideraciones debemos tener en cuenta también que, cuando el causante estaba casado, como ocurre en nuestro caso, la sucesión entra en relación con el régimen económico matrimonial, que presenta un impacto claro en la sucesión al tener que disolverse y liquidarse para poder determinar el patrimonio hereditario y las cuotas y situación de los herederos en dicha sucesión, entre ellos la del cónyuge. Las cuestiones relativas a la liquidación del régimen matrimonial quedan excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento (artículo 1.2.d)⁶³, y, en general, se deberán abordar con carácter previo a la aplicación del Reglamento sucesorio⁶⁴, siguiendo con lo establecido en el Reglamento 2016/1103, que veremos más adelante.

47. La “coordinación” o “descoordinación” entre ambos reglamentos, esto es, el 650/2012 y el 2016/1103, ha sido estudiada por la doctrina⁶⁵ y jurisprudencia, entre otras, a raíz del asunto *Mahnkopf*, que veremos en el epígrafe dedicado a la determinación de la ley aplicable. En lo que aquí respecta, aplicaremos para la determinación de la competencia judicial internacional y la ley aplicable el Reglamento 650/2012 siempre que la donación esté íntimamente vinculada a la sucesión en los supuestos descritos *supra*.

1. Determinación de la competencia judicial internacional.

48. En materia de competencia judicial internacional, debemos hacer una aclaración antes de comenzar a analizar qué foros ofrece el Reglamento para los litigios sobre donaciones mortis causa y aspectos vinculados a la ley sucesoria.

49. Precisamente respecto de la posible vinculación del régimen económico matrimonial con la sucesión, el Reglamento 2016/1103⁶⁶ establece en su artículo 4 que, cuando un órgano jurisdiccional

⁶² Este aspecto fue problemático en el proceso de adopción del Reglamento al no existir una calificación unánime de estas cuestiones como “sucesorias”. Así, en Derecho inglés, la acción de reducción de una liberalidad en vida del donante se regularía por la ley aplicable a la donación -y no a la sucesión- porque es considerada como una impugnación de la validez de la donación. Sin embargo, en el Reglamento se optó por esa redacción sujetando a la ley sucesoria la colación y la reducción. Vid., A. BONOMI, A. BONOMI, P. WAUTELET Y S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *El Derecho...*, op.cit., notas 60-63.

⁶³ Extendiéndose también, ex. Considerando 12, a «los acuerdos matrimoniales tal como se conocen en algunos sistemas jurídicos en la medida en que no aborden asuntos sucesorios».

⁶⁴ A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, *Las sucesiones “mortis causa” en Europa: aplicación del Reglamento (UE) Núm. 650/2012*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 150-157.

⁶⁵ Entre otros muchos, vid., A. ÁLVAREZ TORNE, “The dissolution of the matrimonial property regime and the succession rights of the surviving spouse in Private International Law”, en K. BOELE-WOELKI, Y T. SVERDRUP (eds.), *European Challenges in Contemporary Family Law*, Intersentia, Amberes, 2008, pp. 395-410; I. ANTÓN JUÁREZ, “Régimen económico matrimonial, derechos sucesorios del cónyuge supérstite y Certificado Sucesorio Europeo: ¿una combinación explosiva?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, n° 2, pp. 769-780; A. BONOMI, “The interaction among the future EU instruments on matrimonial property, registered partnerships and successions”, *Yearbook of Private International Law*, 2011, vol. 13, pp. 217-231; P. QUINZÁ REDONDO Y J. GREY, “La (des) coordinación entre la propuesta de reglamento de régimen económico matrimonial y los reglamentos en materia de divorcio y sucesiones”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, N° 13, 2013, pp. 513-542; A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los Reglamentos de la UE en materia de sucesión por causa de muerte y de régimen económico matrimonial: justificación y caracteres comunes”, en E.M. VÁZQUEZ GÓMEZ ET AL (coords.), *El arreglo pacífico de controversias internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 583-591, esp. 587-588; A. RODRÍGUEZ BENOT, “Artículo 1” en: J.L. IGLESIAS BUIGUES, G. PALAO MORENO Y P. QUINZÁ REDONDO, *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea, Comentarios a los Reglamentos (UE) no 2016/1103 y 2016/1104*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 21-40, p. 32.

⁶⁶ En materia de competencia judicial internacional comenzó a aplicarse a todas las demandas que se presentaran a partir

de un Estado miembro conozca de la sucesión de uno de los cónyuges en aplicación del Reglamento 650/2012, los órganos jurisdiccionales de dicho Estado serán competentes para resolver sobre el régimen económico matrimonial en conexión con esa sucesión. Por tanto, siempre que estemos en presencia de una sucesión, los litigios que abarquen una donación entre cónyuges y que tengan que valorarse en la liquidación del régimen económico matrimonial, serán de competencia del tribunal que conozca de la sucesión, como veremos a propósito de los foros de los reglamentos respectivos.

50. Dicho esto, el Reglamento 650/2012 prevé una serie de foros de aplicación jerárquica. En primer lugar, es aplicable un foro de sumisión. Este debe ser únicamente el foro de la nacionalidad del causante condicionado a la elección de la ley de la nacionalidad en el momento de la elección o de su fallecimiento según disponen los arts. 5 a 7⁶⁷. Este foro es válido, por tanto, solo si los órganos jurisdiccionales elegidos son los del Estado parte cuya ley ha sido elegida por el causante como reguladora de su sucesión⁶⁸, y que no puede ser otra que la ley del Estado de su nacionalidad, bien en el momento de la elección bien en el momento del fallecimiento.

51. Esto es, el Reglamento ofrece en primer lugar la posibilidad de elección de foro siempre que el causante elija la ley de un Estado miembro para regular la sucesión y las partes elijan los tribunales de ese Estado de manera escrita, firmada y fechada (art. 5.2) o tácitamente (*ex art.* 6.a y 7 c⁶⁹). Nótese que debe ser un país de la UE. Si fuera otro país el de la nacionalidad del causante, si bien sí podría regular el fondo de la sucesión dado el carácter *erga omnes* del Reglamento, no cabría elección de foro.

52. Por tanto, tal y como establece el art. 7, los tribunales del Estado miembro cuya ley haya sido elegida por el causante en virtud del artículo 22 tendrán competencia para resolver sobre la sucesión: a) si el tribunal al que se haya sometido previamente el asunto se hubiese inhibido en virtud del artículo 6⁷⁰; b) si las partes del procedimiento acuerdan, de conformidad con el artículo 5, atribuir la competencia a un tribunal o a los tribunales de dicho Estado miembro, o c) si las partes del procedimiento admiten expresamente la competencia del tribunal al que se ha sometido el asunto.

53. Este supuesto de elección de foro podríamos encontrarlo en una donación *mortis causa* entre cónyuges o cuando, a propósito de una sucesión, exista una donación *inter vivos* hecha a favor del cónyuge, de la cual se discuta su carácter inoficioso por perjudicar la legítima de los hijos. En este caso, para que exista elección de foro válida, el cónyuge donante –el causante– debe haber elegido válidamente en testamento (*ex art.* 22) la ley de su nacionalidad, por ejemplo, la francesa, para regular su sucesión, siendo así que se verifique también alguna de las siguientes circunstancias: a) las partes han acordado expresa o tácitamente litigar ante los tribunales franceses; o bien, b) siendo la residencia habitual del

del 29 de enero de 2019. Recordemos que en materia de ley aplicable se aplicará a los matrimonios que se hayan celebrado desde esa fecha o hayan elegido ley a partir de ese día, lo cual supone que en muchos casos que se diriman en la actualidad y en el futuro en los tribunales, seguirán aplicándose normas de producción interna para determinar la ley aplicable al caso, no así la competencia judicial internacional.

⁶⁷ Art. 5: Cuando la ley elegida por el causante para regir su sucesión con arreglo al artículo 22 sea la ley de un Estado miembro, las partes interesadas podrán acordar que un tribunal o los tribunales de dicho Estado miembro tengan competencia exclusiva para sustanciar cualquier causa en materia de sucesiones. Y art. 7: Los tribunales del Estado miembro cuya ley haya sido elegida por el causante en virtud del artículo 22 tendrán competencia para resolver sobre la sucesión: a) si el tribunal al que se haya sometido previamente el asunto se hubiese inhibido en virtud del artículo 6; b) si las partes del procedimiento acuerdan, de conformidad con el artículo 5, atribuir la competencia a un tribunal o a los tribunales de dicho Estado miembro, o c) si las partes del procedimiento admiten expresamente la competencia del tribunal al que se ha sometido el asunto.

⁶⁸ El fundamento de esta limitación es el hacer coincidir el *forum* y el *ius*, esto es lo que se denomina *lex fori in foro proprio*, garantizando que la autoridad competente aplique al fondo su propio Derecho y no uno extranjero.

⁶⁹ Aunque el Reglamento no lo diga expresamente, se entiende que también es posible la sumisión tácita cuando el causante no haya elegido tribunal competente pero sí la ley de un Estado miembro para que regule su sucesión válidamente *ex art.* 7. Vid., P. BLANCO-MORALES LIMONES, “Las sucesiones y su régimen jurídico”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 22 - enero-junio 2012, pp. 67-98, p. 95.

⁷⁰ Se acoge así, como afirma, al *forum non conveniens*, vid., *Ibidem*, p. 95.

causante España, los tribunales españoles se han abstenido, a instancia de parte, de conocer del caso porque consideran que los tribunales franceses están en mejor situación para pronunciarse sobre la cuestión.

54. En este caso, si existe sumisión válida, ese tribunal es el competente para conocer de la totalidad de la sucesión, con independencia de la situación y naturaleza de los bienes. Nótese que este acuerdo de sumisión va a tener repercusiones cuando se acumulen competencias sobre el régimen económico matrimonial según hemos explicado antes. Y es que la voluntad de las partes —una de ellas, necesariamente, el cónyuge supérstite, para que se produzca la acumulación⁷¹— respecto del proceso sucesorio va a determinar que el tribunal competente sea ese y no el designado por el Reglamento 2016/1103 en caso de una donación entre cónyuges vinculada al régimen económico matrimonial y a la institución sucesoria.

55. En defecto de elección, el Reglamento prevé que sean competentes los tribunales del Estado miembro de la residencia habitual del causante⁷² en el momento de su fallecimiento, *ex art.* 4. La “residencia habitual” es un concepto autónomo y propio del Reglamento que debe interpretarse de manera uniforme en clave europea sin recurrir a su concepto en cada Derecho interno. No obstante, no se recoge su definición en el art. 3 del Reglamento, sino que en los Considerandos 23 y 24 se dan criterios para su determinación en base a ejemplos de lo que, en caso de duda, debe considerar un tribunal para poder declararse competente en base a la residencia habitual (entre otras, la presencia física, la integración, la duración de su estancia en ese territorio, el *animus manendi*, etc.).

56. En su defecto, el artículo 10 establece un foro de competencia subsidiaria, según el cual, aun en el supuesto de que el causante no tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento en un Estado miembro, los tribunales del Estado miembro en el que se encuentren los bienes de la herencia serán competentes para pronunciarse sobre el conjunto de la sucesión siempre que: a) el causante poseyera la nacionalidad de dicho Estado miembro en el momento del fallecimiento, o, en su defecto, b) el causante hubiera tenido previamente su residencia habitual en dicho Estado miembro, siempre y cuando, en el momento en que se someta el asunto al tribunal, no haya transcurrido un plazo de más de cinco años desde el cambio de dicha residencia habitual⁷³. Si no se dieran estos requisitos, serán competentes los tribunales del lugar donde se encuentren los bienes pero solo respecto de esos bienes (art. 10.2)⁷⁴.

⁷¹ A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dir.), *Derecho...*, Vol. II, op.cit., p. 174, citando a P. QUINZÁ REDONDO y A. BONOMI.

⁷² El Reglamento incorpora el criterio de la residencia habitual, criterio plenamente fáctico que, tras la Segunda Guerra Mundial se comienza a generalizar, en parte por la labor de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, para superar los inconvenientes del criterio de la nacionalidad, que podía llevar a ordenamientos que no siempre están conectados con el caso en cuestión, y del criterio del “domicilio”, con claras diferencias en su concepción entre países de tradición jurídica continental y los anglosajones (con el concepto de “domicile”). Esto garantiza un nexo real entre la sucesión y el Estado miembro que ejerce la competencia, ahorra costes y favorece que la autoridad que sea competente aplique su propio Derecho, lo que garantiza la buena administración de justicia. Vid., entre otros muchos, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2016, Vol. 8, Nº 1, pp. 47-75. También encontramos críticas en la doctrina a la incorporación de este criterio frente a la nacionalidad, por su mayor inseguridad jurídica o, también, por la posibilidad de alteración fraudulenta: D.F. CAVERS, “Habitual Residence: A Useful Concept?”, *The American University Law Review*, 1971-1972, pp. 475-493, p. 482; A. DEVAUX, “The European Regulations on Succession of July 2012: A Path Towards the End of the Succession Conflicts of Law in Europe, or not?”, *The International Lawyer*, Vol. 47, nº 2 (Fall 2013), pp. 229-248, pp. 232 y ss., y bibliografía en nota 20. Ventajas e inconvenientes de los tres criterios de conexión mencionados a propósito de la determinación del estatuto personal en: A. RODRÍGUEZ BENOT, “El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Marzo 2010), Vol. 2, Nº 1, pp. 186-202.

⁷³ Por ejemplo, teniendo el cónyuge que ha fallecido residencia habitual en los EE.UU. en el momento de fallecer, encontrándose bienes de la herencia en España, los tribunales españoles podrían conocer de la sucesión —y con ello, de la donación en cuestión— cuando a) el causante tuviera la nacionalidad española en el momento de su fallecimiento o b) no hubieran transcurrido más de cinco años desde que el causante tuviera su residencia habitual en España.

⁷⁴ Artículo sobre el que se han señalado diversos problemas de aplicación, como puede ser la concurrencia de jurisdicciones o el foro exorbitante. Vid., entre otros, A. BONOMI, “Il regolamento europeo sulle successioni”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 49, nº2, 2013, pp. 293-324.

57. La doctrina critica que los tribunales competentes según este artículo puedan conocer del régimen económico matrimonial⁷⁵, ya que esos puntos de conexión que se emplean para determinar la competencia pueden no tener relación con el cónyuge superviviente⁷⁶. Esta crítica es lógicamente extensible al litigio por la donación entre los cónyuges que nos ocupa cuando esta se encontrase íntimamente vinculada al régimen económico matrimonial y a la sucesión.

58. Por último, mencionamos el foro de necesidad del art. 11, al igual que en el Reglamento 2016/1103, de aplicación restrictiva y excepcional, subsidiario, “de cierre” y de aplicación voluntaria por los tribunales de los Estados miembros para casos que se encuentren estrechamente vinculados con terceros Estados pero en los que exista una vinculación “suficiente” –no estrecha- con el Estado que vaya a conocer en base a este foro (art. 11.2). La “imposibilidad” de plantear el caso en un Estado con el que existe vinculación estrecha podría hacer referencia, por ejemplo, a que exista una guerra civil. Por su parte, el que “no pudiera razonablemente iniciarse” en dicho Estado podría atribuirse, por ejemplo, a que no sea razonable esperar la obtención de justicia por discriminación debida a sexo, etnia o religión.

59. Antes de finalizar el análisis de los foros de competencia judicial internacional del Reglamento de sucesiones, señalamos el foro específico y alternativo del art. 13 para la aceptación de herencia, legado o renuncia a los mismos. En ese caso, serán también competentes los tribunales del Estado miembro de la residencia habitual del cónyuge que deba efectuar la declaración relativa a la aceptación o renuncia de legado a estos efectos, cuando en el Derecho del Estado miembro en cuestión dichas declaraciones puedan efectuarse ante un tribunal⁷⁷. Supongamos que el causante ha dejado un legado a su cónyuge. A efectos de que este, si residiera habitualmente en un Estado distinto de aquel en el que va a dirimirse la sucesión, pueda declarar la aceptación o renuncia de dicho legado, serán competentes los tribunales de ese Estado en el que reside el cónyuge superviviente en lo que respecta a dicha declaración, siempre que su ordenamiento así lo prevea.

60. En el caso de que estemos ante una donación *mortis causa* o de algún aspecto de la donación *inter vivos* regulada por la ley sucesoria, el Reglamento 650/2012 se aplicará siempre, en los Estados parte del mismo, a todas las sucesiones de las personas que hayan fallecido con posterioridad al 17 de agosto de 2015. Por tanto, a estas alturas, la relevancia de los foros recogidos en el artículo 22 *quáter g*) de la LOPJ carecen de relevancia práctica. Solamente podrá ser relevante el artículo 22 *sexies* LOPJ respecto de medidas cautelares y provisionales que se solicitaran en España aunque sea otro Estado el que está conociendo o va a conocer de la sucesión en virtud de la regla específica que prevé el Reglamento 650/2012 en el art. 19 que remite a las normas internas de competencia judicial internacional en esta cuestión.

2. Determinación de la ley aplicable

61. En cuanto a la determinación de la ley aplicable, tanto las donaciones *mortis causa* como aquellos aspectos de las donaciones *inter vivos* regulados por la ley sucesoria (*supra*) quedarán sujetos al

⁷⁵ Como ya apuntamos *supra* y como se verá en el siguiente epígrafe, el Reglamento 2016/1103 prevé un foro de acumulación de competencias (arts. 4 y 5), de manera que, de manera obligatoria y no opcional para los cónyuges (como ocurre con el Reglamento 4/2009, de alimentos), se acumulará la demanda sobre la donación relacionada con el régimen económico matrimonial a la competencia del tribunal que resuelva sobre el proceso sucesorio conexo ya abierto en la UE (art. 4) en virtud del Reglamento 650/2012, ya que para poder resolver una cuestión sucesoria tendrá que determinar previamente la masa hereditaria y por tanto disolver el régimen económico matrimonial.

⁷⁶ Al tratarse de un caso de competencia parcial no tiene sentido que el tribunal competente para conocer de la sucesión respecto de “determinados bienes” (*ex art. 10.2*) conozca también del entero régimen económico matrimonial, más aún cuando el Reglamento 2016/1103 recoge la competencia parcial –esto es, solo respecto de esos bienes- del tribunal en el que el matrimonio o cualquiera de los cónyuges tenga bienes. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dir.), *Derecho...*, Vol. II, op. cit., p. 175.

⁷⁷ Vid. también al respecto Considerando 32.

Reglamento 650/2012⁷⁸, que, siendo de aplicación *erga omnes*, desplaza las normas de producción interna en la materia (relegadas a la determinación de la ley aplicable en conflictos interregionales o a aspectos no regulados por el Reglamento) para los fallecimientos ocurridos a partir del 17 de agosto de 2015. El Reglamento consagra los principios de universalidad en el supuesto de hecho y unidad en la consecuencia jurídica, por lo que el ordenamiento que resulte aplicable regulará la totalidad de la sucesión (art. 23).

62. En lo que a nuestro supuesto de estudio respecta⁷⁹, de donación *mortis causa* entre cónyuges, podremos tener dos supuestos básicos en el marco de la sucesión testada. Que el cónyuge donante haya elegido la ley aplicable a la donación, que no podrá ser otra que la de su nacionalidad en el momento de la elección o de su fallecimiento (art. 22), o que, en defecto de elección, se aplique la ley del lugar de residencia habitual del causante (art. 21), que, por lo general, será residencia compartida con su cónyuge y, por tanto, será la ley del lugar de residencia habitual, también, del donatario. Esto salvo que, del conjunto de circunstancias del caso, este se halle más estrechamente vinculado con otro ordenamiento (art. 21.2), algo que habrá que valorar caso por caso. A la capacidad para realizar la donación *mortis causa* y validez material se aplicará la ley reguladora del fondo de la donación (arts. 24 y 26.1) y, respecto de la forma del acto –salvo para pactos sucesorios, vid. párrafo siguiente–, estaremos al Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias⁸⁰, según dispone el art. 75.1.2 del Reglamento, con diversos criterios de conexión alternativos en aras del principio *favor testamentii*.

63. Respecto de la sucesión pactada, de especial relevancia en el supuesto que nos ocupa, el Reglamento prevé aplicar al fondo los mismos artículos que para la sucesión testada (art. 22 y en su defecto 21), a la forma el art. 27 del Reglamento y a la capacidad, la ley que resultaría aplicable al fondo de la sucesión en el momento de concluir el pacto (arts. 25 y 26.1). Así, para facilitar que los derechos sucesorios adquiridos como consecuencia de un pacto sucesorio –de donación entre cónyuges u otra– sean aceptados en los Estados miembros, a pesar de que pueden no estar aceptados en algunos, el Reglamento determina qué ley debe regir la admisibilidad de esos pactos, su validez material y sus efectos vinculantes⁸¹.

64. Sobre la coordinación entre el Reglamento 650/2012 y el 2016/1103 en materia de ley aplicable, recordamos que tal “coordinación” –o “descoordinación”– entre los mismos ha sido estudiada por la doctrina y jurisprudencia, entre otras, a raíz del asunto *Mahnkopf*. Al respecto podemos sintetizar de la siguiente forma: el legislador europeo quiso evitar que la ley reguladora de la sucesión se escindiera, de manera que en el art. 23.2 del Reglamento 650/2012 incluye la regulación de los derechos sucesorios del cónyuge viudo a pesar de que en su artículo 1.2 d) excluya las cuestiones relativas a los regímenes económico matrimoniales al igual que el Reglamento 2016/1103 excluye las sucesiones, con ánimo de no solapar sus respectivos ámbitos de aplicación. Esto en la práctica puede traducirse en un problema cuando, al aplicar normas de conflicto distintas, esto nos lleva a la aplicación de dos Derechos nacionales diferentes, uno para la sucesión y otro para la liquidación del régimen económico matrimonial. Si ocurre que estos, además, tienen sistemas distintos (esto es, en uno un régimen económico matrimonial supletorio beneficioso para el cónyuge, siendo sus derechos sucesorios limitados, y en otro un régimen económico matrimonial de “separación de bienes” o equivalente, con derechos sucesorios para el cónyuge más generosos) puede darse un resultado claramente indeseable e injusto. Ejemplo: matrimonio entre nacional alemán y nacional holandesa que trasladan su residencia a España cuando se jubilan. Se

⁷⁸ Siendo competentes tribunales españoles, se entiende.

⁷⁹ Se abordan a continuación de manera breve las normas de conflicto de los principales aspectos de la regulación en el Reglamento 650/2012 de la donación *mortis causa*, en los que no nos alargamos puesto que ya han sido ampliamente tratados por la doctrina y dado que no presentan especial dificultad o especificidad en relación a nuestro supuesto de estudio.

⁸⁰ Si conociera del asunto una autoridad española, ya que España forma parte del Convenio. Para aquellos países de la UE que no formen parte del mismo, se aplicará el Reglamento, art. 27, para determinar la ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias, con algunas diferencias (por ejemplo, la prohibición en éste último de las disposiciones *mortis causa* orales).

⁸¹ J.M. FONTANELLAS I MORELL, “Las donaciones...”, op.cit., pp. 465-484.

compran una casa en territorio español y varios años después el marido fallece sin haber elegido ley que regule su sucesión, se aplicaría la ley española a la sucesión pero los efectos del matrimonio se regirían por Derecho alemán al ser Alemania donde fijaron su residencia habitual tras el matrimonio⁸². Ante estos problemas de coordinación, que bien pueden afectar a una donación entre los cónyuges vinculada a la sucesión o al régimen económico matrimonial, la doctrina señala como posible solución práctica la elección de la misma ley o de leyes compatibles por parte de los interesados para ambas cuestiones⁸³.

V. La donación entre cónyuges vinculada al régimen económico matrimonial

65. En atención a la jerarquía de fuentes del sistema español de DIPr, acudiendo al Reglamento 2016/1103, y a falta de jurisprudencia del TJUE que sin duda llegará sobre el concepto autónomo de “régimen económico matrimonial”, ya visto en el epígrafe tercero a propósito de la calificación, la cuestión clave parece ser determinar, en cada caso, cuándo puede entenderse que una donación está vinculada al matrimonio, por tener como finalidad la ordenación de los bienes de los cónyuges en el marco del matrimonio, en cuyo caso se aplicará el Reglamento 2016/1103 y cuándo no, aplicando entonces el Reglamento 1215/2012 y Roma I –siempre que no estemos ante una donación mortis causa o ante alguno de los aspectos vinculados a la ley sucesoria tal y como vimos *supra*–.

66. Obviamente, esto así siempre que no se trate de cuestiones excluidas del ámbito de aplicación material del Reglamento 2016/1103⁸⁴ y de que se cumplan sus restantes ámbitos de aplicación, territorial y temporal. Esto es, en el ámbito de aplicación material cubierto por el Reglamento 2016/1103, de aplicación *erga omnes*, quedan desplazadas las normas de producción interna del Código civil relativas a los efectos patrimoniales del matrimonio –relegadas a los conflictos interregionales–, si bien hay que recordar que, *ex art.* 69, su ámbito de aplicación temporal difiere en sede de competencia judicial internacional (aplicable a las demandas presentadas a partir del 29 de enero de 2019) y en sede de ley aplicable (a los cónyuges que hayan celebrado su matrimonio o especificado la ley aplicable el 29 de enero de 2019 o después de esa fecha). Si se trata, por ejemplo, de un litigio por una donación entre cónyuges cuyo matrimonio –o elección de ley– se formalizara antes de 2019 pero cuya demanda se pre-

⁸² Vid., I. ANTÓN JUÁREZ, “Régimen económico matrimonial, derechos sucesorios del cónyuge superviviente y Certificado Sucesorio Europeo: ¿una combinación explosiva?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, n° 2, pp. 769-780, ejemplo citado en p. 774.

⁸³ Vid., sobre la interacción entre el Reglamento de sucesiones y el de régimen económico matrimonial, entre otros posibles: M. ÁLVAREZ TORNÉ, “The dissolution of the matrimonial property regime and the succession rights of the surviving spouse in Private International Law”, en: K. BOELE-WOELKI y T. SVERDRUP (eds.), *European Challenges in Contemporary Family Law*, Intersentia, Amberes, 2008, pp. 395-410; I. ANTÓN JUÁREZ, “Régimen económico matrimonial, derechos sucesorios del cónyuge superviviente y Certificado Sucesorio Europeo: ¿una combinación explosiva?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, n° 2, pp. 769-780; A. BONOMI, “The interaction among the future EU instruments on matrimonial property, registered partnerships and successions”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, pp. 217-231; D. DAMASCELLI, “Brevi note sull'efficacia probatoria del certificato successorio europeo riguardante la successione di un soggetto coniugato o legato da unione non matrimoniale”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2017, n° 1, pp. 67-81; P. QUINZÁ REDONDO y J. GRAY, “La (des) coordinación entre la propuesta de Reglamento de régimen económico matrimonial y los Reglamentos en materia de divorcio y sucesiones”, *AEDIPr*, T. XIII, 2013, pp. 513-542; M. REQUEJO ISIDRO, “La coordinación de la competencia judicial internacional en el Derecho procesal europeo de la familia (sucesiones y régimen económico matrimonial y de las uniones registradas)”, en A. DOMÍNGUEZ LUELMO y M.P. GARCÍA RUBIO (dir.), *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber amicorum T.F. Torres García*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 1195-1217; A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los Reglamentos de la UE en materia de sucesión por causa de muerte y de régimen económico matrimonial: justificación y caracteres comunes”, en E.M. VÁZQUEZ GÓMEZ, M.D. ADAM MUÑOZ y N. CORNAGO PRIETO (coords.), *El arreglo pacífico de controversias internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 583-591.

⁸⁴ Exclusiones que son (art. 1.2): a) la capacidad jurídica de los cónyuges; b) la existencia, validez y reconocimiento del matrimonio; c) las obligaciones de alimentos; d) la sucesión por causa de muerte de uno de los cónyuges; e) la seguridad social; f) el derecho de transmisión o ajuste entre los cónyuges, en caso de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio, de los derechos de pensión de jubilación o de invalidez devengados durante el matrimonio y que no hayan dado lugar a ingresos en forma de pensión durante este; g) la naturaleza de los derechos reales sobre un bien, y h) cualquier inscripción en un registro de derechos sobre bienes muebles o inmuebles, incluidos los requisitos legales para llevarla a cabo, y los efectos de la inscripción o de la omisión de la inscripción de tales derechos en un registro.

sentase a partir del 29 de enero de 2019, tendremos que aplicar este Reglamento para la determinación de la competencia judicial internacional, siempre que se cumplan sus restantes ámbitos de aplicación, pero no para la determinación del ordenamiento aplicable, como veremos posteriormente.

1. Competencia judicial internacional

67. Si se trata de una donación que sí afecta o se entiende ligada al “régimen matrimonial”, debemos acudir al Reglamento UE 2016/1103⁸⁵. Este reglamento recoge un conjunto amplio de foros de competencia judicial internacional y se aplica, en sede de competencia, a toda demanda que se presente a partir del 29 de enero de 2019. Pensando en nuestro supuesto de estudio, esto es, donaciones entre cónyuges, relacionaremos a continuación aquellos foros que pueden resultar relevantes, en orden jerárquico.

68. En primer lugar, el Reglamento prevé un foro de acumulación de competencias (arts. 4 y 5), de manera que, de manera obligatoria y no opcional para los cónyuges (como ocurre con el Reglamento 4/2009, de alimentos), se acumulará la demanda sobre la donación relacionada con el régimen económico matrimonial a:

- 1) la competencia del tribunal que conozca del proceso sucesorio conexo ya abierto en la UE (art. 4) en virtud del Reglamento 650/2012 –vid. análisis de los foros aplicables *supra*–, ya que para poder resolver una cuestión sucesoria tendrá que determinar la masa hereditaria y por tanto disolver el régimen económico matrimonial. Esto es, si un tribunal español conoce de un proceso sucesorio en virtud del Reglamento 650/2012, será también competente del litigio que surja por una donación entre cónyuges que se entienda parte del régimen económico matrimonial –por ejemplo, una donación en razón de matrimonio– y cuya determinación sea fundamental para disolver dicho régimen y proceder a resolver la sucesión, y esto aunque el resto de foros del Reglamento 2016/1103 no le otorgaran la competencia.
- 2) la competencia del tribunal que conozca del proceso de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio en virtud del Reglamento 2201/2003, con justificación paralela a la primera. Ahora bien, cuando no exista una vinculación suficiente de ese foro con las partes, debe existir acuerdo de los cónyuges para activar la acumulación de competencias *ex art. 5.2*⁸⁶.

69. Si no se produce acumulación en virtud del 4 o del 5.1, entonces podemos considerar el foro de sumisión tácita previsto en el artículo 8, que determinará la competencia por comparecencia del demandado sin impugnar la competencia en cualquiera de los siguientes tribunales de algún Estado parte del Reglamento⁸⁷: los tribunales del Estado cuyo ordenamiento haya sido elegido por las partes para regular su régimen económico matrimonial (*ex art. 22*), los de la primera residencia habitual común del matrimonio tras su celebración (*ex art. 26.1 a*) o los de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de celebración del matrimonio (*ex art. 26.1.b*). Este foro, al contrario que el resto de foros del Reglamento –excepto, entendemos, la sumisión expresa si las partes lo deciden así–, determinaría el concreto tribunal competente, siendo por tanto un foro de competencia judicial territorial, también. Por ejemplo: A y B, franceses, se casan en Madrid, donde residen habitualmente, otorgando capitulaciones matrimoniales ese mismo año y eligiendo como ley reguladora la española. En un eventual litigio por

⁸⁵ Esto siempre desde la óptica del sistema español de Derecho internacional privado ya que al tratarse de un Reglamento adoptado por el mecanismo de la cooperación reforzada no todos los tribunales de Estados Miembros se ven obligados a aplicar este instrumento normativo.

⁸⁶ Remitimos su análisis, entre otros muchos, a: J.P. QUINZÁ REDONDO, *Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp.; N. JOUBERT, “La dernière pierre (provisoire?) à l’édifice du droit international privé européen en matière familiale. Les règlements du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *RCDIP*, n° 1, 2017, pp. 1-26; A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dir.), *Derecho...*, Vol. II, op.cit., pp. 176-178.

⁸⁷ Si estuviéramos en algún supuesto del apartado 5.2, sí podría considerarse el foro del art. 8, de sumisión tácita.

una donación por razón de matrimonio entre ambos, podrán ser competentes tanto los tribunales españoles como los franceses si hay sumisión tácita ante cualquiera de ellos.

70. Siempre que no se dé la acumulación de competencias ni exista sumisión tácita que derogue el acuerdo expreso anterior, podemos aplicar el foro de la sumisión expresa del art. 7, por el cual los cónyuges podrían elegir⁸⁸ entre: los tribunales del país cuya ley sea aplicable (*ex arts. 22, 26.1 a) y 26.1 b)*) o los del Estado donde se haya celebrado el matrimonio⁸⁹.

71. En defecto de estos foros, aplicaríamos el foro general del Reglamento *ex art. 6*, según el cual, cuando ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro sea competente con arreglo a los artículos 4 o 5 o en otros casos distintos de los previstos en estos artículos⁹⁰, serán competentes para resolver sobre el régimen económico matrimonial los órganos jurisdiccionales del Estado miembro: a) en cuyo territorio tengan los cónyuges su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda ante el órgano jurisdiccional, o, en su defecto, b) en cuyo territorio hayan tenido los cónyuges su última residencia habitual, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda ante el órgano jurisdiccional, o, en su defecto, c) en cuyo territorio tenga el demandado su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda ante el órgano jurisdiccional, o, en su defecto, d) de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la interposición de la demanda ante el órgano jurisdiccional. Nótese que se trata de una redacción jerárquica, por lo que, si por ejemplo, los cónyuges residen habitualmente en el mismo país en el momento de presentar la demanda, los tribunales de ese país tendrán la competencia sin que pasemos al apartado b).

72. Existen otros foros para casos excepcionales. Respecto del foro de inhibición (art. 9), brevemente, diremos que, si la pareja no pudiera considerarse un “matrimonio” según las normas de conflicto del Estado del foro (porque según estas normas no se pueda considerar un “matrimonio” a la unión entre personas del mismo sexo), estando éste reconocido en el Derecho del foro, el tribunal puede inhibirse de conocer sobre el régimen económico matrimonial y, en concreto, sobre la donación vinculada al mismo si estamos en ese supuesto (*ex art. 9*)⁹¹.

73. Respecto de los foros contemplados en los artículos 10 y 11, respectivamente, solo se aplicarán cuando ningún otro foro del Reglamento sea aplicable (*ex art 4,5,6,7 u 8*). En el primer caso, el foro de competencia subsidiaria, serán competentes para conocer del régimen económico matrimonial los tribunales del Estado miembro donde se encuentre un bien inmueble de los cónyuges pero solo respecto de ese bien inmueble. Este foro puede ser interesante cuando la donación entre cónyuges fuera de un bien inmueble y estuviera vinculada al régimen económico matrimonial y ningún otro foro de este Reglamento otorgara competencia, además, por su cercanía al bien inmueble, puede resultar un foro útil a pesar del riesgo de resoluciones incompatibles por la fragmentación de la competencia judicial internacional en lo que respecta al régimen económico matrimonial.

⁸⁸ Condiciones de validez formal *ex art. 7.2.*: *deberá expresarse por escrito, fechado y firmado por las partes. Se considerará escrito toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo.*

⁸⁹ *Ex considerando 37*, el Estado miembro de la celebración del matrimonio será el Estado miembro ante cuyas autoridades se haya celebrado el matrimonio.

⁹⁰ Por ejemplo, que haya otro tribunal competente conociendo de un proceso de divorcio o sucesiones pero no sea competente en virtud de Reglamento europeo sino de otra norma de producción interna. Vid., A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dir.), *Derecho...*, Vol. II, op.cit., p. 184, citando a I. BARRIÈRE BROUSSE.

⁹¹ Vid., ejemplo en L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dir.), *Derecho...*, Vol. II, op.cit., p. 187. Recogemos aquí la observación que hacen dichos autores sobre la incoherencia al respecto de esta cuestión comparándola con el Reglamento 2201/2003: el juez que esté conociendo de un divorcio de una pareja homosexual puede considerar que existe matrimonio a efectos del divorcio y sin embargo podría inhibirse respecto del régimen económico matrimonial porque el DIPr no reconoce esa unión como matrimonio. Esto está relacionado con nuestro objeto de estudio ya que podríamos encontrarnos en esa situación si tenemos una controversia sobre una donación entre cónyuges homosexuales que surge a propósito de su divorcio. Vid., *Ibidem*, p. 188.

74. Por último, por el foro de necesidad del art. 11, de uso excepcional y con el único fin de evitar la denegación de justicia, un tribunal podría declararse competente cuando exista una vinculación “suficiente” con su territorio y cuando no haya otro artículo del Reglamento que le dé la competencia, siempre que no pueda incoarse el proceso y desarrollarse razonablemente en otro Estado que sí pueda ser competente. Creemos que la relevancia práctica de este foro en general y, en especial, para el supuesto que nos ocupa, es muy limitada⁹².

2. Determinación de la ley aplicable

75. Para los matrimonios celebrados a partir del 29 de enero de 2019 o celebrados con anterioridad pero que hayan realizado un acuerdo de elección de ley con posterioridad a esta fecha, siempre que se verifiquen los restantes ámbitos de aplicación del mismo, analizados *supra*, se aplicarán las normas de conflicto de este Reglamento sin que sea posible que la ley aplicable en base al mismo sea también la que regule la sucesión o la disolución o separación del matrimonio. Recordemos que es un Reglamento de aplicación *erga omnes*.

76. Este Reglamento permite a los cónyuges elegir la ley aplicable, por lo que si estamos ante una donación regulada por el Derecho de familia por su vinculación al matrimonio, por ejemplo, donación por razón de matrimonio, podemos encontrarnos con que los cónyuges hayan elegido, bien en el acto de donación bien al otorgar capitulaciones matrimoniales si aquella se incluyó en estas, la ley aplicable, que será válida siempre que sea una de las siguientes: a) ley del Estado en el que los cónyuges o futuros cónyuges, o uno de ellos, tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del acuerdo o b) ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento en que se celebre el acuerdo. Esto es, vemos que el Reglamento da un cierto margen a la autonomía de la voluntad pero la limita a ordenamientos ciertamente “vinculados” con los cónyuges.

77. Si existe pues elección válida de ley (*ex arts. 22, 23 y 24*), esta se aplicará con independencia de la naturaleza o ubicación de los bienes donados (Considerando 45). La elección podrá hacerse antes de la celebración del matrimonio, en el momento de contraer matrimonio o después de haberlo contraído, aunque un acuerdo posterior no podrá perjudicar a los terceros de buena fe (art. 22.3).

78. Por último, la existencia y validez del acuerdo se regularán de acuerdo a la ley que se hubiera elegido y que sería aplicable en virtud del art. 22 salvo que, *ex art. 24*, uno de los cónyuges, para establecer que no ha dado su consentimiento, invoque la ley del país donde tenga su residencia habitual en el momento de sustanciar el asunto ante el órgano jurisdiccional si de las circunstancias resulta que no sería razonable determinar el efecto de su conducta de conformidad con la ley especificada en el apartado 1.

79. En defecto de elección válida de ley, el Reglamento prevé una serie de normas de conflicto en el art. 26.1, estableciendo un punto de conexión principal y otros subsidiarios, de manera que tienen aplicación jerárquica: a) de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio, o, en su defecto, b) de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio, o, en su defecto⁹³, c) con la que ambos cónyuges tengan la conexión más

⁹² Podríamos pensar en un supuesto en el que un matrimonio formado por un colombiano y una española, que litigan en España para aclarar la posible invalidez de una donación efectuada entre ambos. Si el matrimonio se celebró en Colombia, sin que hayan elegido ley rectora para su régimen económico matrimonial, ambos vivieron la mayor parte de su matrimonio en España pero ahora, desde hace un año, él vive en Argentina y ella en Panamá. Sin que existan bienes de la pareja en España ni en ningún país de la norma, los tribunales españoles podrían ser competentes por el foro de necesidad, teniendo en cuenta que existe conexión con España al tener la esposa nacionalidad española y haber residido la mayor parte de su matrimonio en España. Compartimos totalmente la reflexión de L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dir.), *Derecho...*, Vol. II, op.cit., p. 190. Vid., también, J. RODRIGO RODRIGO, *Relaciones...*, op.cit., p. 62.

⁹³ Como establece el mismo artículo, si los cónyuges tienen más de una nacionalidad común en el momento de la celebración del matrimonio, solo se aplicarán las letras a) y c) del apartado 1.

estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, teniendo en cuenta todas las circunstancias. Esta última cláusula de los “vínculos más estrechos” que, aunque tiene carácter subsidiario, permite flexibilizar la determinación de la ley aplicable –algo que refuerza el art. 3 que se expone a continuación–.

80. Según el apartado 3, a modo de excepción y a instancia de cualquiera de los cónyuges, la autoridad judicial que tenga competencia para resolver sobre el régimen económico matrimonial podrá decidir que la ley de un Estado distinto del Estado cuya ley sea aplicable en virtud del apartado 1, letra a), regirá el régimen económico matrimonial si el demandante demuestra que: a) los cónyuges tuvieron su última residencia habitual común en ese otro Estado durante un período de tiempo considerablemente más largo que en el Estado designado en virtud del apartado 1, letra a), y b) ambos cónyuges se basaron en la ley de ese otro Estado para organizar o planificar sus relaciones patrimoniales. La ley de ese otro Estado solo se aplicará desde la celebración del matrimonio, a menos que uno de los cónyuges no esté de acuerdo. En este último caso, la ley de ese otro Estado surtirá efecto a partir del establecimiento de la última residencia habitual común en dicho Estado.

81. La aplicación de la ley de ese otro Estado no afectará negativamente a los derechos de terceros derivados de la ley aplicable en virtud del apartado 1, letra a). Esta previsión de excepción no se aplicará cuando los cónyuges hayan celebrado capitulaciones matrimoniales con anterioridad al establecimiento de su última residencia habitual común en ese otro Estado.

82. En caso de que se trate de un matrimonio celebrado con anterioridad al 29 de enero de 2019, se aplicarán las normas de producción internas para la determinación de la ley aplicable a una donación entre cónyuges, esto es, arts. 9.2⁹⁴ y 9.3⁹⁵ Cc. El primero de ellos, para efectos personales y patrimoniales entre cónyuges y, el segundo, solo para los patrimoniales cuando existe un pacto entre ambos, operando éste supletoriamente al primero, esto es, existiendo entre ambos una relación de jerarquía⁹⁶. Recordemos que, si tenemos una donación entre cónyuges a la que no es aplicable el Reglamento 2016/1103, la calificación de esta figura sería *ex lege fori*. Si bien algunos autores excluyen del ámbito de aplicación de esta norma las donaciones entre cónyuges⁹⁷, entendemos que una donación entre cónyuges –o aspecto de la misma– que se encuentra vinculada al régimen económico matrimonial, a la “planificación” económica matrimonial (por ejemplo, una donación por razón de matrimonio recogida en capitulaciones matrimoniales⁹⁸) sí se vería sujeta, en este caso, al artículo 9.3 Cc.

⁹⁴ Textualmente: “Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio.”

⁹⁵ Textualmente: “Los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio serán válidos cuando sean conformes bien a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento”.

⁹⁶ En este mismo sentido, vid., J. RODRIGO RODRIGO, *Relaciones...*, op.cit., p. 113, quien realiza un amplio estudio en esta obra sobre estas normas reguladoras de los efectos del matrimonio. En contra, esto es, defendiendo que no hay una relación jerárquica sino complementaria, operando el 9.2 en defecto de pacto y el 9.3 cuando se han otorgado capitulaciones, vid., P. QUINZÁ REDONDO, “Inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura de compraventa bajo régimen económico-matrimonial extranjero: La DGRN de 10 de mayo de 2017”, *Bitácora Millenium DIPr*, nº 6, 2017, p. 5, y bibliografía allí citada.

⁹⁷ F. B. IRIARTE ÁNGEL, “Competencia de los tribunales españoles y ley aplicable a los efectos del matrimonio”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 16, 2015, pp. 871-891, p. 878, respecto de la aplicación del art. 9.2 Cc.

⁹⁸ Según algunos autores, el título (contrato, capitulaciones, contrato de seguro...) en el que se recoja el acto de liberalidad determinará la norma de conflicto aplicable a los aspectos obligacionales de la donación. Según otros, si la donación se incluye en capitulaciones matrimoniales, habrá que diferenciarla y analizarla de manera independiente al régimen económico matrimonial. Siguiendo con la doctrina del TS, el régimen económico matrimonial no es automáticamente extensible a las donaciones efectuadas por escrito en capitulaciones matrimoniales, de manera que hay que probar el régimen jurídico establecido en la ley extranjera aplicable a la donación con independencia de que se hayan probado las disposiciones relativas a las capitulaciones matrimoniales que la contienen. Vid., STS 5 junio 2000, [RJ 2000, 5094], citada por N. GOÑI URRIZA, “La ley aplicable a la forma en las donaciones internacionales. En torno a la STSJ Cataluña de 18 de marzo de 2019”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol.12, nº1 2020, p. 591

VI. La donación entre cónyuges “puramente” contractual, no vinculada a otras categorías.

83. Por último, dedicaremos este epígrafe al estudio de las donaciones que, si bien produciéndose entre cónyuges, no guardan relación directa con el régimen económico matrimonial ni con la sucesión de ninguno de ellos. Por ejemplo, cuando un cónyuge dona al otro el porcentaje de propiedad que le corresponde de una finca, en un acto de donación entre vivos, sin que guarde relación con su régimen económico matrimonial ni con su sucesión en los términos ya vistos. La calificación “puramente contractual” de la donación entre cónyuges será habitual –nótese que en los anteriores casos, sigue tratándose de “obligaciones contractuales” según el concepto europeo de las mismas, pero se entienden excluidas del régimen previsto para ellas- y, por tanto, el papel de los Reglamentos 1215/2012 y 593/2008, en la determinación de la competencia judicial internacional y ley aplicable, respectivamente, fundamental en nuestro supuesto de hecho.

1. Determinación de la autoridad competente

84. El Reglamento 1215/2012 “*se aplicará en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional (...)*”. (Artículo 1.1). No obstante, el mismo Reglamento contiene una lista de exclusiones entre las que destacamos, por tener que ver con el supuesto que nos ocupa, las de los apartados a) y f) del artículo 1.2, esto es: *a) el estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales o los que regulen relaciones con efectos comparables al matrimonio según la ley aplicable; y f) los testamentos y sucesiones, incluidas las obligaciones de alimentos por causa de muerte*. Estos conceptos son autónomos y su interpretación no dependerá del Derecho de los EEMM⁹⁹.

85. Lo que ha de entenderse por “*materia civil y mercantil*” ha sido objeto de un amplio desarrollo por la jurisprudencia del TJUE¹⁰⁰. Según el TJUE estamos ante una materia civil o mercantil *cuando el litigio se da entre particulares, esto es, cuando estamos ante relaciones jurídicas de Derecho privado*¹⁰¹. Lo determinante es la “*naturaleza de los derechos*” debe garantizarse, no la naturaleza de la materia, del procedimiento judicial o del órgano competente¹⁰². Además, podemos añadir a esta amplia jurisprudencia la definición que da el TJUE respecto del concepto de “*obligación contractual*”, tanto respecto del Reglamento Roma I como respecto al mismo Reglamento 1215/2012 y sus predecesores, el Reglamento UE 44/2001 y el Convenio de Bruselas de 1968¹⁰³. Así, se refiriere con

⁹⁹ Sobre la misma, vid., entre otros muchos, A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Chapter I: Scope. Article 1”, en U. MAGNUS Y P. MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law, Commentary Brussels I bis Regulation*, vol.I, OttoSchmidt, Köln, 2016, pp. 46-75.

¹⁰⁰ Respecto del Reglamento Bruselas I bis y de sus predecesores, el Reglamento 44/2001 o Bruselas I y el Convenio de Bruselas de 1968. La jurisprudencia dictada para interpretar estos dos últimos instrumentos es válida, según confirma el mismo tribunal, para interpretar el Reglamento 1215/2012 actualmente vigente. Vid., entre muchas posibles, STJUE 31 de enero de 2018, C-106/17, *Pawel*, [ECLI:EU:C:2018:50], FD. 36, en el que se citan a su vez, por analogía, las sentencias de 21 de mayo de 2015, *CDC Hydrogen Peroxide*, C352/13, [ECLI:EU:C:2015:335], FD. 60, y de 21 de enero de 2016, *SOVAG*, C521/14, [ECLI:EU:C:2016:41], FD. 43.

¹⁰¹ Entre muchas posibles, vid., STJUE 18 de octubre de 2011, C-409/09, *Realchemie*, [ECLI:EU:C:2011:668], FD.39 y en este sentido véase, en particular, la sentencia de 28 de abril de 2009, *Apostolides*, C420/07, [ECLI:EU:C:2009:271], FD. 42, 45 y 46 y jurisprudencia que allí se cita.

¹⁰² Más jurisprudencia citada en: A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho....*, Vol.II, op.cit., p. 720.

¹⁰³ Nótese que el concepto de “materia contractual” que el TJUE ha desarrollado en su labor interpretativa del Reglamento 1215/2012 y de sus predecesores, el Reglamento 44/2001 y el Convenio de Bruselas, no es automáticamente vinculante en la interpretación del concepto “materia contractual” en el Reglamento n° 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales o Roma I (DOUE L 177/6, 4/7/2008). No obstante, se deberá tender a la uniformidad en la interpretación de las normas y términos europeos para procurar soluciones jurídicas consistentes y coherentes, tal y como se observa en la jurisprudencia del TJUE. Esto es, la regla general de interpretación debe ser la uniformidad en la interpretación de los conceptos, de manera que si una cuestión se considera “materia contractual” a efectos de determinar la competencia judicial internacional, también se considere “contractual” para determinar la ley aplicable a la misma. La parte que sostenga otra interpretación debe justificar dicha “separación conceptual”, vid., M. VIRGÓS SORIANO Y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Thomson Reuters, 2007, n° párrafo 5.35.

“obligación contractual” a cualquiera que surja del “*compromiso libremente asumido por una parte frente a otra*”¹⁰⁴.

86. Por todo ello, podemos decir que, al tener carácter consensual, una donación entre cónyuges con al menos un elemento internacional ha de entenderse comprendida en el ámbito de aplicación material del Reglamento 1215/2012, salvo que pueda considerarse parte de las exclusiones de su ámbito de aplicación material, esto es, del “régimen matrimonial” (o régimen equiparable)¹⁰⁵ o de la institución de la sucesión¹⁰⁶, conceptos que ya hemos abordado. En este sentido, conviene traer a colación los comentarios del Abogado General de la UE en sus conclusiones en el asunto *Mahnkopf*¹⁰⁷:

87. “Los ámbitos de aplicación respectivos de los Reglamentos n.º 650/2012, 2016/1103 y n.º 1215/2012 deben ser complementarios”, afirmando que el concepto de “régimen matrimonial” debe ser interpretado de manera similar, conforme a la jurisprudencia del TJUE sobre la exclusión de los “*regímenes matrimoniales*” del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas. Añade una reflexión que compartimos respecto de la aplicabilidad de dicho concepto tanto a las normas de competencia judicial internacional como a las de conflicto de leyes: “(...) *soy consciente de que las normas de competencia y las normas de conflicto de leyes (a las que se refiere la remisión prejudicial en el caso de autos) no tienen idéntica finalidad. Sin embargo, el Reglamento n.º 650/2012 no sólo comprende normas de conflicto de leyes, sino también normas de competencia. El ámbito de aplicación material del Reglamento n.º 650/2012, definido por su artículo 1, se refiere a ambos tipos de normas. A falta de razones imperiosas a este respecto, no existe motivo alguno para interpretar de manera diferente, según se trate de normas de conflicto de leyes o de normas de competencia, los conceptos generales en los que se basan los Reglamentos para definir su respectivo ámbito de aplicación material.*”¹⁰⁸ Y esto puede entenderse de igual manera respecto de los Reglamentos triples restantes que nos ocupan en este trabajo.

88. Por tanto, cuando se trate de una obligación *que no se encuentre vinculada al “régimen matrimonial”*¹⁰⁹ o a una “*sucesión*”¹¹⁰, y siempre que se verifiquen, junto con el ámbito material, el resto de ámbitos de aplicación del Reglamento 1215/2012¹¹¹, este se aplicará para determinar la competencia judicial internacional a un caso de donación entre cónyuges¹¹². Dicho esto, no existen referencias espe-

¹⁰⁴ Entre otras, vid., STJUE 14 marzo 2013, C419-11, as. *Feichter*. [ECLI:EU:C:2013:165], FD. 47: “la aplicación de la regla de competencia especial prevista en materia contractual en dicho 5, punto 1, letra a), del Reglamento n.º 44/2001 presupone la determinación de una obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra y en la que se basa la acción del demandante (véase, por analogía, la sentencia *Engler*, antes citada, apartado 51)”.

¹⁰⁵ Nótese que la determinación de si se trata de un matrimonio o una pareja de hecho se hará en función art. 3 del Reglamento 2016/1103. Vid., A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos...”, p. 15.

¹⁰⁶ Como pueden ser las donaciones de última voluntad recogidas en el artículo 620 Cc a las que se refiere el artículo 25 del Reglamento 650/2012. Estas exclusiones deben interpretarse de manera estricta, tal y como recuerda el TJUE en, entre otras, la sentencia de 23 de octubre de 2014, as. *flyLAL-Lithuanian Airlines*, C302/13, [ECLI:EU:C:2014:2319], FD. 27.

¹⁰⁷ Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar, presentadas el 13 de diciembre de 2017 en el asunto C-558/16, *Mahnkopf*, p.º 89. [ECLI:EU:C:2017:965]. Vid, sobre la misma, notas 82 y 83.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p.º 90.

¹⁰⁹ Al respecto, recordamos la sentencia *Cavel vs. Cavel*, cit. *supra*, sobre el concepto de régimen matrimonial del Convenio de Bruselas de 1968 y, también, el concepto autónomo contenido en el Reglamento 2016/1103, tratado ampliamente en el epígrafe dedicado a la calificación y a la donación en el marco del régimen económico matrimonial.

¹¹⁰ Vid., al respecto, los epígrafes tercero y cuarto.

¹¹¹ Esto es, que se trate de una demanda presentada desde el 10 de enero de 2015 ante los tribunales de un Estado miembro que se ve obligado a aplicarlo –ya que todos forman parte del mismo, incluidos Dinamarca, mediante Acuerdo, e Irlanda y Reino Unido (que a fecha de junio de 2020 continúa aplicándolo, aunque ya ha solicitado su ingreso en el Convenio de Lugano)-; y que el demandado se encuentre domiciliado en un Estado miembro, salvo en casos de sumisión válida, de competencias exclusivas o de demandantes privilegiados como consumidores o trabajadores –excepción esta última que no aplicaría en este caso de donaciones entre cónyuges-.

¹¹² Vid., N. GOÑI URRIZA, “Las liberalidades en Derecho internacional privado” en: M.A. EGUSQUIZA BALSAMEDA Y C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO (Dir), *Tratado de las Liberalidades*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 1785-1818, p. 1788-1791.

cíficas en el Reglamento 1215/2012 a las donaciones¹¹³, por lo que a continuación estudiamos los foros que podrían aplicarse a este supuesto.

89. Siguiendo con la jerarquía de foros del Reglamento, lo primero que analizamos es la posibilidad de encontrarnos ante un foro exclusivo.

90. En primer lugar, respecto de la donación de un inmueble, habría que diferenciar claramente si la acción es sobre el contrato de donación o sobre el bien en sí y el derecho real que se tenga sobre el mismo¹¹⁴, cuestión esta última que dejaría al margen, en principio, la donación en sí misma y, por tanto, escapa de nuestro supuesto de estudio¹¹⁵.

91. En caso de una donación entre cónyuges de, por ejemplo, derechos de propiedad industrial o análogos, sometidos a registro, tendríamos que considerar el foro exclusivo previsto en el art. 24.4. según el cual, en materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro, independientemente de que la cuestión se haya suscitado por vía de acción o por vía de excepción, los órganos jurisdiccionales del Estado en que se haya solicitado, efectuado o tenido por efectuado el depósito o registro en virtud de lo dispuesto en algún instrumento de la Unión o en algún convenio internacional. Si, por ejemplo, un francés dona a su cónyuge, española, residiendo ambos en Francia, los derechos de propiedad industrial derivados de una patente registrada en Francia, y el litigio surgiera en torno a la validez de aquella, serían competentes los tribunales franceses exclusivamente. En cualquier caso, la aplicación del foro exclusivo no será frecuente en materia de donaciones entre cónyuges y deberá analizarse con detenimiento la naturaleza de la acción ejercitada¹¹⁶.

¹¹³ No existen referencias específicas a la cuestión de las donaciones. Si encontramos algunas referencias secundarias en los Informes oficiales relativos al Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968. Vid., P. JENARD, Informe sobre el Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil e Informe sobre el Protocolo de 3 de junio de 1971 relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOCE C 189, 28 julio 1990, pp. 122-180 y pp. 180-184, respectivamente); P. SCHLOSSER, Informe sobre el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia (DOCE C 189, 28 julio 1990, pp. 184-256); D. EYRIGENIS Y K. KERAMEUS, Informe relativo a la adhesión de la República Helénica al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOCE C 189 de 28 julio 1990, pp. 257-284); D.M. DEALMEIDA CRUZ, M. DESANTES REAL Y P. JENARD, Informe relativo al Convenio de adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 1968 (DOCE C/189 28 julio 1990, pp. 35-56).

¹¹⁴ Nótese que el TJUE ha señalado que el foro exclusivo del artículo 24.1 se aplicará siempre que esté basada la acción en un derecho real, no personal. Vid., Auto TJUE 5 abril 2011, C-518/99, asunto *Gaillard* [ECLI:EU:C:2001:209]. Es oportuno recordar que, en virtud de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la diferencia entre un derecho real y un derecho personal reside en el hecho de que el primero, al gravar un bien corporal, surte sus efectos frente a todos, mientras que el segundo únicamente puede invocarse contra el deudor. Vid., STJUE, de 3 de abril de 2014, asunto *Weber*, C438/12, [ECLI:EU:C:2014:212], FD. 43 y la jurisprudencia allí citada.

¹¹⁵ Si la donación transmitiera la propiedad de un bien inmueble y el litigio versase sobre un derecho real, podríamos aplicar el foro previsto en el artículo 24.1. Esto podría ocurrir, en el caso que nos ocupa, por ejemplo, porque el cónyuge donatario reclamara, en tanto que propietario, la salvaguarda de las facultades inherentes a su título de propietario de un bien inmueble que le fue dado a título de liberalidad, o porque la acción estuviera encaminada a determinar la existencia, extensión de la propiedad o posesión del bien (STJUE de 15 de diciembre de 2015, C-605/14, asunto *Komu y otros*. [ECLI:EU:C:2015:833], FD. 26; STJUE, de 3 de abril de 2014, asunto *Weber*, C438/12, [ECLI:EU:C:2014:212], FD. 42 y jurisprudencia allí citada). Sería aplicable el foro exclusivo del artículo 24.1 a una demanda que tuviera por objeto la cancelación en el registro de la propiedad de los asientos relativos al derecho de propiedad del donatario, como determinó el TJUE en la sentencia de 16 de noviembre de 2016 en el asunto *Schmidt* (STJUE de 16 de noviembre de 2016, C-417/15, asunto *Schmidt* [ECLI:EU:C:2016:881], FD.40 y 41), a la vez que excluía el Tribunal, del ámbito de aplicación de este artículo, una acción de anulación de un acto de donación de un inmueble por incapacidad para otorgarlo del donante, que no correspondería a la competencia exclusiva del tribunal del Estado miembro en el que se halla el inmueble, sino a la competencia especial prevista en el artículo 7.1.a), del mismo Reglamento, que veremos más adelante (*Ibidem*, FD. 34-39).

¹¹⁶ Hay que recordar que el control de la competencia judicial internacional respecto de los foros exclusivos puede producirse de oficio o a instancia de parte.

92. Siguiendo con la jerarquía de foros del Reglamento 1215/2012, cabe hacer una breve referencia a la sumisión. Compartimos con N. GOÑI URRIZA que, al tratarse de un acto de donación en el que solo una de las partes asume obligaciones y lo hace a título de liberalidad, no será común que exista un acuerdo de sumisión expresa en el documento en que se otorgue dicha donación¹¹⁷. En caso de que exista y sea válido, en atención a los requisitos previstos en el artículo 25 del Reglamento, serán competentes, siempre que no se trata de una acción englobable en un foro exclusivo, los tribunales señalados por las partes. Sí puede verificarse con mayor frecuencia una sumisión tácita, que prevalecería sobre la expresa, de existir esta, de manera que, en virtud del artículo 26 del Reglamento, si el demandado comparece sin impugnar la competencia, con independencia de que éste esté domiciliado en algún Estado miembro¹¹⁸, serán competentes los tribunales del país de la UE ante el cual se ha presentado la demanda y ha comparecido el demandado sin impugnar la competencia, siempre que no estemos ante una acción englobable en un foro exclusivo del artículo 24.

93. En ausencia de sumisión y de foros exclusivos, y siempre que el demandado tuviera su domicilio en un país de la UE, por ser condición para la aplicación del Reglamento 1215/2012 en los foros que siguen, el demandante podría escoger –si fueran distintos– entre el foro general del domicilio del demandado (*ex* artículo 4)¹¹⁹ o el foro especial previsto en el artículo 7.1¹²⁰ para las obligaciones derivadas de un contrato, ya que en ausencia de regla específica para las donaciones y dado que hemos considerado su carácter contractual¹²¹, este es el foro especial que generalmente podrá ser aplicado.

94. Según este foro, y de acuerdo con la interpretación que la amplísima jurisprudencia del TJUE ha hecho de él¹²², serán competentes las autoridades del lugar donde se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda según el apartado general 7.1. a)¹²³, ya que no puede identificarse la donación con una compraventa a efectos de aplicar el artículo 7.1. b)¹²⁴. No obstante, esto se concretará normalmente en que serán competentes los tribunales del Estado miembro donde se hubiera entregado o debiera haberse entregado el objeto de la donación (según la ley aplicable al fondo, cuya determinación analizaremos más adelante), ya que en una donación normalmente será la entrega de la cosa la única prestación que deba cumplirse. Se trata de un foro que designa directamente al concreto tribunal territorialmente competente, en base a que se considera el tribunal “*más idóneo para conocer del caso por razones de cercanía con la controversia y por razones de facilidad en la gestión de las pruebas*”¹²⁵.

¹¹⁷ N. GOÑI URRIZA, “Las liberalidades...”, *op.cit.*, p. 1789.

¹¹⁸ Respecto a la no necesidad de que esté domiciliado el demandado en la UE en el caso de la sumisión tácita, así lo ha entendido, aunque no se recoja expresamente en el Reglamento, la doctrina mayoritaria y el TJUE.

¹¹⁹ Este sería el foro disponible –además, lógicamente, de que pueda existir sumisión– en caso de que se ejercitara una acción real sobre un bien mueble, sobre lo cual el Reglamento no dispone normas de competencia específicas.

¹²⁰ Literalmente: “Una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro: 1) a) en materia contractual, ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda;”

¹²¹ Siendo el concepto de “contrato” que se mantiene en la normativa europea muy amplio, entendiéndose como “compromiso libremente asumido de una parte frente a otra” u “obligación libremente consentida por una parte respecto de otra”. Vid., STJUE 21 abril de 2016, C-572/14, asunto *Austro-Mechana*, [ECLI: ECLI:EU:C:2016:286], FD.36, y jurisprudencia allí citada. Solamente en el infrecuente caso de que la donación suscitara obligaciones no contractuales (porque no exijan aceptación, esto es, se trate de una donación “forzosa”), se aplicaría el artículo 7.2 y serían competentes en virtud del mismo los del país en el que se formalizó la donación (según el criterio causal) y los del país donde debía entregarse el bien donado (criterio de resultado), si fueran distintos, a elección del demandante. En el mismo sentido, vid., J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Apuntes...”, *op.cit.*, p. 322 y amplia bibliografía citada en nota 6 sobre los ilícitos a distancia y la determinación de la competencia judicial internacional

¹²² Vid., amplia jurisprudencia citada en el estudio de este artículo por A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dir.), *Derecho...*, Vol. II, *op.cit.*, pp. 910-931.

¹²³ Literalmente: Una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro: 1) a) en materia contractual, ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda. Esta es, según el TJUE, la obligación correspondiente al derecho contractual en el que se fundamenta la acción del demandante. Vid., en ese sentido, la STJCE de 6 de octubre de 1976, asunto *De Bloos*, 14/76, [ECLI: EU:C:1976:134], FD. 10- 13.

¹²⁴ N. GOÑI URRIZA, “Las liberalidades...”, *op.cit.*, p. 1789.

¹²⁵ Vid., STJUE 15 de junio de 2017, C-249/16, as. *Kareda-Benkő*, [ECLI: ECLI:EU:C:2017:472], FD. 44-46.

95. La aplicabilidad del foro especial del 7.1 a una acción de anulación de una donación de un inmueble en la que se alega incapacidad del donante ha sido confirmada por el TJUE en el asunto *Schmidt*¹²⁶, ya abordado *supra*¹²⁷.

96. En el caso de que estemos en una donación entre cónyuges que hemos llamado “puramente contractual” y el demandado no se encontrara domiciliado en un país de la UE, y siempre que no fuera de aplicación una norma supraestatal – por ejemplo, por tratarse de un foro exclusivo o existir sumisión válida- entonces recurrimos a las normas de competencia judicial internacional de producción interna que, en el sistema español de DIPr, se localizan en el artículo 22 LOPJ. Generalmente en este supuesto, será de aplicación el foro previsto en el artículo 22 *quinquies* a), por el que los tribunales españoles serán competentes, en defecto de sumisión expresa o tácita (en cuyo caso se aplicaría el 1215/2012) y aunque el demandado no tuviera su domicilio en España, (...) “a) *En materia de obligaciones contractuales, cuando la obligación objeto de la demanda se haya cumplido o deba cumplirse en España*”, con idéntico criterio que el art. 7.1.a) del Reglamento 1215/2012.

2. Determinación de la ley aplicable

A) Consideraciones previas: ámbito de aplicación del Reglamento Roma I respecto de las donaciones entre cónyuges

97. Como ya avanzamos en el epígrafe primero, la naturaleza híbrida de las donaciones entre cónyuges y la pluralidad de fuentes que pueden llegar a regular los aspectos de DIPr vinculados a las mismas hacen que, con frecuencia, pueda producirse el fenómeno de “*dépeçage*”¹²⁸ o fragmentación de la ley reguladora del fondo de la donación, además del fraccionamiento de la ley que regula cada uno de los aspectos que concurren en la misma, distintos del fondo (forma, capacidad, efectos, etc.), también usual. Por tanto, en sede de ley aplicable, añadimos otro análisis en tanto que los diferentes aspectos de la donación entre cónyuges pueden estar regulados por ordenamientos diversos al someterse, por distintos motivos, a normas de conflicto distintas. Analizaremos en primer lugar, en este epígrafe, la ley aplicable al fondo de la donación, esto es, a los aspectos obligacionales de la donación entre cónyuges y el ámbito de aplicación de esta *lex donationis*. Dejaremos para epígrafes siguientes la ley aplicable a la capacidad de los cónyuges para ser parte en la donación y la ley aplicable a la forma de la donación, junto con otros aspectos.

98. Pues bien, en lo relativo a los aspectos obligacionales de la donación, al igual que en sede de competencia, la naturaleza esencialmente consensual de la donación entre cónyuges hace que debamos acudir, en primer término, al Reglamento 593/2008, cit. *supra*, también llamado Roma I. Esto es así para todos los aspectos obligacionales de la donación, esto es: interpretación de los términos de la donación, consentimiento, plazo de prescripción de las obligaciones nacidas de la misma, las consecuencias de un incumplimiento total o parcial de las obligaciones que genere, las consecuencias de la nulidad de la donación, etc.¹²⁹. Quedarían fuera de su ámbito de aplicación, en principio, la obligación de reintegrar

¹²⁶ STJUE, 16 noviembre de 2016, as. *Schmidt*, cit. *supra*, FD. 34-39.

¹²⁷ Como precisa N. GOÑI URRIZA, aunque la capacidad no se encuentra incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento, al presentarse esta cuestión como una cuestión previa sin que sea el objeto principal de la acción, que se refiere a la validez de la donación, no hay motivos para excluir la aplicación de Bruselas I bis. Vid., “Las liberalidades...”, op.cit., p. 1790.

¹²⁸ B. ANCEL, “Donation. Donation entre époux”, *Repertoire international*, Dalloz, 2005, pp. 1-16, citado en: N. GOÑI URRIZA, “La ley...”, op.cit., p. 101, nota 3.

¹²⁹ Sobre el ámbito de aplicación de la *lex contractus*, vid., art. 12 del Reglamento Roma I (lista abierta). Según algunos autores, no entrarían dentro del ámbito de aplicación del Reglamento la admisibilidad de la donación entre esposos, porque encuentra su fundamento en la relación familiar. Vid., P. WAUTELET, *Les donations dans un contexte international. Guide pratique*, Anthemis, 2011, pp. 213-249. La posibilidad de revocar una donación es un tema delicado y polémico, ya que existe mucha diversidad en Derecho comparado.

o computar donaciones o liberalidades, adelantos o legados a fin de determinar las cuotas sucesorias de los beneficiarios de una herencia, cuestión incluida en el R 650/2012 art. 23.2, así como la ley aplicable a la forma y su eficacia jurídico real, que veremos más adelante conforme a lo dispuesto en las normas de producción interna.

99. En el sistema español de Derecho internacional privado, el Reglamento Roma I¹³⁰ determina, en la actualidad¹³¹, la ley aplicable a las donaciones, entre ellas, las donaciones que se verifiquen entre cónyuges, siempre que: 1) generen obligaciones contractuales en materia civil o mercantil y, 2), no estén excluidas por el mismo Reglamento, lo cual ocurre si generan obligaciones que derivan de “(...) *relaciones familiares y de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables, incluida la obligación de alimentos*”(artículo 1.2. b)) o de “(...) *regímenes económicos matrimoniales, de regímenes económicos resultantes de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables al matrimonio, y de testamentos y sucesiones*”(artículo 1.2 c))¹³².

En relación a la primera condición, ya vimos en el epígrafe tercero que se trata de un concepto autónomo y que, tal y como lo ha concretado el TJUE, no exige aceptación del donatario sino que basta con que se trate de una obligación (la donación) libremente asumida por una parte —esto es, el donante— respecto de la otra (vid. *supra* para más detalles).

100. En cuanto a las exclusiones, que también fueron ya abordadas en el epígrafe tercero dedicado a la calificación, al que nos remitimos ahora, el análisis de las mismas es esencial para delimitar la aplicación del Reglamento Roma I al supuesto de una donación entre cónyuges o a determinados aspectos de ella. Recordamos que, siguiendo con la vocación de complementariedad de los distintos Reglamentos de la UE aplicables al caso, a las donaciones —o aspectos de las mismas— que se entiendan incluidas dentro del concepto autónomo de “régimen económico matrimonial” se les aplicará el Reglamento 2016/1103 y a las vinculadas a la sucesión, el Reglamento 650/2012 (vid. epígrafes 3 y 4). Nos centraremos en este punto en la exclusión relativa a las “obligaciones derivadas de relaciones familiares o equivalentes”¹³³, por su especial complejidad.

¹³⁰ La doctrina, como ya apuntamos en la introducción, ha abordado con poca profundidad y escasamente el tema de la ley aplicable a las donaciones y, en especial, a las donaciones entre cónyuges. Referencias tangenciales encontramos en muchas de las obras generales sobre el Reglamento Roma I, entre otras muchas posibles, vid., T. BALLARINO, “Il Regolamento Roma I: forza di legge, effetti, contenuto”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, Vol. 1, Nº 1, pp. 5-18; S. FRANCO, “Le Règlement ‘Rome I’ sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Journal du Droit International Clunet*, 2009, pp. 40-69; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley*, núm. 6957, Sección Doctrina, 30 Mayo 2008, online; H. KENFACK, “Le Règlement (CE) n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (“Rome I”), navire stable aux instruments efficaces de navigation?”, *Journal du Droit International Clunet*, 2009, pp. 2-39; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Ley aplicable a los contratos internacionales en la Propuesta de Reglamento “Roma I” de 15.12.2005”, *Indret* Nº. 3, 2006 (www.indret.com); A. RODRÍGUEZ BENOT, “La exclusión de las obligaciones derivadas del Derecho de familia y sucesiones del ámbito material de aplicación del Reglamento Roma I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, Vol. 1, Nº 1, pp. 112-130 y más bibliografía citada en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Apuntes sobre...”, op. cit., p. 323, nota 14.

¹³¹ El Reglamento Roma I deja inaplicable el artículo 10.7 Cc, que resolvía con solvencia los problemas vinculados a la determinación de la naturaleza jurídica de las donaciones. Dicha norma de producción interna solo se aplica ya a los conflictos de leyes interregionales. Valoración sobre la misma en: N. GOÑI URRIZA, “La ley ...”, op.cit., p. 101; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Apuntes sobre...”, op.cit., pp. 322-323; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Artículo 10”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tirant lo Blanch, 2013, pp.250-325, esp. pp. 302-304.

¹³² Recordamos que, de manera general, la interpretación de los conceptos incluidos en la normativa de la UE debe ser uniforme y coherente para garantizar el principio de igualdad. En este sentido, y aunque no sea vinculante, el concepto que el TJUE desarrolla de un determinado término jurídico, por ejemplo, de “régimen matrimonial”, abordado *supra*, o de “obligación contractual”, debe ser semejante con el que se dé a esos mismos términos en otros instrumentos europeos. Así se refleja en numerosa jurisprudencia del TJUE. Respecto a ello, vid., V.M. ROJAS AMANDI, “La interpretación...”, op. cit., pp. 49, 57, 58. Si no existiera norma supraestatal institucional, esto es, de la UE, aplicable al caso, entonces la calificación se haría, salvo aclaración expresa en el mismo convenio eventualmente aplicable que permitiera su calificación directa, *ex lege fori* como dispone nuestro Código civil.

¹³³ Sobre la misma, vid., A. RODRÍGUEZ BENOT, “La exclusión...”, op.cit., pp. 112-130.

101. Recordamos que, el Informe Oficial GIULIANO/LAGARDE, anejo al Convenio de Roma de 1980¹³⁴, ya interpretó, muy escuetamente, esta exclusión a propósito de dicho convenio, predecesor normativo del Reglamento Roma I. Según aquel¹³⁵, hay que entender que se excluirán del Reglamento aquellas obligaciones que *estén reguladas* por el Derecho de familia¹³⁶. Esto es, no basta que una obligación se verifique en el ámbito de la familia para que esté excluida del ámbito de aplicación del Reglamento sino que debe “estar regulada” por el Derecho de familia. La intención de dicha remisión, muy criticada, a los Derechos nacionales y, por tanto, a la calificación *lex causae*, es la de respetar las limitaciones que determinados ordenamientos (por ejemplo, el italiano, vid. *supra*) imponen a los cónyuges a la hora de realizar donaciones entre ellos, regulándolas específicamente.

102. La cuestión es determinar, por tanto, en qué casos las donaciones entre cónyuges, aunque tengan carácter “consensual” en el sentido ya visto, “están reguladas por el Derecho de familia”, ya que para todas las que no lo estén –y lógicamente tampoco se vinculen a la institución sucesoria- se determinará la ley aplicable en base al Reglamento Roma I¹³⁷.

103. La primera pregunta que parece necesario contestar es a qué Derecho de familia nos referimos si aún no hemos determinado la ley aplicable a la donación, ya que además la regulación de esta cuestión no es homogénea en absoluto en los Estados miembros. Nos situaríamos ante un círculo sin solución que ha planteado enormes problemas interpretativos y de aplicación: se necesita saber cuál es la ley aplicable para saber si la donación está o no regulada por el Derecho de familia de ese ordenamiento pero, a su vez, no se puede aplicar el Reglamento Roma I para determinarlo sin saber si dicha donación está o no regulada por el Derecho de familia.

104. En el ámbito del sistema español de Derecho internacional privado, doctrina reconocida¹³⁸ ha solventado esta cuestión de la siguiente manera:

105. 1º) En primer lugar, el tribunal competente aplicará las normas de conflicto recogidas en el Reglamento 2016/1103, de regímenes económico-matrimoniales¹³⁹, para saber cuál es la ley aplicable a la donación a efectos, solamente, de determinar si está o no está regulada dicha obligación por el Derecho de Familia (de ese ordenamiento estatal señalado, se entiende).

106. 2º) Si de acuerdo a dicha ley material la obligación queda sujeta al Derecho de familia, entonces se aplicará dicho Derecho. Si no es así, entonces se aplicará el Reglamento Roma I para determinar la ley aplicable a la donación entre los cónyuges. En este último supuesto estaríamos si, por ejemplo, la

¹³⁴ M. GIULIANO Y P. LAGARDE, Informe..., op.cit., pp. 17-19.

¹³⁵ Interpretación según doctrina cualificada, citada en epígrafe 3, vid. nota 48.

¹³⁶ Parte de la doctrina considera que sólo se excluirían aquellos aspectos de la donación directamente relacionados con el vínculo familiar que escaparan al ámbito contractual, como puede ser la posibilidad de revocar una donación por el nacimiento de un hijo del donante (artículo 644 Cc), mientras que todo lo demás entraría dentro del ámbito de aplicación de Roma I siempre que no quede regulada por el Reglamento sobre régimen económico matrimonial o el de sucesiones. Así lo recoge N. GOÑI URRIZA, “La ley...”, op.cit., p. 105, citando a P. WAUTELET, *Les donations...*, op.cit., p. 218.

¹³⁷ Según N. GOÑI URRIZA, “Las liberalidades...”, op.cit., p. 1793: “parte de la doctrina mantiene incluso la aplicación del Reglamento Roma I a todas las donaciones, incluso las que derivan de las relaciones de familia”, citando a H. PEREZ ET E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, Paris, Litec, 2010, p.287, nº745 y p. 288 nº 751. Para algunos autores, como H. MUIR WATT y D. BUREAU, cuya opinión compartimos, pueden surgir problemas de compatibilidad por aplicar normas de conflicto relativas a los contratos con los regímenes imperativos de las donaciones entre cónyuges, mencionando por ejemplo el riesgo de revocabilidad *ad nutum* de las donaciones de bienes futuros entre cónyuges. H. MUIR WATT y D. BUREAU, *Droit International Privé, Tome II: Partie spéciale, 2ª ed.* Themis Droit, Paris, 2010, p. 117 y 252. Por ello, en Francia la jurisprudencia se ha pronunciado a favor de aplicar a las donaciones entre esposos de bienes muebles e inmuebles la ley rectora de las relaciones entre esposos. Vid., N. GOÑI URRIZA, “Las liberalidades...”, op.cit., p. 1795.

¹³⁸ Vid., entre otros, P. JIMÉNEZ BLANCO, “El derecho aplicable...”, op.cit., pp. 63-90; A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, op.cit., pp. 1057-1078, p. 1067, citando también a H. GAUDEMET-TALLON.

¹³⁹ O el Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, de uniones registradas. En caso de que estos no puedan aplicarse por razón temporal, entonces habrá que estar a los artículos 9.2 y 9.3 Cc.

ley señalada por el Reglamento 2016/1103 (o en su caso, el Reglamento 2016/1104) fuese la española, que no regula las donaciones entre cónyuges en su Derecho de familia, en su Derecho común –salvedad hecha de las donaciones en razón de matrimonio-. Algunos autores¹⁴⁰ señalan que el Reglamento 2016/1103 –y de idéntica manera el 2016/1104- no incluye en su ámbito de aplicación las donaciones entre cónyuges *ex* artículo 27. No obstante, recordamos que la lista que ofrece el artículo 27 del Reglamento es abierta, esto es, el ámbito de aplicación no se limita necesariamente a las cuestiones en él mencionadas¹⁴¹.

107. Pongamos un ejemplo: A, alemán, y B, francesa, casados en febrero de 2019, con residencia habitual en España, concluyen una donación en enero de 2020 sin que esta se incluya en capitulaciones matrimoniales ni guarde relación con el régimen económico matrimonial. Deciden que sea el Derecho francés el que regule la misma. En principio se trata de una donación contractual porque es una obligación libremente asumida por una parte respecto de la otra. Ahora bien, ¿está regulada por el Derecho de familia? El tribunal competente, español, deberá aplicar el Reglamento 2016/1103 para saber cuál sería el Derecho aplicable al fondo. Al ser España el primer lugar de residencia común tras la celebración del matrimonio, el Derecho español regirá el régimen económico matrimonial y, como este no regula específicamente las capitulaciones matrimoniales, entonces no estaríamos en la exclusión del art. 1.2 b) de Roma I y por tanto se utilizaría este Reglamento para determinar la ley aplicable, aplicándose entonces el Derecho francés al ser la ley elegida por las partes (art. 3.1 Reglamento Roma I). Si la residencia habitual común tras la celebración del matrimonio fuera en Italia, país que sí regula dichas donaciones en su Derecho de familia, entonces la respuesta sería distinta, ya que habría que aplicar el Derecho italiano (a falta de elección válida), que sí regula específicamente dichas donaciones.

108. Recientemente, una sentencia nacional ha tenido que plantearse esta cuestión sobre el ámbito de aplicación del Reglamento Roma I, a propósito, precisamente, de una donación internacional entre cónyuges. Así, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 18 de marzo de 2019¹⁴², en la que se debate la norma de conflicto aplicable¹⁴³ para determinar el ordenamiento que regirá la forma y el fondo de una donación de una finca ubicada en Suiza entre cónyuges de nacionalidad española y vecindad civil catalana, el tribunal se detiene en la interpretación del concepto de “régimen económico matrimonial” ya que en su razonamiento describe el concepto autónomo que se ha dado en el Reglamento 2016/1103 (aún no aplicable al caso en cuestión para la determinación de la ley aplicable, ya que el matrimonio se celebró con anterioridad al 29 de enero de 2019).

109. Así, en ella, el tribunal precisa que el concepto de relaciones patrimoniales generadas entre los cónyuges por razón directa del matrimonio aludiría tanto al régimen económico matrimonial primario (regulado en los artículos 1318-1322 Cc, o en los artículos 231.5-231.9 CCCat, para Cataluña), como al régimen económico secundario, que es el acordado por los cónyuges en capitulaciones matrimoniales o el supletorio legal si no lo han pactado (arts. 1315-1316 Cc y art. 231.10 CCCat), y también a los negocios hechos en consideración al matrimonio, que en Derecho catalán son las adquisiciones onerosas con pacto de supervivencia¹⁴⁴, las donaciones por razón de matrimonio otorgadas fuera de capitulaciones

¹⁴⁰ N. GOÑI URRIZA, “Las liberalidades...”, *op.cit.*, p. 1794.

¹⁴¹ Se deduce del texto literal del artículo que incluye la precisión de “entre otras cuestiones”.

¹⁴² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 18 de marzo 2019 (Sala de lo civil y penal, sección 1ª, núm. 23/2019, RJ/2019/2021 [ECLI: ES:TSJCAT:2019:1691]). Para ver un análisis de la misma, *vid.*, N. GOÑI URRIZA, “La ley aplicable a la forma...”, *op.cit.*, pp. 586-595.

¹⁴³ Entre las normas de producción interna –al no poder aplicar aún el Reglamento 2016/1103 por razón temporal- (artículos 9.2, 9.3, 10.7 y 11.2 del Cc) o el Reglamento Roma I (artículos 4.1, c), 11.1 y 11.5).

¹⁴⁴ También conocido como adquisición de bienes con pacto de supervivencia, está regulado por el Libro II del Código civil catalán y es frecuente en las escrituras de compraventa de inmuebles por cónyuges. Cuando los cónyuges o futuros contrayentes adquieren conjuntamente un bien a título oneroso, pueden pactar en el mismo título que, cuando uno muera, el cónyuge superviviente se convertirá en titular único de la totalidad del bien. Este pacto de supervivencia otorgado por los futuros contrayentes caduca si el matrimonio no se celebrara en el periodo de un año. *Vid.*, Cambra de la Propietat Urbana de Barcelona, 23 enero 2018, disponible en: <https://www.cpubcn.com/es/adquisiciones-onerosas-con-pacto-de-supervivencia/> [Consulta: 10/2/2020].

y los derechos de viudedad familiares (arts. 231.15 -231.18 y 231-27-231.31 CCCat)¹⁴⁵. En este caso, al considerar que la donación no se encuentra enmarcada en ninguna de estas categorías, el tribunal decide aplicar el Reglamento Roma I al fondo del asunto, algo que, paralelamente en sede de competencia – que en este caso no se discute-, equivaldría, dada la interpretación uniforme que debe hacerse de estos términos jurídicos del Derecho de la UE, a aplicar el Reglamento 1215/2012, al considerar su carácter contractual/consensual sin que ninguna de las exclusiones previstas por su artículo 1 sean aplicables¹⁴⁶.

110. El tribunal, que aplica finalmente al fondo el Reglamento Roma I¹⁴⁷, afirma que el propio concepto de régimen económico matrimonial que el Reglamento 2016/1103 ha incorporado, *ex* Considerando 18 y art. 3.1, refuerza su interpretación ya que, a juicio del tribunal, esta norma evidencia que el legislador europeo ha creído conveniente dejar fuera de su ámbito de aplicación tanto la regulación de los aspectos estrictamente personales vinculados al matrimonio -que siguen estando sometidos a la norma de conflicto interna (art. 9.2 CC)-, como *la materia relativa a los negocios patrimoniales que realizan los cónyuges ente ellos amparados por la libertad de contratación y que no son el resultado directo del matrimonio*, quedando estos últimos sometidos al Reglamento Roma I¹⁴⁸. Esto es, el Reglamento, según el tribunal, limita el concepto de “efectos personales” a los que se refiere el artículo 9.2 Cc, estrictamente a las obligaciones de “*respecte, ajuda mútua i actuació en interès de la família enumerades en els articles 67 i 68 CC i, en el cas de Catalunya, en els articles 231-2 i 231-3 CCCat*” y, el concepto “efectos patrimoniales” o “relaciones patrimoniales generadas por razón directa del matrimonio” al “*règim econòmic secundari, que és l'acordat pels cònjuges en capítols matrimonials o el supletori legal si no n'hi ha (articles 1315 - 1316 CC i 231-10 CCCat), i també als negocis fets en consideració al matrimoni, que en el dret català són les adquisicions oneroses amb pacte de supervivència, les donacions per raó de matrimoni atorgades fora de capítols i els drets viudals familiars (articles 231-15 a 231-18 , i 231-27 a 231-31 CCCat)*”.

111. Por ello, afirma el tribunal, no forman parte de dichos efectos y por tanto sí estarían reguladas por el Reglamento Roma I los demás negocios jurídicos de causa onerosa o gratuita que los cón-

¹⁴⁵ La traducción es nuestra. El texto literal, en catalán, es el siguiente: “*Mentre que el concepte de relacions patrimonials generades entre els cònjuges per raó directa del matrimoni al ludiria tant al règim econòmic matrimonial primari regulat en els articles 1318 a 1322 CC o en el articles 231-5 a 231-9 CCCat pel que fa a Catalunya, com al règim econòmic secundari, que és l'acordat pels cònjuges en capítols matrimonials o el supletori legal si no n'hi ha (articles 1315 - 1316 CC i 231-10 CCCat), i també als negocis fets en consideració al matrimoni, que en el dret català són les adquisicions oneroses amb pacte de supervivència, les donacions per raó de matrimoni atorgades fora de capítols i els drets viudals familiars (articles 231-15 a 231-18 , i 231-27 a 231-31 CCCat)*”. Vid., STSJCat, 18 de marzo de 2019, cit. Supra, motivo 1, p^o3, p.4.

¹⁴⁶ Por tanto, quedarían excluidos del Reglamento 1215/2012 los litigios relativos a una donación que no pueda enmarcarse dentro del “régimen económico primario” del matrimonio, de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges que son objeto de una regulación especial en Derecho nacional (por ejemplo, los contratos entre esposos en determinados Estados o los *trusts*, cuando afectan al régimen económico matrimonial). También se entenderían excluidos los pleitos entre excónyuges sobre liquidación de bienes adquiridos durante al matrimonio, al entenderse vinculados a las relaciones jurídicas patrimoniales que derivan de la disolución del matrimonio. Vid., Auto TJUE 14 junio 2017, C-67/17, (petición de decisión prejudicial planteada por el *Rayonen sad Varna* — Bulgaria) — *Todor Iliev/Blagovesta Ilieva*, as. *Iliev*,) DO C 112 de 10.4.2017. También, A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho*..., Vol. II, op.cit., pp. 724 y 725.

¹⁴⁷ Con anterioridad nos constan sentencias que siguen otro criterio. Vid., STS de 5 de junio de 2000, n^o 551/2000 [ECLI: ES:TS:2000:4611] y STS 10 de junio de 1995, n^o 0558 [ECLI: ES:TS:1995:3361], que aplican el art. 10.7 Cc.

¹⁴⁸ Así, como recoge la sentencia, al pretender regular “*todos los aspectos de Derecho civil de los regímenes económicos matrimoniales, relacionados tanto con la administración cotidiana del patrimonio matrimonial como con la liquidación del régimen, en particular como consecuencia de la separación de la pareja o del fallecimiento de uno de los cónyuges*” (considerando 18) y proponer un concepto autónomo de “régimen económico matrimonial” (“*conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y los terceros, como resultado del matrimonio o de su disolución*” *ex* artículo 3.1), abarcando tanto las normas imperativas para los cónyuges como las normas opcionales que los cónyuges puedan acordar de conformidad con el Derecho aplicable, así como cualesquiera normas por defecto del Derecho aplicable (por tanto toda relación patrimonial, entre los cónyuges y en sus relaciones con terceros, que resulte directamente del vínculo matrimonial o de su disolución), pretende no solo dejar sin efecto el artículo 9.3 Cc sino también dejar a un lado la regulación de los efectos personales vinculados al matrimonio y otros posibles negocios jurídicos que lleven a cabo los cónyuges amparados en la libertad de contratación pero que no son resultado directo del matrimonio. STSJ Cataluña, 18 de marzo 2019, op.cit., vid. FJ 2, motivo de casación n^o1, punto 4.

yuges lleven a término en ejercicio de la libertad de contratación –recogida tanto en el Derecho catalán como el común- y que no resulten o deriven directamente del vínculo matrimonial. Esto es, aquellos que a pesar de tener lugar en el ámbito familiar se producen con independencia del régimen matrimonial. Así, el tribunal califica el supuesto de acuerdo a los arts. 9.2 y 9.3 Cc, parece que *ex lege fori*, por las continuas referencias al Derecho catalán sin que se haga referencia directa a la solución dada por la doctrina de comprobar primero si, en el Derecho aplicable al fondo según los arts. 9.2 y 9.3 Cc, están reguladas dichas donaciones. En cualquier caso, el resultado sería el mismo ya que, suponiendo que se aplique al fondo el Derecho catalán, al no estar regulada dicha donación en cuestión, tendríamos que descartar la exclusión del 1.2 b) y por tanto, sin que tampoco se entienda contemplada en el régimen económico matrimonial (calificando *ex lege fori*, aunque viéndose reforzada, como afirma el tribunal, dicha calificación por el concepto autónomo que propone el Reglamento 2016/1103, no aplicable al caso por razones temporales), se aplicaría igualmente el Reglamento Roma I.

112. Según N. GOÑI URRIZA¹⁴⁹, el tribunal da una solución que evita los problemas que plantean las complejas propuestas doctrinales –descritas *supra*, a las que la autora hace referencia- que además ignoran el problema de la previa determinación de la competencia judicial internacional mediante el Reglamento 2016/1103. Por otra parte, interpreta la excepción del art. 1.2 Reglamento Roma I de manera coherente con el ámbito de aplicación del Reglamento 2016/1103 al aplicar Roma I por entender que “la donación nace de la voluntad de las partes y no resulta directamente del matrimonio”.

113. En cualquier caso, sí parece conveniente que la aplicación –por la interpretación de su ámbito de aplicación- del Reglamento 2016/1103 sea la misma en competencia y en ley aplicable, ya que el concepto de “régimen económico matrimonial” no debe variar para ambas cuestiones ni, más allá, respecto de otros Reglamentos de la UE. Por ello, el criterio interpretativo y, por tanto, la técnica de calificación que se utilice para determinar el ámbito de aplicación del Reglamento 2016/1103 debe ser similar en sede de competencia y de ley aplicable, y a su vez compatible y complementario al del Reglamento 1215/2012, en sede de determinación de la competencia judicial internacional, y Roma I, en sede de determinación de la *lex causae*.

114. Pues bien, visto el ámbito de aplicación de Roma I, pasamos a analizar a continuación el ámbito de aplicación de la *lex donationis* y las normas de conflicto aplicables al caso.

B) Ámbito de aplicación de la *lex donationis*

115. Sea cual sea la ley aplicable a la donación, esta rige generalmente, *ex art.* 12 del Reglamento Roma I, la interpretación de la misma, el cumplimiento de las obligaciones que genere; las consecuencias de un incumplimiento total o parcial de estas obligaciones, dentro de los límites de los poderes conferidos al tribunal por su Derecho procesal, incluida la evaluación del daño en la medida en que la gobiernen normas jurídicas los diversos modos de extinción de la donación, así como la prescripción y la caducidad basadas en la expiración de un plazo y las consecuencias de la nulidad de la misma. Esto es, se incluyen cuestiones como los bienes que pueden donarse, las condiciones posibles de una donación, la prohibición de donar o recibir por donación –por ejemplo, la posibilidad de recibir por donación del *nasciturus*-, la causa de revocación de la misma y si esta es posible¹⁵⁰, la validez sustancial y sus efectos.

116. No obstante, no regulará cuestiones como la capacidad para ser parte en una donación –regulada por la ley personal de cada interviniente, como veremos en el siguiente epígrafe-, la ley aplicable a la forma de la misma cuando se trate de un inmueble o se trate de una donación en el marco matrimonial o sucesoria –vid. *supra*-, la eficacia jurídico real de la misma –que abordaremos *infra*- o el

¹⁴⁹ N. GOÑI URRIZA, “La ley aplicable a la forma...”, *op.cit.*, p. 595.

¹⁵⁰ Sobre el régimen de revocabilidad de las donaciones en Derecho comparado, vid., P. WAUTELET, *op.cit.*, p. 220.

régimen particular de protección de determinados herederos, como ya vimos, en el marco de la sucesión del donante¹⁵¹.

C) Las normas de conflicto en el Reglamento Roma I

117. Si resulta aplicable el Reglamento Roma I, al no prever esta ninguna norma de conflicto específica para las donaciones, la donación entre cónyuges se regirá:

118. 1º En primer lugar, por la ley libremente elegida por las partes (art. 3.1), de manera clara e inequívoca. Esta ley no tiene por qué tener relación con la donación o el lugar de donación, ni corresponderse con la ley personal del donante o del donatario¹⁵². Puede realizarse en una cláusula en el mismo contrato de donación o en un acuerdo paralelo en el que el donatario acepte esas y otras posibles cuestiones. Se entiende que al elegir el donante una ley y aceptar el donatario la donación, también acepta la ley elegida, de manera que este artículo mantiene su aplicación a pesar de la naturaleza aparentemente unilateral de la donación, por ejemplo, en una donación hecha en un contrato de seguro de vida en el que se designa a un tercero como beneficiario.

119. En caso de existir elección de ley y de que las partes elijan varias distintas (algo que no creemos que sea frecuente en este ámbito), cabe recordar que el *dépeçage* que permite el Reglamento Roma I tiene varios límites¹⁵³: 1º) No debe conducir a una “incoherencia” del contrato –bien porque se elijan leyes incompatibles entre sí bien porque los derechos y deberes de cada parte se rijan por Derechos distintos, bien porque se hayan sometido a leyes distintas los elementos nucleares necesarios para la existencia misma del contrato (en Derecho español, los contemplados en el art. 1261 Cc). 2º) Ese fraccionamiento nunca podrá evitar la aplicación de las leyes de policía *ex art. 9* Reglamento Roma I.

120. En este sentido, en caso de que el Estado del foro fuera el español, algunos autores¹⁵⁴ señalan como ejemplos de normas imperativas españolas que serían aplicables con independencia de la ley que regulara la donación, la prohibición de reversión estipulada por el donante a favor de tercero (art. 641 Cc), la irrevocabilidad de las donaciones como principio general o las limitaciones de los bienes que pueden ser objeto de donación (arts. 634, 635 y 636 Cc). Como dispone el Reglamento, la elección de otra ley que no guarde conexión con el caso no obsta para que se apliquen todas las normas imperativas del Derecho que se hubiere aplicado en defecto de elección de ley y que no puedan, por su naturaleza, eludirse mediante acuerdo (por ejemplo, la posibilidad de revocación).

121. 2º A falta de elección, debemos distinguir dos supuestos. 1) Si se donan bienes inmuebles, se aplicará la ley del lugar en que se encuentran, en aplicación del artículo 4.1.c), por lo que la donación quedará sujeta a la ley del país donde se ubique el inmueble, con independencia de que las partes residan ambas habitualmente en un Estado distinto¹⁵⁵. 2) En el resto de los bienes aplicará a la donación la norma

¹⁵¹ También, según parte de la doctrina, quedaría excluida de la *lex contractus o donationis* la revocación que tiene su causa en la supervivencia de hijos, que se regiría por la ley sucesoria. Vid., H. PEREZ ET E. FONGARO, *Droit international ...*, op.cit., p.289, nº757.

¹⁵² Esto sin perjuicio de que, si todos los elementos de la donación –situación del bien, domicilio y nacionalidad de las partes, etc.- se conectan con un país, por ejemplo, España, siendo la ley elegida –extranjera- el único elemento extranjero, se apliquen las normas imperativas españolas *ex art. 3.3* del Reglamento (y de manera paralela respecto de la elección de la ley de un Estado no miembro, *ex art. 3.4*).

¹⁵³ P. MANKOWSKI, “Article 3” en: U. MAGNUS & P. MANKOWSKI, op.cit., pp. 211-214.

¹⁵⁴ N. GOÑI URRIZA, “Las liberalidades...”, op.cit., p. 1800. La autora precisa que en el caso del art. 636 hay que analizar si los términos de la donación son compatibles con lo previsto en la ley nacional y de la residencia habitual del donante -que podrán ser aplicadas como ley aplicable a la sucesión *ex art. 21 y 22* Reglamento 650/2012-.

¹⁵⁵ Sin que pueda entrar por tanto en juego en este caso el art. 4.3 del Reglamento. Así lo ha aplicado la Audiencia Provincial de Las Palmas en su sentencia de 15 de enero de 2013, al conocer de un caso de donación de un inmueble sito en España y realizada entre finlandeses. [ECLI:ES:APGC:2013:28].

del artículo 4.2, esto es, la ley de la residencia habitual de la parte que realice la prestación característica del contrato, que entendemos es el donante.¹⁵⁶

122. Si se donaran en un mismo acto bienes muebles e inmuebles, podemos pensar en principio en dos soluciones distintas. La primera sería “dividir” el acto de donación en varios, de manera que se aplicaría a la donación del bien inmueble la ley del lugar de situación del bien y a la donación del bien o bienes muebles la ley del lugar de la residencia habitual del donante. Este fraccionamiento de la ley aplicable “por bloques” –adicional al que ya de por sí se dará con la ley aplicable a la forma o a la capacidad de las partes, entre otros, como veremos más adelante– complejiza aún más la solución del conflicto de leyes y la solución sustantiva del caso, con muchos Derechos extranjeros concurriendo en su resolución y con las consecuentes dificultades de prueba, compatibilidad entre ellos, riesgo de resultados incongruentes, inseguridad jurídica para los operadores jurídicos, las partes y los terceros. Por otra parte, algunos autores han propuesto, basándose en la distinta calificación que puede recibir el contrato, acto, de donación, que se aplique el artículo 4.2 respecto de todos los bienes donados¹⁵⁷.

VII. La ley aplicable a otras cuestiones

1. La ley aplicable a la forma de una donación entre cónyuges

123. En caso de estar ante una donación sometida al Reglamento Roma I, en cuanto a la ley aplicable a la *forma* de la donación, debemos acudir al art. 11 dicho instrumento¹⁵⁸, ya que el art. 11 Cc queda relegado por la aplicación preferente del Reglamento de la UE para todos los contratos sometidos a aquel.

124. Según el art. 11 del Reglamento, debemos distinguir dos supuestos: que la donación se celebre entre cónyuges que se encuentran en el mismo país en el momento de su celebración, en cuyo caso la donación será válida en cuanto a la forma si reúne los requisitos de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del presente Reglamento, o de la ley del país donde se haya celebrado. O, que la donación se celebre entre cónyuges que se encuentran en distintos países en el momento de su celebración será válido en cuanto a la forma si reúne las condiciones de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del presente Reglamento, o de la ley de los países en que se encuentren cualquiera de las partes, o cualquiera de sus representantes, en el momento de la celebración, o de la ley del país en que cualquiera de las partes tuviera su residencia habitual en ese momento. De esta forma, si por ejemplo los cónyuges eligen la ley española para regir una donación de un bien mueble otorgada en Francia, se evitarían los requisitos formales que prevé dicha ley; o si se celebra en España, aunque se aplique otra ley, por ejemplo, la francesa, al fondo. Si el único elemento extranjero fuese la ley elegida por las partes para regular el fondo, nótese que *ex art. 3.3*, no podrán evitarse las disposiciones imperativas del Derecho con el que la situación está vinculada y, por tanto, las exigencias formales previstas en dicho Derecho, como podría ser, en el ordenamiento francés, la exigencia de otorgar escritura pública *ex art. 931 y ss.* de su Código civil.

¹⁵⁶ Vid., F.B. IRIARTE ÁNGEL, “El problema de la interacción entre las sucesiones y las donaciones con elemento internacional a la luz de la norma de conflicto”, *Boletín JADO*. Bilbao. Año XII. N° 24. Junio 2013, pp. 185-193, p.189. Sobre el artículo 4 del Reglamento Roma I hay una amplísima bibliografía y no es objeto de este artículo revisarla. Sobre su aplicación e interpretación, vid, entre otros muchos posibles: U. MAGNUS, “Article 4”, en: U. MAGNUS & P. MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law, Commentary, Rome I Regulation*, Ottoschmidt, 2017 pp. 263-441; C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “La ley aplicable al contrato en defecto de elección. El art. 4 del Reglamento Roma I”, en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dir.), *Litigación internacional en la Unión Europea II. La ley aplicable a los contratos internacionales*, Thomson Reuters, Aranzadi, 2017, pp. 151-196; vid., una revisión crítica del artículo 4 de Roma I: Z. TANG, “Law Applicable in the Absence of Choice. The New Article 4 of the Rome I Regulation”, *The Modern Law Review*, vol. 71, N°5, 2008, pp. 785-800.

¹⁵⁷ Vid., P. WAUTELET, op.cit., p.224., citado también en N. GOÑI URRIZA, “La ley aplicable...”, op.cit., p.224.

¹⁵⁸ El Informe GIULIANO/LAGARDE, op.cit., da una definición autónoma de lo que son “cuestiones de forma”, incluyendo, por ejemplo, la exigencia de uso de un idioma determinado, el requisito de forma escrita o la intervención de fedatario público, entre otras.

125. Nos interesa también el apartado 5 del artículo 11 en el que se prevé que, no obstante lo dispuesto en los apartados 1 a 4, todo contrato que tenga por objeto un derecho real sobre un bien inmueble o el arrendamiento de un bien inmueble estará sometido, en cuanto a la forma, a las normas de la ley del país en que el inmueble esté sito, siempre y cuando, en virtud de dicha ley: a) la aplicación de dichas normas sea independiente del país donde se celebre el contrato y de la ley que rija el contrato, y b) dichas normas no puedan excluirse mediante acuerdo¹⁵⁹.

126. Así, en la sentencia, cit. *supra*, del TSJ de Cataluña de 2019, el tribunal aplica el apartado 1 y 5 de este artículo 11, en lugar del art. 11 Cc –que pretendía el recurrente–, para determinar aplicable a la forma de la donación de la finca ubicada en Suecia realizada entre esposos la ley sueca, algo que resulta determinante en el caso ya que según esta ley la donación era válida y, por el contrario, según la ley española era nula por defectos de forma (art. 633 Cc). Al estar los cónyuges en el mismo país en el momento de la perfección de la donación, y cumplirse los requisitos de forma que exige la ley sueca, que es la ley aplicable al fondo, el tribunal considera que la donación es válida formalmente. Además, el tribunal afirma la prevalencia de la regla especial del epígrafe 5 dedicada a los bienes inmuebles, siendo así que mediante esta también se trata de una donación válida al situarse el inmueble en Suecia y haber accedido al Registro de la Propiedad en Suecia, aunque no analiza los requisitos de dicho apartado 5 del art. 11 en la sentencia.

127. No obstante, hay que señalar que esta interpretación no responde a una postura unánime de la doctrina, ya que algunos autores defienden la aplicación del art. 11.2 Cc como norma de policía del foro (aplicable *ex art.* 9 Reglamento Roma I) y, por tanto, en un pleito seguido ante tribunales españoles, la elevación a escritura pública del contrato de donación de un inmueble sería requisito para su validez¹⁶⁰. El tribunal no lo considera así, argumentando que el art. 11 del Reglamento desplaza al art. 11 Cc en su conjunto. Además, cabe argumentar que la exigencia formal de elevación a público, *ad solemnitatem*, de un inmueble situado en el extranjero –en un país donde además no es necesario dicho requisito–, no parece que sea esencial para la salvaguardia de intereses públicos españoles –más polémico podría resultar situándose aquel en territorio español, caso en el que entendemos que, al no poder excluirse el art. 633 Cc mediante acuerdo y ser esto un requisito del Reglamento, sí debería aplicarse dicha exigencia para garantizar, entre otros motivos, la oponibilidad del acto frente a terceros¹⁶¹.

128. Una vez determinada la ley aplicable a la donación, esta determinará no solo la validez formal del acto, sino también los modos de subsanar posibles defectos formales o las consecuencias jurídicas de estos, si se plantearan. En caso de fraccionamiento de la ley aplicable a la donación, se aplicará la ley que más estrechamente se relacione con la cuestión de forma de que se trate¹⁶².

129. Cabe considerar también la ley aplicable a la forma de la donación cuando ésta esté excluida del ámbito de aplicación del Reglamento Roma I. En ese caso, habrá que distinguir varios supuestos. Si se entiende incluida en el ámbito del Reglamento 2016/1103, y está contenida en capitulaciones, entonces habrá que estar a lo dispuesto en el art. 25 de dicho instrumento normativo¹⁶³. Si no está conte-

¹⁵⁹ Esto es, en aplicación de esta norma la SAP de Las Palmas considera inválida una donación de bien inmueble sito en España otorgada en el extranjero por dos sujetos finlandeses que no respeta la forma de escritura pública, requerida en nuestro ordenamiento. Vid., SAP Las Palmas, 15 enero 2013, cit. *supra*.

¹⁶⁰ Vid., al respecto, F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Art. 11” en: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios al Código civil*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 331; M. GUZMÁN ZAPATER (Dir.), *Lecciones de Derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 187; N. GOÑI URRIZA, “La ley aplicable a la forma..”, *op.cit.*, p. 594.

¹⁶¹ Vid., A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional...*, *op.cit.*, vol. II, p. 1035, quienes consideran dudosa la aplicación de las normas de policía *ex art.* 9 Reglamento a la forma de los contratos, señalando, además, que los ordenamientos jurídicos nacionales no suelen contener normas imperativas relativas a los contratos sobre inmuebles, citando a J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ.

¹⁶² Vid., *Ibidem*, p.1036.

¹⁶³ Las capitulaciones matrimoniales se expresarán por escrito, fechado y firmado por ambos cónyuges. Se considerará como escrito toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo. 2. Si la

nida en capitulaciones o, estándolo, puede considerarse su naturaleza independiente, entendemos que se aplicaría a los requisitos de forma el art. 11 Cc. No obstante, si fuera una donación excluida de Roma I por encajar en la exclusión del art. 1.2 b), por estar regulada específicamente por el Derecho de familia, entonces, a tenor del espíritu del legislador de proteger regulaciones específicas que contemplen las donaciones entre cónyuges de manera particular, cabe cuestionarse si la forma no debiera regirse por lo dispuesto en dicha ley, ya que probablemente en su regulación se contemplen requisitos formales.

130. Por último, si una donación se considera sucesoria –normalmente concretada en un pacto sucesorio- entonces habrá que estar al art. 27 del Reglamento de sucesiones en materia de forma (y no al Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre los conflictos de Leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, que sí se aplicaría a las donaciones hechas en los testamentos y testamentos mancomunados pero no en los pactos sucesorios).

2. Ley aplicable a la capacidad para ser parte en una donación entre cónyuges

131. La capacidad jurídica de los cónyuges para ser parte en una donación está excluida de los Reglamentos de la UE en materia de sucesiones y del Reglamento Roma I que hemos estudiado¹⁶⁴. A falta de otros instrumentos supraestatales aplicables, se regirá pues la cuestión de la capacidad para ser parte en una donación por las normas de producción interna lo cual, en el caso español, nos remite al artículo 9.1 del Código civil. Según este artículo, la capacidad se regirá, para donante y donatario, por sus respectivas leyes personales, esto es, por la *ley de la nacionalidad de cada uno de ellos* y, supletoriamente, por su residencia habitual. Esta ley o estas leyes (si tuvieran distinta nacionalidad) regularán quién y en qué medida puede donar sus bienes y quién y en qué medida recibirlos mediante donación (piénsese en menores de edad, emancipados, mayores de edad, incapaces...).

132. La teoría del interés nacional, recogida en el artículo 13 del Reglamento Roma I, sí sería aplicable en materia de capacidad, de manera que en los contratos celebrados entre dos personas que se encuentren en un mismo país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley de ese país solo podrán invocar su incapacidad resultante de la ley de otro país si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de negligencia por su parte.

133. En relación al Reglamento 2016/1103, este excluye de igual manera la capacidad jurídica en su artículo 1.2 a), por lo que será la ley nacional de los cónyuges la que regule la validez del matrimonio por la capacidad de los esposos y, también, la que determine si los acuerdos a los que pueden llegar los cónyuges, como puede ser una elección de ley, son válidos o no. Ahora bien, en el artículo 27 dispone que “*La ley aplicable al régimen económico matrimonial con arreglo al presente Reglamento regulará, entre otras cosas: (...) d) las facultades, derechos y obligaciones de cualquiera de los cónyu-*

ley del Estado miembro en el que ambos cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración de las capitulaciones establece requisitos formales adicionales para las capitulaciones matrimoniales, dichos requisitos serán de aplicación. Si los cónyuges tienen su residencia habitual en distintos Estados miembros en el momento de la celebración de las capitulaciones y las leyes de ambos Estados disponen requisitos formales diferentes para las capitulaciones matrimoniales, el acuerdo será formalmente válido si cumple los requisitos de una de las dos leyes. Si en la fecha de celebración de las capitulaciones, solo uno de los cónyuges tiene su residencia habitual en un Estado miembro y la ley de ese Estado establece requisitos formales adicionales para las capitulaciones matrimoniales, dichos requisitos serán de aplicación. 3. Si la ley aplicable al régimen económico matrimonial impone requisitos formales adicionales, dichos requisitos serán de aplicación.

¹⁶⁴ Vid., artículo 1.2. a) Reglamento 583/2008; artículo 1.2 b) del Reglamento 650/2012 (nótese no obstante que el Reglamento de sucesiones, en sus art. 23 y 26 sí regula la capacidad para testar y suceder). Dicha exclusión deriva, principalmente, de la diversidad de tratamiento de esta cuestión en los ordenamientos de los Estados implicados. Mientras en los países del *Common Law* es una cuestión contractual, en los países de la Europa continental la capacidad está regulada por una norma específica (vid., entre otras, art. 9.1 Cc en España, art. 3.3 del Código civil francés, art. 7 del BGB alemán). Vid., al respecto, N. GOÑI URRIZA, “Las liberalidades...”, op.cit., p. 1797.

ges o de ambos con respecto al patrimonio. Esto es, que será la ley resultante de aplicar el Reglamento 2016/1103 la que regule las posibilidades de disponer del patrimonio para donarlo entre cónyuges (por ejemplo, porque pueden existir prohibiciones o limitaciones en este sentido), más allá de la capacidad jurídica y de obrar general de ambos, que estará regulada por la ley personal.

3. Ley aplicable a los derechos reales que se transmiten o crean mediante el acto de donación entre los cónyuges

134. Esta cuestión es particularmente relevante puesto que, en la donación de un bien, habrá que diferenciar los aspectos obligacionales de los derechos reales que se derivan de la misma. Estos, excluidos del ámbito de aplicación de los Reglamentos Roma I (*ex art. 1.2*), 650/2012 y 2016/1103, se regirán por la *lex rei sitae* (art. 10.1 y 2 del Cc).

135. Esta ley regulará cuestiones como el modo de constitución o adquisición de los derechos reales, los derechos subjetivos de su titular, el contenido del derecho, los bienes sujetos al mismo, la posibilidad y condiciones de inalienabilidad del derecho real, su publicidad y acceso al Registro público, etc.¹⁶⁵. Si no se cumple lo dispuesto en esta ley, aun siendo el contrato válido de acuerdo a la que lo regule, no se generarán efectos “reales”, esto es, el bien continuaría perteneciendo al donante. Por ejemplo, esto podría ocurrir si se produce una donación entre cónyuges, aplicándose a la misma el Derecho francés pero encontrándose el bien en España, sin que se produzca la *traditio* de la cosa donada, requisito necesario en Derecho español¹⁶⁶. Aunque en la donación sea perfectamente válida y produzca efectos de acuerdo a Derecho francés, no se producirán efectos reales.

VIII. Artículo 10.7 Cc. Norma de conflicto interna específica para las donaciones

136. El art. 10.7 Cc queda relegado, tras la entrada en vigor del Reglamento Roma I, de aplicación *erga omnes*, a reglamentar solo la determinación de la ley aplicable a los conflictos interregionales. No hay mucha jurisprudencia al respecto. Nos constan las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2000, en la que el tribunal aplicó el artículo 10.7 aunque por falta de prueba del Derecho extranjero no pudo aplicar el Derecho danés que es el que señalaba la norma de conflicto¹⁶⁷, y la STS 10 de junio de 1995, en la que se aplicó dicho artículo y finalmente el Derecho alemán, por ser la ley nacional del donante. Este (la ley nacional del donante) es el punto de conexión para determinar la ley aplicable a la donación, por lo que se aplicará, en el marco de los conflictos interregionales, la ley de la vecindad civil del cónyuge donante.

137. Por su parte, hay que decir que el Reglamento 2016/1103 no obliga, aunque sí permite, a los Estados miembros plurilegislativos con sus propias normas en materia de regímenes económicos matrimoniales a aplicarlos a los conflictos de leyes que se planteen entre dichas unidades territoriales exclusivamente (artículo 35). En el caso de España, ante la existencia de una norma específica de conflicto de leyes en materia de donaciones, lo cual facilita mucho su interpretación y aplicación, cabe pensar que el legislador tenderá a aplicar esta, esto es, el artículo 10.7 Cc, a los conflictos de leyes interregionales, razonamiento que pensamos sería extrapolable respecto del Reglamento 650/2012.

¹⁶⁵ SAP Islas Baleares de 16 de julio de 2009 [ECLI: ES:APIB:2009:862]. Se recurrirá por tanto a la *lex rei sitae* para determinar la validez de una cláusula limitativa de las facultades del donatario, en tanto que propietario del bien o para garantizar la validez de una cláusula limitativa de la facultad de disposición del donatario incluida con la finalidad de garantizar la eficacia de una cláusula de reserva o de reversión de la donación (artículos 639 y 641 CC). Vid., N. GONÍ URRIZA, “La ley aplicable a la forma...”, *op.cit.*, p. 112.

¹⁶⁶ Sobre cómo se concretaría dicho requisito, en las condiciones que se conocen como “de segundo escalón”, vid., A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional...*, *op.cit.*, vol. II, p. 1216.

¹⁶⁷ Vid. *supra* nota 147.

IX. Efectos en España de las donaciones otorgadas en el extranjero

138. Ante una donación entre cónyuges con residencia habitual en España pero que se haya otorgado en el extranjero, o cuando el bien donado esté situado en España, puede ser relevante analizar los posibles efectos de la misma en nuestro país.

139. Si la donación se otorgó en escritura pública en el extranjero, el análisis de su validez según los requisitos formales debe someterse al régimen general de los actos públicos extranjeros. A falta de normas supraestatales¹⁶⁸, acudiremos a la Ley 29/2015, de cooperación jurídica internacional en materia civil¹⁶⁹, especialmente a su art. 60, que recoge la “teoría de equivalencia de formas”, creada por la jurisprudencia del TS y por la práctica registral de la Dirección General de los Registros y el Notariado. Según esta, para equiparar un documento público extranjero a un documento público español, es necesario que haya sido autorizado por fedatario extranjero – esto es, que sea titular de la función pública de dar fe y controlar la legalidad de los actos extrajudiciales- que ha realizado funciones equivalentes¹⁷⁰ a las que desarrolla el notario español. Además, debe venir acompañado, para que resulte auténtico, de legalización o trámite que lo sustituya, como la apostilla¹⁷¹, y de traducción, salvo que el Registrador, bajo su responsabilidad, exima de la misma por conocer el idioma en cuestión, *ex art. 37* de la Ley Hipotecaria.

140. En relación al fondo, la donación otorgada mediante documento público extranjero será eficaz si así lo es conforme a la ley que resulte aplicable según las normas españolas de DIPr vistas anteriormente, lo cual podrá resultar en la aplicación de Derecho extranjero o español, según el caso. En el caso de donaciones entre cónyuges, ya vimos que la aplicación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial o de la ley sucesoria pueden ser fundamentales a la hora de determinar si es eficaz una donación otorgada en el extranjero bien respecto de la posibilidad o capacidad de disposición del donante, bien respecto la reducción de la donación o la adaptación si se trata, por ejemplo, de derechos no reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico que deban inscribirse en el Registro de la Propiedad español¹⁷².

X. Especial referencia a donaciones complejas

141. Terminamos haciendo referencia a las donaciones complejas que pueden tener especial relevancia en el marco de las relaciones entre cónyuges, ya que con intención de eludir el pago de mayores impuestos, puede ser frecuente –más que fuera del ámbito familiar- el recurso de estas figuras jurídicas para transmitir la propiedad de los bienes, especialmente cuando el impuesto de sucesiones y donaciones es elevado.

142. Ejemplos de estas donaciones son la donación modal o con cargas -esto es, aquella en la que el donante impone algún tipo de carga-, la donación con reserva de usufructo o condición al donatario o la donación remuneratoria.

¹⁶⁸ El Reglamento 1215/2012 solo prevé disposiciones sobre la fuerza ejecutiva de los actos auténticos (vid., arts. 2 c y 58).

¹⁶⁹ Ley 29/2015, de cooperación jurídica internacional en materia civil, BOE nº182, de 31 de julio. También, vid., Disp. Adic. Tercera de la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria, 1 b), BOE nº158, de 3 julio de 2015.

¹⁷⁰ Esto es, que su intervención haya sido equivalente, en intensidad o grado de involucración en la comprobación de la legalidad, a la que tendría un notario español para un caso de donación entre cónyuges, según sea el caso (esto es, capitulaciones matrimoniales, contrato de donación independiente, pacto sucesorio, etc.)

¹⁷¹ Esta está prevista en el caso del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, relevante por tanto en materia de donaciones sucesorias entre cónyuges. Vid., A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dir.), *Compendio de Derecho internacional privado*, Rapid Centro Color, Murcia 2019, p. 227.

¹⁷² Más al respecto, en: N. GOÑI URRIZA, “Las liberalidades..”, op.cit., p. 1814 citando a H. MUIR WATT, *Revue Critique*, 2005.

143. Al respecto es importante tener en cuenta que las categorías que nos ofrece nuestro Derecho interno civil común, solo serán relevantes en defecto de instrumentos supraestatales institucionales aplicables¹⁷³ que, como ya hemos visto, especialmente en el epígrafe dedicado a la calificación, contienen conceptos autónomos. Sí serían determinantes al aplicar normas de producción interna¹⁷⁴ en materia de competencia judicial internacional o de determinación del ordenamiento aplicable, supuestos ambos que ya hemos estudiado con anterioridad.

144. Ahora bien, teniendo en cuenta el ámbito de aplicación del Reglamento Roma I y el escaso margen de aplicación de las normas de producción interna, esta calificación *ex lege fori*, de acuerdo a categorías contenidas en nuestro Derecho de producción interna tendrá relevancia: 1) Cuando se trate de conflictos interregionales, respecto de la aplicación del art. 10.7 Cc y 2) Cuando estemos en presencia de una donación vinculada al régimen económico matrimonial cuya ley aplicable se determine en base al art. 9.3 Cc, como vimos *supra*. 3) Respecto de los derechos reales o efectos reales del acto de donación, ya que aplicaremos el art. 10.1 Cc como vimos *supra*. 4) En sede de competencia judicial internacional, en el caso de que estemos en una donación entre cónyuges no vinculada a sucesión ni a régimen económico matrimonial y el demandado no se encontrara domiciliado en un país de la UE, y siempre que no fuera de aplicación una norma supraestatal – por ejemplo, por existir sumisión válida-recurriríamos al art. 22 *quinquies* a) – y esto no cambia por el hecho de que se trate de una donación compleja-; en ningún caso si se trata de donaciones vinculadas al régimen económico matrimonial por la aplicación del Reglamento 2016/1103 o de donaciones vinculadas a la sucesión, a las que se aplicará el Reglamento 650/2012¹⁷⁵.

145. Así, por ejemplo, para el caso de una donación remuneratoria, el TS afirma que “(...) El artículo 633 no hace ninguna excepción de lo que preceptúa para ninguna donación además de que la remuneratoria no tiene ningún régimen especial, es el móvil remuneratorio el que guía el *animus donandi* del donante nada más; móvil indiferente jurídicamente para el Derecho, que no causa, del negocio jurídico”¹⁷⁶. Esto es, el hecho de que sea remuneratoria no altera su carácter de donación ni por tanto las formalidades a ella asociadas frente a la libertad de forma que rige, de manera general, en el marco de la compraventa.

146. Por otra parte, en el caso, mayoritario, de que se apliquen normas de la UE de DIPr, atenderemos, por ejemplo, a las siguientes consideraciones:

¹⁷³ Vid., el análisis que nos ofrecen autores como N. GOÑI URRIZA de las donaciones complejas respecto de las normas de DIPr, atendiendo a criterios del TS interpretando disposiciones de nuestro código civil, Vid., “La ley aplicable...” (2019), op.cit., pp. 110-112 y “Las liberalidades...”, op.cit., pp. 1802-1806. La autora concluye, entre otras cosas, que si la naturaleza jurídica de la donación no cambia por la imposición de una carga -según sentencia del TS de 16 de enero de 2013, respecto de los artículos 619 y 622 Cc-, tampoco debe hacerlo su tratamiento desde el punto de vista del Derecho internacional privado por lo que se aplicará el Reglamento Roma I para determinar la ley aplicable a esta modalidad de donación –véase, la donación con cargas- (vid., *Ibidem*, “La ley aplicable...”, op.cit., pp.110). Entendemos que se estaría calificando la donación, en este caso, *ex lege fori*.

¹⁷⁴ O, entendemos, normas de carácter supraestatal convencional a falta de disposiciones específicas que definan y concreten los términos jurídicos en cuestión en los mismos convenios. Esto último tendrá poca relevancia, pensamos, en el supuesto que nos ocupa, en parte por el amplio ámbito de aplicación de los Reglamentos de la UE con vocación de ser aplicados al caso, muchos de ellos *erga omnes*, y en parte por la ausencia de convenios específicos en los que España forme parte que puedan aplicarse a esta cuestión (solo mencionamos, en el caso de una donación ligada a la institución sucesoria, el Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961 en materia de forma de las disposiciones testamentarias).

¹⁷⁵ Salvo en lo previsto en el artículo 22 *sexies* LOPJ respecto de medidas cautelares y provisionales que se solicitaran en España aunque sea otro Estado el que está conociendo o va a conocer de la sucesión en virtud de la regla específica que prevé el Reglamento 650/2012 en el art. 19 que remite a las normas internas de competencia judicial internacional en esta cuestión.

¹⁷⁶ Aunque no se trata de un caso de DIPr, sirva para ver que no se entiende desvirtuada la naturaleza de la donación y, por tanto, no se alteraría, de ser un caso de DIPr, la norma de conflicto, vid., la STS de 16 de enero de 2013, Sala de lo civil, nº 1152/2013, nº Recurso: 828/2012, [ECLI: ES:TS:2013:1152], respecto de la nulidad de la donación de bien inmueble disimulada bajo escritura pública de compraventa, cuando el *animus donandi* resulte acreditado en la sucesión testamentaria del donante, siendo la donación una donación remuneratoria.

- a) Si puede seguir considerándose un acto “consensual” o “contractual”, siguiendo el concepto autónomo del Derecho de la UE, su tratamiento desde el punto de vista de la determinación de la competencia judicial internacional y de la ley aplicable no variará.
- b) Si, por la naturaleza de la carga (por ejemplo, porque se mantenga en el tiempo una vez fallecido el cónyuge donante) debe considerarse donación ligada a la institución sucesoria o no, se determinará de acuerdo al ámbito de aplicación del Reglamento 650/2012 y a la jurisprudencia del TJUE al respecto. En este sentido, por ejemplo, como ya vimos, según el art. 23.2 del Reglamento, se someten a la ley rectora de la sucesión la obligación de reintegrar o computar donaciones “con el fin de determinar las cuotas sucesorias de los distintos beneficiarios” o para la colación en la herencia.
- c) Si el litigio versa sobre una donación en la que se transfiere un derecho real sobre un bien con limitaciones a las facultades del donatario, por ejemplo, debemos distinguir, como ya comentamos *supra*: la ley aplicable a los aspectos obligacionales que derivan del acto de donación será la que determine el Reglamento Roma I, mientras que los aspectos reales que puedan derivar de la donación (transmisión, modificación o constitución de un derecho real) se regularán por la norma que determine el art. 10.1 y 2 Cc (*lex rei sitae*), ante la exclusión del art. 1.2 del Reglamento Roma I.
- d) Si se trata de una donación con reserva de usufructo, por ejemplo, siendo la donación de la nuda propiedad al cónyuge y la del usufructo a un hijo, podría considerarse: por una parte, su posible vinculación con la institución sucesoria si su consideración es necesaria –por ejemplo- a efectos de determinar la masa hereditaria, en cuyo caso aplicaríamos el R 650/2012¹⁷⁷. Por otra parte, habría que valorar si se trata de aspectos obligacionales, a lo que seguiríamos aplicando Roma I, o aspectos reales derivados de la donación, en cuyo caso aplicaríamos el art. 10.1 Cc. En el caso de aplicar Roma I, lógicamente la ley que designe el Reglamento regulará, entre otras posibles cuestiones, si están permitidas las cláusulas que fijan las facultades y limitaciones de usufructuario y propietario respectivamente o la posible irrevocabilidad de la donación hecha de esta forma¹⁷⁸.

XI. Conclusiones y reflexión final

147. Como hemos visto, el tratamiento de las donaciones entre cónyuges en DIPr dibuja un auténtico mosaico normativo cuyo principal problema parece ser la calificación de la donación y la delimitación de los aspectos que en ella confluyen y que pueden ser considerados “obligacionales” o “reales”, entre otros, implicando esto el recurso a normas diversas de DIPr. La confluencia del Derecho de familia por darse la donación “entre cónyuges” dificulta aún más la cuestión. Todo ello contribuye al fraccionamiento de la ley rectora de la donación para cada cuestión, y a la fragmentación de su regulación, en cada aspecto, por distintos instrumentos normativos, como hemos visto, y exige a los operadores jurídicos considerar diversas leyes nacionales, con las dificultades que esto conlleva en el proceso. Sin duda, una elección de ley común o compatible, al menos, para las diversas cuestiones relacionadas que hemos estudiado –sucesión, donación en sí misma y régimen económico matrimonial–, y de tribunales competentes, facilita la resolución de las cuestiones clásicas de DIPr y la solución jurídica al caso en cuestión.

148. El principal reto parece ser el desarrollo de los conceptos autónomos contenidos en las normas europeas, especialmente, del Reglamento 2016/1103 para favorecer la compatibilidad y complementariedad entre los instrumentos normativos de la UE y así evitar lagunas indeseables e injustificables en el espacio europeo de Justicia. También ayudaría en la consecución de estos objetivos la profundización, jurisprudencial y doctrinal, en la exclusión sobre las obligaciones “que derivan” de relaciones familiares

¹⁷⁷ En sentido contrario, en base a una calificación *lege fori*, vid., N. GOÑI URRIZA, “La ley aplicable...”, 2019, op. cit., p. 112.

¹⁷⁸ Siempre con consideración a las leyes de policía que pudieran ser de aplicación en el caso *ex art. 9* Reglamento Roma I, como nos recuerda la autora cit. *supra* en la p. 112.

del Reglamento Roma I, su calificación e intersección con la exclusión relativa a los regímenes económicos matrimoniales y su implicación normativa desde el punto de vista del Derecho internacional privado.

149. No queremos terminar el trabajo sin mencionar que el mismo podría presentar una estructura totalmente diferente en atención a la diversidad de interpretaciones de la exclusión que el Reglamento Roma I contiene respecto de las donaciones “derivadas de las relaciones familiares”, y que nos parece relevante explicar aquí. Básicamente encontramos dos opciones:

150. a) Interpretar que la intención del legislador con la exclusión de las donaciones “derivadas de relaciones familiares” fue la de dejar fuera del régimen contractual todas aquellas donaciones que, según la *lex causae*, estuvieran específicamente reguladas por el Derecho de familia, para respetar los ordenamientos de esos Estados. Entonces la estructura que hemos planteado encaja y además, refuerza la coherencia “entre” y “de” los instrumentos de la UE, por respetar las interpretaciones “autónomas” de los mismos y por tanto los principios de igualdad y de unidad en la interpretación y aplicación de las normas europeas, y esto sin vulnerar la calificación *ex lege causae* que propone el legislador en la exclusión 1.2.b) del Reglamento Roma I.

151. b) Interpretar que la intención del legislador con la exclusión de las donaciones “derivadas de relaciones familiares” fue la de regular todas aquellas donaciones “libres” del Derecho de familia o “no reguladas” por el mismo según la *lex causae*. Esto, que parece lo mismo, no lo es, porque en el primer caso se permitiría que otros instrumentos regularan donaciones eventualmente no reguladas por el Derecho de familia aplicable al fondo, por ser la donación, por ejemplo, calificable dentro del concepto autónomo de “régimen económico matrimonial” o encontrarse vinculada a la sucesión según el concepto del Reglamento 650, mientras que en este segundo supuesto, si es una donación “libre” del Derecho de familia en la *lex causae*, su régimen debería ser el contractual de Roma I y de Bruselas I bis-.

152. Pongamos un ejemplo: tenemos una donación por razón de matrimonio que se entiende que pertenece al concepto de “régimen económico matrimonial” pero la *lex causae* aplicable no las regula de manera específica y por tanto no está regulada por el Derecho de familia en cuestión. En este supuesto, dadas las dos interpretaciones, tenemos: a) en la primera, da igual, al considerarse parte del concepto autónomo de “régimen económico matrimonial” se aplicaría el Reglamento 2016/1103 tanto a la determinación de la CJI como a la ley aplicable, sin importar el “contenido” de la *lex causae*; b) en la segunda interpretación, en cambio, en primer lugar habría que ver si la *lex causae* las regula o no; como no las regula, entonces debe recibir un tratamiento contractual, porque así lo quiso el legislador con la exclusión del Reglamento Roma I (según interpretemos éste y el Informe GIULIANO/LAGARDE), por lo que debemos aplicar Roma I para la determinación de la ley aplicable. Incluso puede defenderse que tal comprobación sobre el contenido de la *lex causae* habría que hacerla en sede de determinación de competencia, para que la misma se determine en base al Reglamento 1215/2012 y no al 2016/1103, como ocurriría al considerarse la donación por razón de matrimonio parte del “régimen económico matrimonial”, pudiendo ocurrir entonces que la competencia judicial internacional se determine en base al Reglamento 2016/1103 y luego la ley aplicable en base a Roma I.

153. En este segundo caso, la estructura propuesta en este trabajo carecería de sentido, ya que la calificación de “donación con efectos sucesorios” o “donación vinculada al régimen económico matrimonial” o “donación puramente patrimonial” no serviría a efectos de determinar el instrumento de la UE aplicable, sino que habría que consultar en primer lugar la *lex causae* según Roma I, en una especie de “presunción *iuris tantum*” de que la donación encaja dentro de su ámbito de aplicación, para acudir en primer lugar a dicho instrumento. Si la donación está “regulada” por el Derecho de familia de la *lex causae*, en los términos vistos, entonces queda excluida del régimen contractual y la regularía el 2016/1103. Si no lo está, entonces usamos el 1215/2012 y Roma I. Por ello, si siguiéramos esta interpretación, habría sido más lógico organizar el trabajo partiendo de dicha determinación para, en función de ella, establecer la competencia judicial internacional y, especialmente, la ley aplicable.

154. Quizás el legislador del Convenio de Roma no contempló al redactar la exclusión que nos ocupa la posible existencia de instrumentos de aplicación *erga omnes*, con conceptos autónomos y vocación omnicomprensiva, como son los Reglamentos 650/2012 y 2016/1103 que ya están en pleno funcionamiento, y la posible coordinación de dicho instrumento y de dicha exclusión con los mismos.

155. En cualquier caso, esperamos que el TJUE y una doctrina más cualificada que la autora de este artículo, contribuyan a aclarar la cuestión con el desarrollo, especialmente, del concepto de “régimen económico matrimonial” y de la interacción entre los diversos instrumentos aplicables al caso. Sin duda es una tarea necesaria para facilitar la tarea a los operadores jurídicos y la coherencia –e igualdad– en la interpretación y aplicación de las normas de la UE en DIPr en una materia que, por su especial vinculación al Derecho de familia, no resulta de fácil consenso ni armonización, por lo que puede que consensuar una norma de conflicto específica, como ocurría en Derecho interno español con el artículo 10.7 Cc, sea prácticamente inimaginable. En esta labor de clarificación será importante no perder de vista que la elección de la solución más sencilla rechazando y obviando la complejidad de la cuestión puede llevar a situaciones dispares y de difícil solución pero que, a su vez, la excesiva complejidad en la comprensión y aplicación de las normas, como ocurre en este caso, no garantiza, a juicio de la autora, una buena aplicación de las mismas y, por tanto, tampoco contribuye a generar la seguridad jurídica y la igualdad que el Espacio europeo de justicia defiende y necesita.

PLAZOS DE LAS MEDIDAS CORRECTORAS EN CASO
DE VICIOS OCULTOS SEGÚN LA DIRECTIVA (UE) 2019/770
SOBRE CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS
Y SERVICIOS DIGITALES Y LA DIRECTIVA (UE) 2019/771
SOBRE EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE BIENES*

TIME LIMITS OF REMEDIES FOR HIDDEN DEFECTS UNDER
UNDER DIRECTIVE (EU) 2019/770 ON CONTRACTS FOR
THE SUPPLY OF DIGITAL CONTENT AND DIGITAL SERVICES
AND DIRECTIVE (EU) 2019/771 ON CONTRACTS FOR
THE SALE OF GOODS

PROF^a. DR^a. BEATE GSELL

*Catedrática de Derecho Privado, Derecho Procesal Civil y Derecho Privado
y Procesal Europeo
Ludwig-Maximilians-Universität Munich*

RODRIGO ARALDI, LL. M. (MUNICH)

*Doctorando y asistente de investigación en la Cátedra de Derecho Privado, Derecho
Procesal Civil y Derecho Privado y Procesal Europeo
Ludwig-Maximilians-Universität Munich*

Recibido: 16.06.2020 / Aceptado: 01.07.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5617>

Resumen: En el presente estudio se aborda la cuestión de los plazos para el ejercicio efectivo de remedios por falta de conformidad en los contratos de compraventa y suministro de contenidos y servicios digitales con arreglo a las Directivas 2019/770 y 2019/771. En particular, se examinan los plazos aplicables en caso de vicios ocultos, que sólo se manifiestan después de la entrega de los bienes o del suministro del contenido digital. Además, se ocupa de la situación más compleja de los vicios ocultos en los contratos que prevén el suministro continuo del contenido digital. La finalidad es evaluar tanto la adecuación de la solución legislativa adoptada en cada Directiva como la coherencia entre ambas en cuanto al régimen jurídico aplicable a esos plazos.

Palabras clave: Derechos del consumidor, vicios ocultos, contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, compraventa de bienes de consumo, plazo para ejercicio de las medidas correctoras.

*Este artículo es una versión ampliada en español del artículo de B. GSELL, “Time limits of remedies under Directives (EU) 2019/770 and (EU) 2019/771 with particular regard to hidden defects”, en E. ARROYO AMAYUELAS – S. CÁMARA LAPUENTE (Coords.), *El Derecho Privado en el nuevo paradigma digital*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2020, que es un resultado del proyecto de investigación DER2017-84748-R, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España y coordinado por el Prof. S. CÁMARA LAPUENTE.

Abstract: This paper addresses the issue of time limits for the effective exercise of remedies for lack of conformity in consumer sales contracts and contracts for the supply of digital content and digital services under the new Directives 2019/770 and 2019/771. In particular, it examines the time limits applicable in case of hidden defects, which only become apparent after the delivery of the goods or the supply of the digital content. It also addresses the more complex situation where such hidden defects exist in the context of contracts providing for a continuous supply over a period of time. The purpose of this article is to assess both the appropriateness of the legislative approach adopted in each directive and the coherence between the two directives as to the legal framework applicable to such time limits.

Keywords: consumer law, hidden defects, contracts for the supply of digital content and digital services, consumer sales contracts, time limits for the exercise of remedies.

Sumario: I. Introducción - II. Breves consideraciones sobre la delimitación del ámbito de aplicación objetivo de las directivas - III. Alcance de la plena armonización con respecto a los defectos ocultos. 1. Adopción del principio de armonización plena por ambas directivas. 2. Posibilidad de adopción de medidas correctoras nacionales adicionales con plazos nacionales específicos según la Dir (UE) 2019/771. 3. ¿Posibilidad de medidas correctoras nacionales adicionales con plazos nacionales específicos también según la Directiva (UE) 2019/770? - IV. Plazos de responsabilidad. 1. Directiva de Compraventa de Bienes (UE) 2019/771 A) Bienes B) Bienes con elementos digitales incorporados a) Plazo de responsabilidad distinto con respecto al suministro continuo de contenidos o servicios digitales b) Ausencia de un plazo para que el defecto oculto que se haya “producido” a tiempo se vuelva aparente. 2. Directiva de Contenidos y Servicios Digitales (UE) 2019/770 A) Un solo acto de suministro o una serie de actos individuales de suministro B) Suministro continuo a lo largo de un periodo de tiempo. 3. Resumen - V. Plazos de prescripción. 1. Bienes y bienes con elementos digitales incorporados en la Directiva de Compraventa A) Combinación del periodo de responsabilidad y del plazo de prescripción B) Plazo de prescripción sin adopción de un periodo de responsabilidad C) Bienes con elementos digitales que deban suministrarse de forma continua 2. Directiva de Contenidos Digitales A) Contenidos o servicios digitales que deban suministrarse en un solo acto o en una serie de actos individuales B) Contenidos o servicios digitales que deben suministrarse de forma continua 3. Resumen - VI. Obligación de informar - VII. Carga de la prueba - VIII. Conclusión

I. Introducción

1. El 22 de mayo de 2019 se publicaron en el Diario Oficial de la Unión Europea dos nuevas Directivas relativas al régimen de garantía de los consumidores en los contratos de compraventa de bienes, incluidos los bienes con elementos digitales incorporados – Directiva (UE) 2019/771¹ (en adelante, Directiva de Compraventa de Bienes) – y en contratos de suministro de contenidos y servicios digitales – Directiva (UE) 2019/770² (en adelante, Directiva de Contenidos Digitales)–.³ Las recientes normas

¹ Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (UE) n.º 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE, DO L 136 de 22.5.2019, pp. 28-50.

² Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, DO L 136 de 22.5.2019, pp.1-27.

³ Para una evaluación general de ambas Directivas, véase K. SEIN y G. SPINDLER, “The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader’s Obligation to Supply – Part 1”, *European Review of Contract Law*, n.º 3, 2019, pp. 257-279; K. SEIN y G. SPINDLER, “The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Conformity Criteria, Remedies and Modifications – Part 2”, *European Review of Contract Law*, n.º 4, 2019, pp. 365-391; J. STABENTHEINER, C. WENDEHORST y B. ZÖCHLING-JUD (Coord.), *Das neue europäische Gewährleistungsrecht – Zu den Richtlinien (EU) 2019/771 über den Warenkauf sowie (EU) 2019/770 über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen*, Wien, Manz Verlag, 2019; D. STAUDENMAYER, “Auf dem Weg zum digitalen Privatrecht – Verträge über digitale Inhalte”, *Neue Juristische Wochenschrift*, n.º 35, 2019, pp. 2497-2501; B. ZÖCHLING-JUD, “Das neue Europäische Gewährleistungsrecht für den Warenhandel”, *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*, n.º 3, 2019, pp. 115-133; I. BACH, “Neue Richtlinien zum Verbrauchsgüterkauf und zu Verbraucherverträgen über digitale Inhalte”, *Neue Juristische Wochenschrift*, n.º 24, 2019, pp. 1705-1711; J. MORAIS CARVALHO, “Sales of Goods and Supply of Digital Content and Digital

comunitarias surgen en el contexto de la “Estrategia para un Mercado Único Digital” y de los esfuerzos de armonización de un “Derecho contractual europeo”.⁴ La nueva Directiva de Compraventa cambia el tratamiento de la materia hasta ahora regulada por la Directiva 1999/44/CE, la cual queda derogada a partir del 1 de enero de 2022.⁵ Ambas directivas deben transponerse a la legislación nacional antes del 1 de julio de 2021 y ser aplicadas por los Estados miembros a partir del 1 de enero de 2022.⁶

2. Este artículo trata específicamente de los plazos para el efectivo ejercicio de las medidas correctoras por falta de conformidad según las dos nuevas Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771; en particular, aborda tales plazos en caso de los vicios ocultos o redhibitorios, que solamente se detectan algún tiempo después de la entrega del respectivo bien o del suministro del contenido o servicio digital. El tema es relevante por lo menos por dos razones: primeramente, porque la efectividad de la medida correctora aplicable en caso de vicio oculto depende precisamente de que el consumidor disponga de tiempo suficiente para hacer valer sus derechos. Si, por ejemplo, es usual en un determinado ordenamiento jurídico que ya hayan transcurrido los plazos de responsabilidad del vendedor o que ya haya prescrito el derecho del consumidor cuando los vicios ocultos se hacen aparentes, las medidas correctoras tienen poca o ninguna utilidad práctica. Es evidente, por consiguiente, que la evaluación de la solución legislativa presentada en las dos nuevas directivas, más específicamente, de la plena armonización de los regímenes de garantía buscada por estas directivas⁷, depende en gran medida de la armonización de los plazos para el efectivo ejercicio de las medidas correctoras.

3. En segundo lugar, un análisis de los plazos en caso de vicios ocultos reviste especial importancia en virtud de las características especiales de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales – o de la venta de bienes con elementos digitales incorporados –, ya que estos no suelen tener la estructura de una compraventa típica, en la que se cambian los bienes por un precio una sola vez. Más bien, la ejecución de esos contratos es a largo plazo, y a menudo se refieren a una obligación de suministro continuo de los contenidos o servicios digitales. Precisamente porque esos contratos suelen ejecutarse a largo de un período de tiempo, los requisitos para la conformidad no pueden relacionarse con un único marco temporal, sino que han de cumplirse durante un cierto período de tiempo que debe, a su vez, ser determinado por la ley.⁸ Dado que las dos directivas prevén estos contratos de “ejecución continua”, en los cuales el vendedor de bienes con elementos digitales incorporados o el empresario de contenidos digitales se obligan al suministro continuo de los contenidos o servicios, se justifica el examen detallado de los plazos para el ejercicio de medidas correctoras en caso de vicios ocultos.

Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771”, *Journal of European Consumer and Market Law*, n° 8, 2019, pp. 194-201. Acerca de las propuestas anteriores de la Comisión Europea, véase C. WENDEHORST y B. ZÖCHLING-JUD (Coord.), *Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt? – Zu den Richtlinienentwürfen der Europäischen Kommission vom Dezember 2015*, Wien, Manz Verlag, 2016; M. ARTZ y B. GSELL (Coord.), *Verbrauchervertragsrecht und digitaler Binnenmarkt*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018; S. GRUNDMANN (Coord.), *European Contract Law in the Digital Age*, Cambridge/Antwerp/Portland, Intersentia, 2018; B. FAUVARQUE-COSSON, *The new proposal for harmonised rules for certain aspects concerning contracts for the supply of digital content (termination, modification of the digital content and right to terminate long term contracts)*, 2016; B. GSELL, “Europäischer Richtlinien-Entwurf für vollharmonisierte Mangelrechte beim Verbraucherkauf – Da capo bis zum Happy End?”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, n° 3, 2018, pp. 501–506; F. ZOLL, “The Remedies in the Proposals of the Online Sales Directive and the Directive on the Supply of Digital Content”, *Journal of European Consumer and Market Law*, n° 6, 2016, 6 EuCML pp. 250–254; y C. DEGENEF, “Defectos materiales y jurídicos en la propuesta de directiva de 2015 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes”, *Revista de Derecho Privado*, n° 5, 2017, pp. 29-68.

⁴ M. GRÜNBERGER, “Verträge über digitale Güter”, *Archiv für die civilistische Praxis*, n° 218, 2018, pp. 218-222; además B. GSELL, “Rechtsbehelfe bei Vertragswidrigkeit in den Richtlinienentwürfen zum Fernabsatz von Waren und zur Bereitstellung digitaler Inhalte”, en M. ARTZ y B. GSELL (Coords.), *Verbrauchervertragsrecht und digitaler Binnenmarkt* Tübingen, Mohr Siebeck, 2018, pp. 143-144.

⁵ Art. 23 párr. 1° Dir (UE) 2019/771.

⁶ Art. 24 apdo. 1 Dir (UE) 2019/770 y art. 24 apdo. 1 Dir (UE) 2019/771.

⁷ Véase especialmente III *infra*.

⁸ Véase con respecto a los límites temporales art. 11 apdos. 2 y 3, y además art. 8 apdos. 2 y 4, art. 12 apdos. 2, 3 y 5, art. 14 apdo. 5 párr. 2°, art. 16 apdo. 1 párr. 2°, y art. 19 apdo. 1 de la Dir (UE) 2019/770; también art. 10 apdo. 2, además art. 7 apdo. 3 y art. 11 apdo. 3 de la Dir (UE) 2019/771.

4. A continuación, se compararán los diferentes plazos de las medidas correctoras en las dos directivas y, en particular, se discutirán las diferencias entre ellas. El objetivo es evaluar tanto la calidad de las respectivas soluciones legislativas como también la coherencia del concepto general. Sin embargo, en este artículo no se abordará la cuestión específica de la obligación del empresario o del vendedor de proporcionar actualizaciones al consumidor, la cual se encuentra, por cierto, prevista en las dos nuevas directivas.⁹

II. Breves consideraciones sobre la delimitación del ámbito de aplicación objetivo de las directivas

5. Como se verá más adelante¹⁰, hay diferencias entre los regímenes de garantía previstos en ambas directivas, por lo que se debe hacer algunas breves consideraciones de los límites de sus respectivos ámbitos de aplicación.

6. Las dos directivas deben complementarse mutuamente.¹¹ La Directiva (UE) 2019/771 abarca, según su art. 3.1 en conjunto con el art. 2.1 a 2.3 y 2.5, los contratos de compraventa de bienes B2C. En principio quedan excluidos de su campo de aplicación los contratos con consumidores para el suministro de contenidos o servicios digitales. Estos están sometidos al régimen de la Directiva (UE) 2019/770.¹² Sin embargo, la Directiva de Compraventa de Bienes establece en el art. 3.3 2ª frase que sus disposiciones también deberán englobar los contenidos o servicios digitales que estén incorporados a los bienes y sean suministrados con ellos con arreglo al contrato de compraventa, con independencia si el suministro se realiza por el propio vendedor o por un tercero.¹³ Por lo tanto, hay dos requisitos que deben satisfacerse: en primer lugar, debe tratarse de un elemento digital incorporado al bien, tal como se define en el art. 2.5b, es decir, del elemento digital sin el cual el bien no puede realizar sus funciones.¹⁴ Además, la obligación de suministro del elemento digital debe derivar del contrato de compraventa. Este requisito puede ser un poco más problemático, dado que, conforme al Considerando nº 15 Dir (UE) 2019/771, el legislador europeo pretendió abarcar tanto la disposición expresa de suministro del contenido digital en el contrato de compraventa como también la hipótesis de los “contratos de compraventa que puedan interpretarse de modo que comprendan el suministro de contenidos o servicios digitales específicos porque estos normalmente están incluidos en bienes del mismo tipo y el consumidor puede esperar razonablemente que lo estén dada la naturaleza de los bienes y teniendo en cuenta toda declaración pública realizada por el vendedor (...)”. La dificultad de interpretación residirá, por tanto, en diferenciar, en el caso de que no exista una disposición expresa en el contrato, cuándo se trata de un solo contrato – es decir, la compraventa engloba también el suministro de los elementos digitales, aunque sea realizado por un tercero – y cuándo se trata de dos contratos, uno de compraventa, que está sujeto a la Dir 2019/771,

⁹ Véase Art. 7 apdos. 3 y 4 Dir (UE) 2019/771; y art. 8 apdos. 2 y 3 Dir (UE) 2019/770. Para el examen del tema, véase C. WENDEHORST, “Aktualisierungen und andere digitale Dauerleistungen”, en J. STABENTHEINER, C. WENDEHORST y B. ZÖCHLING-JUD (Coord.), *Das neue europäische Gewährleistungsrecht – Zu den Richtlinien (EU) 2019/771 über den Warenkauf sowie (EU) 2019/770 über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen*, Wien, Manz Verlag, 2019, pp. 111-139; y T. RIEHM y M.A. ABOLD, “Mängelgewährleistungspflichten des Anbieters digitaler Inhalte”, *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, nº 2, 2018, pp. 86-87.

¹⁰ Véase III 2 y 3; IV, V, VI y VII *infra*. Para otros puntos de divergencia, véase, por ej., A. METZGER, “Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen: Neuer BGB-Vertragstypus oder punktuelle Reform”, *Juristen Zeitung*, nº 12, 2019, pp. 578-579.

¹¹ Art. 3 apdo. 3 Dir (UE) 2019/771, art. 3 apdo. 4 Dir (UE) 2019/770; además, véase el Considerando nº 13 Dir (UE) 2019/771 y el Considerando nº 20 Dir (UE) 2019/770.

¹² Art. 3 apdo. 3 1ª frase Dir (UE) 2019/771 y art. 3 apdos. 1 y 4 1ª frase Dir (UE) 2019/770.

¹³ Para los debates del Consejo sobre si los elementos digitales incorporados deberían someterse al régimen de la Directiva de Contenidos Digitales, véase: D. STAUDENMAYER, en comentario al art. 3 Dir (UE) 2019/770, en R. SCHULZE y D. STAUDENMAYER (Coord.), *EU Digital Law Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden, Nomos, 2020, nm. 75; además C. KERN, “Anwendungsbereich der Warenkauf- und der Digitale Inhalte-RL”, en J. STABENTHEINER, C. WENDEHORST y B. ZÖCHLING-JUD (Coord.), *Das neue europäische Gewährleistungsrecht – Zu den Richtlinien (EU) 2019/771 über den Warenkauf sowie (EU) 2019/770 über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen*, Wien, Manz Verlag, 2019, pp. 43-44.

¹⁴ Véase también J. MORAIS CARVALHO, “Contratos de Compraventa de Bienes (Directiva 2019/771) y Suministro de Contenidos o Servicios Digitales (Directiva 2019/770) – Ámbito de aplicación y grado de armonización”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 1, 2020, pp. 936-937; y M. GRÜNBERGER, “Verträge...”, *op cit.*, pp. 285ss. sobre los “productos híbridos”.

y otro de suministro, que será regulado por la Dir 2019/770.¹⁵ La solución debe tener en cuenta las particularidades del caso concreto, a través de la interpretación del contenido del contrato celebrado entre las partes y objetivamente la naturaleza de los bienes vendidos.¹⁶ Aun así, el problema no se resolverá fácilmente. Al respecto, persiste cierta inseguridad jurídica, porque las partes contratantes que desconocen la aplicación de dos regímenes distintos de las directivas ni siquiera forman conscientemente la voluntad de concluir uno o dos contratos.

7. Sin embargo, la Directiva de Contenidos Digitales se aplica al soporte material que sirva exclusivamente como “portador de contenidos digitales”¹⁷. En este caso, el objeto principal del contrato es el suministro del contenido o servicio digital y el soporte material no es más que un instrumento para la transferencia de tales contenidos. Dicho con otras palabras: para la delimitación del régimen aplicable “no es el soporte de datos lo que hace que el software sea una cosa, sino el software el que hace que el soporte de datos sea un contenido digital.”¹⁸ Puede pensarse, por poner un ejemplo, en un CD para la instalación de cierto software.

III. Alcance de la plena armonización con respecto a los defectos ocultos

1. Adopción del principio de armonización plena por ambas directivas

8. Como se ha señalado, el alcance de la armonización de los plazos de las medidas correctoras en caso de falta de conformidad desempeña un papel importante en la evaluación global del efecto armonizador de ambas Directivas en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Por lo tanto, es necesario hacer de antemano algunas observaciones generales sobre la intensidad de la efectiva armonización de ambas Directivas en lo que respecta a las medidas correctoras del consumidor, en particular, en caso de vicios ocultos.

9. A diferencia de la anterior Directiva de Compraventa¹⁹, que adoptó el principio de armonización mínima, las dos nuevas directivas²⁰ se comprometieron con el principio de armonización plena. El objetivo es “facilitar a las empresas, especialmente a las pymes, ofrecer sus productos en otros Estados miembros²¹” y simultáneamente “garantizar un alto nivel de protección de los consumidores”.²²

2. Posibilidad de adopción de medidas correctoras nacionales adicionales con plazos nacionales específicos según la Dir (UE) 2019/771

10. El ámbito de aplicación de la Directiva de Compraventa de Bienes está expresamente limitado de tal manera, que no “afectará a las normas nacionales que no sean específicas de los contratos con los consumidores, que establezcan acciones concretas para determinados tipos de vicios que no fueran

¹⁵ K. TONNER, “Die EU-Warenkauf-Richtlinie: auf dem Wege zur Regelung langlebiger Waren mit digitalen Elementen”, *Verbraucher und Recht*, n° 10, 2019, pp. 363 y 368-369 critica el propio ejemplo dado por el legislador europeo. Véase además B. ZÖCHLING-JUD, “Das neue Europäische...”, *op cit.*, pp. 118-119.

¹⁶ J. MORAIS CARVALHO, “Contratos...”, *op cit.*, p. 937; y también con interesantes notas sobre el proceso legislativo: D. STAUDENMAYER, en comentario al art. 3 Dir (UE) 2019/770, en R. SCHULZE y D. STAUDENMAYER (Coord.), *EU Digital*, *op cit.*, nm. 83ss.

¹⁷ Art. 3 apdo. 3 Dir (UE) 2019/770.

¹⁸ I. BACH, “Neue Richtlinien...”, *op cit.*, p. 1706: “Nicht der Datenträger macht die Software zur Sache, sondern die Software den Datenträger zum digitalen Inhalt”.

¹⁹ Art. 8 apdo. 2 Dir 1999/44/CE.

²⁰ Art. 4 Dir (UE) 2019/770 y art. 4 Dir (UE) 2019/771.

²¹ Véase, en particular, el Considerando n° 10 Dir (UE) 2019/771.

²² Véase, en particular, el Considerando n° 5 Dir (UE) 2019/771.

manifiestos en el momento en que se celebró el contrato de compraventa”.²³ En otras palabras: en virtud de la nueva Directiva de Compraventa de Bienes, los Estados miembros siguen teniendo libertad para establecer su propio régimen nacional de remedios para los vicios ocultos (« vices cachés ») siempre que este no se limite a los contratos con consumidores.²⁴ Esta cláusula de apertura contrasta evidentemente con el objetivo de la nueva Directiva de Compraventa de alcanzar la plena armonización, sobre todo si se tiene en cuenta que la responsabilidad del vendedor por una falta de conformidad se refiere en la gran mayoría de los casos a los defectos ocultos.²⁵

11. Los posibles requisitos y efectos de esos remedios nacionales específicos para los defectos ocultos no se determinan ni restringen en mayor medida en la Directiva de Compraventa de Bienes. Por lo tanto, hay que suponer que los Estados miembros también son libres de regular los plazos de esas medidas correctoras nacionales específicas para los vicios ocultos de la manera que deseen, como excepción a los plazos impuestos por la directiva.

12. Sin embargo, habida cuenta del *effet utile* que se pretende lograr con el régimen de medidas correctoras de la directiva, no debe interpretarse que la autorización de los Estados miembros para establecer remedios nacionales específicos en caso de los defectos ocultos sustituya a los remedios previstos en la propia directiva, sino que los Estados miembros sólo pueden conceder al consumidor remedios nacionales *adicionales* que complementen los ya estipulados en la directiva. Porque si, por el contrario, se imagina que los Estados miembros puedan restringir los remedios del consumidor previstos por la propia directiva, mediante la estipulación de otros remedios nacionales específicos en caso de los vicios ocultos con requisitos más estrictos o efectos jurídicos menos favorables al consumidor, entonces la nueva Directiva de Compraventa, aunque en general adopte el principio de armonización plena, no alcanzaría, en relación con los defectos ocultos, ni siquiera el estándar de armonización mínima de la antigua Directiva 1999/44/CE. La antigua Directiva de Compraventa al Consumidor no autorizaba a los Estados miembros a derogar su nivel mínimo de protección del consumidor en caso de defectos ocultos mediante remedios nacionales específicos. No puede suponerse que ese retroceso haya sido ahora querido por el legislador europeo. Así pues, al examinar los plazos de los remedios por falta de conformidad en lo que sigue, es importante aclarar que sólo se contemplan aquellos previstos en la propia Directiva de Compraventa de Bienes, y no cualquier otro remedio nacional específico para los vicios ocultos, cuyos plazos se rigen por la legislación nacional.

3. ¿Posibilidad de medidas correctoras nacionales adicionales con plazos nacionales específicos también según la Directiva (UE) 2019/770?

13. A diferencia de la Directiva de Compraventa de Bienes²⁶, las disposiciones de la Directiva de Contenidos Digitales no contienen una cláusula de apertura nacional que permita remedios naciona-

²³ Véase art. 3 apdo. 7 Dir (UE) 2019/771 y también Considerando nº 18. Cabe señalar que el Considerando nº 18 de la versión española de la Dir (UE) 2019/771 fue redactado de modo sustancialmente diverso de la cláusula de apertura introducida en el art. 3.7. Mientras que el art. 3.7, 2ª frase, establece que la Directiva no afecta las normas nacionales “que no sean específicas de los contratos con los consumidores, que establezcan acciones concretas” para vicios ocultos, el Considerando nº 18, a su vez, establecía que la Directiva no debería afectar normas nacionales “que no se refieran específicamente a los contratos con consumidores ni establezcan acciones” para vicios ocultos. Así pues, *a contrario*, según la redacción original del Considerando nº 18, la Directiva afectaría a las normas nacionales que contuviesen remedios nacionales específicos en caso de vicios ocultos. El error se corrigió en noviembre de 2019, conforme al DO L 305 de 26.11.2019, pp. 65-67. Se ha enmendado el Considerando nº 18 para disponer que la Directiva no debe afectar a las normas nacionales “que no se refieran específicamente a los contratos con consumidores y establezcan acciones concretas” para vicios ocultos.

²⁴ Además, según esta disposición, los Estados miembros siguen pudiendo establecer excepciones a la jerarquía de remedios de la Directiva de Compraventa de Bienes en lo que respecta a la falta de conformidad, que se manifiesta en un plazo de 30 días a partir de la entrega; en el mismo sentido, véase el Considerando nº 19.

²⁵ Para una valoración crítica, véase B. GSELL, “Europäischer Richtlinien-Entwurf...”, *op cit*, pp. 501-506.

²⁶ Véase nota al pie nº 23 *supra*.

les específicos en caso de vicios ocultos. Sin embargo, el Considerando nº 12 señala que “las normas nacionales que no se refieran específicamente a los contratos con consumidores y²⁷ establezcan acciones concretas a causa de determinados tipos de vicios que no fueran manifiestos en el momento en que se celebró el contrato, a saber, disposiciones nacionales que puedan establecer normas específicas relativas a la responsabilidad del empresario por vicios ocultos”, no deben ser afectadas por la Directiva de Contenidos Digitales.²⁸ Esta afirmación legislativa es sorprendente. A falta de una cláusula de apertura comparable a la contenida en el art. 3.7 de la nueva Directiva de Compraventa de Bienes, se podría decir que, según la Directiva de Contenidos Digitales, las medidas correctoras nacionales específicas para los defectos ocultos son incompatibles con el art. 4, en la medida en que se desvían del régimen de medidas correctoras establecido en la Directiva. Además, la cláusula de apertura del art. 3.10 de la Directiva de Contenidos Digitales no puede considerarse como una base para tales remedios nacionales específicos. Esto es válido independientemente de si tales remedios con arreglo al Derecho nacional derivan del Derecho contractual general o no. Esta cláusula de apertura sólo abarca los aspectos del Derecho contractual en general “en tanto en cuanto no estén reguladas en la presente Directiva”, mientras que las medidas correctoras por falta de conformidad, incluidos en los casos de defectos ocultos, sí están regulados en la directiva. De lo contrario, esto significaría que los Estados miembros estarían generalmente autorizados a burlar el régimen de remedios establecido en la directiva, mediante las correspondientes normas nacionales fundadas únicamente en el Derecho general de los contratos.

14. Además, la nueva Directiva de Compraventa de Bienes también contiene una cláusula de apertura para aspectos del Derecho contractual en general.²⁹ Aún así el legislador europeo consideró necesario crear una cláusula especial de apertura para el caso de los defectos ocultos. Esto también demuestra que los remedios específicos para los vicios redhibitorios no están contemplados en la cláusula de apertura del Derecho contractual general en la Directiva de Contenidos Digitales.³⁰ Nos parece que la contradicción entre el Considerando nº 12 y el texto de las disposiciones de la Directiva de Contenidos Digitales y, más específicamente, el art. 4, debe ser resuelta en el espíritu de esta última. Los “Considerandos” de una directiva no tienen un efecto regulador en sí mismos de forma aislada, sino que sólo sirven para aclarar y explicar las disposiciones de la Directiva.³¹ Por lo tanto, a diferencia de la situación prevista en la Directiva de Compraventa de Bienes, se debe considerar que los Estados miembros no tienen derecho a prever remedios específicos para los defectos ocultos cuyos plazos – o otros requisitos y efectos jurídicos – difieran de los de la Directiva de Contenidos Digitales.

15. Sin embargo, dado que el derecho de los Estados miembros a remedios nacionales específicos para los defectos ocultos sólo autorizaría, en cualquier caso, remedios adicionales, pero no la restric-

²⁷ Como ya se ha señalado en la nota al pie nº 23 *supra* en relación con el Considerando nº 18 del Dir (UE) 2019/771, el Considerando nº 12 de la versión española de la Dir (UE) 2019/770 también establecía que la Directiva no debería afectar normas nacionales “que no se refieran específicamente a los contratos con consumidores *ni* establezcan acciones” para vicios ocultos. Aquí también ha sido corregido el error (véase: DO L 305 de 26.11.2019, pp. 62-64).

²⁸ Véase también ya B. GSELL, en comentario al art. 14 Dir (UE) 2019/770, en R. SCHULZE y D. STAUDENMAYER (Coord.), *EU Digital Law - Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden, Nomos, 2020, nm. 76.

²⁹ Art. 3 apdo. 6 Dir (UE) 2019/771.

³⁰ Para una posición divergente, véase D. STAUDENMAYER, en comentario al art. 3 Dir (UE) 2019/770, en R. SCHULZE y D. STAUDENMAYER (Coord.), *EU Digital, op cit.*, nm. 156; J. MORAIS CARVALHO, “Contratos...”, *op cit.*, p. 933 y nota al pie nº 19; y, de forma general, M. ZINNER, “Was vom CESL übrigblieb – Neues Verbrauchervertragsrecht mit digitalem Einschlag”, *Verbraucher und Recht*, nº 7, 2019, pp. 241-242.

³¹ Además, en virtud de las disposiciones del Considerando nº 14 Dir (UE) 2019/770, se podría suponer que, en lo que respecta a falta de conformidad debida a una *force majeure* o a impedimentos similares que escapen al control del empresario, los Estados miembros tienen plena libertad para determinar las consecuencias de dicha falta de conformidad. Pero, una vez más, las disposiciones de la directiva en sí no contienen una cláusula de apertura nacional correspondiente y, por lo tanto, no se puede considerar que los Estados miembros tengan derecho a desviarse del régimen de remedios de la directiva, incluso en lo que respecta a los casos de *force majeure* o impedimentos similares que escapen al control del empresario, véase también: B. GSELL, en comentario al art. 14 Dir (UE) 2019/770, en R. SCHULZE y D. STAUDENMAYER (Coord.), *EU Digital, op cit.*, nm. 76. Y también, en general sobre el mero valor interpretativo de la Exposición de Motivos: C. FUENTESECA DEGENEFEE, “Defectos materiales...”, *op cit.*, p. 34.

ción del régimen de remedios de la directiva³²; y dado que sólo se considerarán los remedios previstos en la directiva a continuación, las dudas sobre la interpretación del Considerando nº 12 son irrelevantes para lo que sigue.

IV. Plazos de responsabilidad

16. En primer lugar, se abordará la cuestión de los períodos de responsabilidad³³ del vendedor o del empresario en las dos nuevas directivas, durante los cuales debe producirse o manifestarse la falta de conformidad, para que el consumidor tenga derecho a exigir las medidas correctoras.

1. Directiva de Compraventa de Bienes (UE) 2019/771

A) Bienes

17. En lo que se refiere a los bienes, hay dos requisitos de tiempo que deben tenerse en cuenta tanto en la nueva como en la anterior Directiva de Compraventa de Bienes: en primer lugar, el bien debe estar libre de vicios en el momento de la entrega.³⁴ En otras palabras, el vendedor es responsable de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega.³⁵ En segundo lugar, él sólo será responsable de dicha falta de conformidad si esta se manifiesta en el plazo de dos años a partir de la entrega.³⁶ Por lo tanto, hay aquí una distinción bien definida entre el período para que se produzca la falta de conformidad y el período para que esta se manifieste. Lo mismo no sucede, como veremos más adelante, en relación con los bienes con elementos digitales incorporados cuando hay una obligación de suministro continuo de este contenido o servicio digital.

18. Tanto con arreglo a la antigua como a la nueva Directiva de Compraventa de Bienes, los Estados miembros podrán mantener o adoptar plazos de responsabilidad más largos.³⁷ La adopción de un plazo estricto de dos años ha encontrado resistencia en el Parlamento Europeo, dado que muchos Estados miembros ya prevén plazos más largos en sus respectivos sistemas jurídicos nacionales y una reducción obligatoria significaría para ellos una disminución significativa del nivel de protección ya arraigado en sus ordenamientos jurídicos.³⁸ Contrariamente a lo que establecía la Propuesta de la Directiva relativa a Contratos de Compraventa a Distancia³⁹, se ha mantenido la flexibilidad en relación con regímenes de garantía más beneficiosos para los consumidores. Así pues, se ha derogado de hecho

³² Véase III.2 *supra*.

³³ Para una distinción entre la plazo de responsabilidad del vendedor y plazo de prescripción, véase art. 5.1 Directiva 1999/44/CE y STJUE 13.7.2017 (*Ferenschild*, C-133/16). Además véase, entre otros, B. GSELL, “Kapitel L: Verbraucherschutz”, en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Eckpfeiler des Zivilrechts*, 6ª ed. revisada, Berlin, Sellier/DeGruyter, 2018, nm. 70; P. BYDLINSKI, “Verbrauchsgüterkauf-RL: Unterscheidung zwischen Haftungsdauer und Verjährungsfrist; Verkürzung der Verjährungsfrist unter zwei Jahre auch bei gebrauchten Gütern unzulässig”, *Juristische Blätter*, nº 9, 2017, pp. 569-573; U. KULKE, “Verbrauchsgüterkauf: Die vertragliche Begrenzung der Verkäuferhaftung auf unter zwei Jahre”, *Monatsschrift für Deutsches Recht*, nº 17, 2018, pp. 1025-1031, especialmente pp. 1025-1026; y D. LEENEN, “Die Richtlinienwidrigkeit der Verkürzung der Verjährungsfrist beim Verbrauchsgüterkauf über gebrauchte Sachen”, *Juristen Zeitung*, nº 6, 2018, pp. 284-291, especialmente p. 285.

³⁴ Art. 10 apdo. 1 Dir (UE) 2019/771 y art. 2 apdo. 1 Dir (UE) 1999/44/CE.

³⁵ Sobre las normas relativas a la carga de la prueba, véase VII *infra*.

³⁶ Art. 10 apdo. 1 Dir (UE) 2019/771 y art. 5 apdo. 1 Dir (UE) 1999/44/CE.

³⁷ Art. 10 apdo. 3 Dir (UE) 2019/771.

³⁸ El hecho de que los Estados miembros con regímenes más generosos peleen políticamente por las cláusulas de apertura nacionales es un fenómeno frecuente cuando se elaboran directivas de plena armonización y a menudo limita considerablemente sus efectos armonizadores, véase a este respecto B. GSELL, “Europäischer Richtlinien-Entwurf... *op cit.*”, pp. 501-506; B. GSELL y H. M. SCHELLHASE, “Vollharmonisiertes Verbraucherkreditrecht – Ein Vorbild für die weitere europäische Angleichung des Verbrauchervertragsrechts?”, *Juristen Zeitung*, nº 1, 2009, pp. 20-29; y K. TONNER, “Die EU-Warenkauf-Richtlinie...”, *op cit.*, p. 364.

³⁹ Art. 3 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes COM (2015) 635 final.

en parte el principio de la plena armonización, que no obstante sigue en principio la directiva, como se ha señalado anteriormente⁴⁰. La situación jurídica se mantiene a este respecto concretamente igual que la de la antigua Directiva de Compraventa, que seguía el principio de la armonización mínima.⁴¹ Por una parte, la flexibilidad de los Estados miembros para establecer plazos más largos sirve al propósito de una mayor protección del consumidor, ya que aquellos Estados que prevén plazos más largos de responsabilidad del vendedor en sus ordenamientos jurídicos podrán así mantenerlos, en beneficio de los consumidores. Por otra parte, sin embargo, a causa de esta “fragmentación jurídica” permitida por la flexibilidad de plazos más largos, no se logra alcanzar el objetivo de la plena armonización que pretende la directiva, es decir, la superación de “los obstáculos relacionados con el Derecho contractual con que se encuentran las compraventas transfronterizas de bienes en la Unión”.⁴²

B) Bienes con elementos digitales incorporados

19. Ya se ha señalado que, por regla general, la Directiva de Compraventa de Bienes no se aplica a los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales.⁴³ Estos están sujetos al régimen de responsabilidad de la Directiva de Contenidos Digitales, a lo que nos referiremos más adelante.⁴⁴ Sin embargo, las disposiciones de la Directiva de Compraventa contemplan los denominados “bienes con elementos digitales” –los cuales requieren un contenido o servicio digital para desempeñar sus funciones–, siempre que los elementos digitales “se suministren con los bienes con arreglo al contrato de compraventa, con independencia de si dichos contenidos o servicios digitales son suministrados por el vendedor o por un tercero”⁴⁵. En este caso, el régimen de responsabilidad del vendedor descrito anteriormente, según el cual el período mínimo de responsabilidad por la falta de conformidad es de dos años a partir del momento de la entrega, también se aplica según el art. 10.1 2ª frase, en principio, a los vicios de los elementos digitales incorporados al bien. El tema exige un examen más profundo en relación con los elementos digitales que deban suministrarse de forma continua.

a) Plazo de responsabilidad distinto con respecto al suministro continuo de contenidos o servicios digitales

20. En lo que se refiere a estos bienes con elementos digitales, la nueva Directiva de Compraventa de Bienes distingue entre los contratos que prevén un único acto de suministro de contenidos o servicios digitales –o mismo una serie de actos individuales de suministro–, por una parte, y entre los contratos que prevén el suministro de contenidos o servicios digitales de forma continua a lo largo de un período de tiempo, por otra.⁴⁶ Aquellos están sujetos a las reglas generales del art. 10.1, como hemos indicado ya. Las reglas especiales del art. 10.2 sólo se aplican a esta última constelación de bienes con

⁴⁰ Véase III.1 y nota al pie nº 20 *supra*.

⁴¹ Véase III.1 y nota al pie nº 19 *supra*.

⁴² Véase, con respecto a este propósito legislativo, en particular el Considerando nº 7, así como los Considerandos nº 6 y siguientes de la Dir (UE) 2019/771. También críticos: B. GSELL, “Europäischer Richtlinien-Entwurf... *op cit.*, pp. 501–506; T. KUPFER y J. WEISS, “Die Warenkaufrichtlinie – Schlussstein in der Harmonisierung des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts?”, *Verbraucher und Recht*, nº 3, 2020, p. 100; M. ZINNER, “Was vom CESL...”, *op cit.*, p. 241. Para una posición divergente, véase K. TONNER, “Die EU-Warenkauf-Richtlinie...”, *op cit.*, p. 364, que entiende que deben ser los Estados miembros con plazos más cortos – como es el caso de Alemania, por ej. – que deben considerar la posibilidad de seguir la tendencia de adoptar plazos más largos en favor de los consumidores, y no el contrario.

⁴³ Véase II *supra* y Art. 3 apdo. 3 Dir (UE) 2019/771.

⁴⁴ Véase IV.2 *infra*.

⁴⁵ Art. 3 apdo. 3 en conjunto con art. 2 apdo. 5 (b) Dir (UE) 2019/771.

⁴⁶ Véase también: D. STAUDENMAYER, “Kauf von Waren mit digitalen Elementen – Die Richtlinie zum Warenkauf”, *Neue Juristische Wochenschrift*, nº 35, 2019, p. 2892. Además, como señala R. SCHULZE, “Die Digitale-Inhalte-Richtlinie – Innovation und Kontinuität im europäischen Vertragsrecht”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, nº 4, 2019, p. 717, la atribución de consecuencias jurídicas distintas en diversos contextos confiere a esta diferenciación entre un único acto de suministro y el suministro continuo un papel central en el nuevo Derecho contractual de los contenidos y servicios digitales.

elementos digitales, es decir, cuando el contrato de compraventa prevé el suministro continuo de contenidos o de servicios digitales a lo largo de un período de tiempo.

21. En tales casos, hay dos posibilidades según el art. 10.2: (i) si el contrato prevé el suministro continuo durante un período de tiempo de hasta dos años, el plazo de responsabilidad del vendedor por cualquier falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales será de dos años a partir de la entrega; (ii) a su vez, si el contrato prevé el suministro continuo durante más de dos años, el vendedor será responsable durante todo el período de suministro previsto en el contrato. Si, por ejemplo, el vendedor de un reloj inteligente se compromete a prestar un determinado servicio digital para este reloj de forma continua durante tres años, será responsable de cualquier falta de conformidad de estos servicios digitales durante todo el período contractual de tres años. A continuación, se abordará el problema de la ausencia de una distinción clara, en relación con estos contratos de suministro continuo, entre el plazo para que se produzca el defecto y el plazo para que este se manifieste.

b) Ausencia de un plazo para que el defecto oculto que se haya “producido” a tiempo se vuelva aparente

22. En este contexto, es necesario realizar una breve valoración de este régimen con diferentes períodos de responsabilidad del vendedor en caso de bienes con elementos digitales, cuando, por un lado, el contenido o servicio digital debe suministrarse en un acto o en una serie de actos individuales; y, por otro, cuando el suministro se efectúa de forma continua durante un período de tiempo. Como se indicó anteriormente⁴⁷, debido al carácter permanente de la obligación, en último caso, es evidente que, a diferencia de lo que ocurre en una entrega única de bienes sin elementos digitales —o mismo cuando hay un solo acto de suministro de servicios digitales—, el período de responsabilidad del vendedor por vicios ocultos no puede relacionarse con un único marco temporal. Debido a esta peculiaridad se justifica el tratamiento jurídico distinto del período de responsabilidad del vendedor a los casos en que el contrato de compraventa establezca una obligación de suministro continuo de contenidos o servicios digitales.

23. Sin embargo, hay una diferencia de trato entre los períodos de responsabilidad en la nueva Directiva de Compraventa que no parece estar totalmente justificada. Mientras que en el caso de los bienes sin elementos digitales o cuyos elementos digitales deban suministrarse en un solo acto o en una serie de actos individuales de suministro, se distingue entre el momento en que los bienes deben estar en conformidad, es decir, en el momento de la entrega, y el período de tiempo en que debe manifestarse el defecto para justificar la responsabilidad del vendedor, no hay esta diferenciación en el caso de los bienes con elementos digitales, cuyos servicios o contenidos digitales deban suministrarse de forma continua. Para estos, sólo hay un único período de responsabilidad del vendedor. La responsabilidad no se limita a las situaciones en que un defecto inicial se manifiesta más tarde, sino que se extiende a los casos en que un defecto no estaba presente inicialmente, pero que se produjo después de la entrega. Así, para que el vendedor sea responsable del vicio oculto, es suficiente que la falta de conformidad “se produzca o se manifieste”⁴⁸ dentro del plazo de suministro.

24. Esta disposición es particularmente problemática en relación con los vicios que se *producen*⁴⁹ durante el período de dos años o el período de suministro contractual respectivo, si es más amplio,

⁴⁷ Véase *I supra*.

⁴⁸ Ver Art. 10 apdo. 2 Dir (UE) 2019/771.

⁴⁹ Véase también, por ejemplo, la redacción de las versiones inglesa, francesa, italiana, portuguesa y alemana del art. 10 apdo. 2 Dir (UE) 2019/771: “...lack of conformity of the digital content or digital service that *occurs* or becomes apparent...”; “...défaut de conformité du contenu numérique ou du service numérique qui *survient* ou apparaît...”; “...difetto di conformità del contenuto digitale o del servizio digitale che *si verifica* o si manifesta...”; “...falta de conformidade do conteúdo ou serviço digital que *ocorra* ou se manifeste...”; y “...Vertragswidrigkeit des digitalen Inhalts oder der digitalen Dienstleistung, die (...) *eintritt* oder offenbar wird...”.

pero que no se manifiestan inmediatamente. Dado que es suficiente que la falta de conformidad ocurra dentro de este período para generar la responsabilidad del vendedor, el régimen jurídico adoptado por la directiva no proporciona un límite de tiempo para que los defectos de los contenidos digitales que se produjeron a tiempo se hagan aparentes. Así pues, en el caso de tales defectos ocultos que solamente se manifiestan una vez transcurrido el plazo contractual de suministro correspondiente, la responsabilidad del vendedor por los contenidos y servicios digitales incorporados que deban suministrarse de forma continua podrá ser considerablemente mayor que la responsabilidad del vendedor por el propio bien, así como por los contenidos y servicios digitales incorporados que deban suministrarse en un solo acto.⁵⁰

25. Volvamos al ejemplo anterior de la compraventa de un reloj, pero con la siguiente variación: si, al cabo de tres años, el comprador de un reloj tradicional descubre que el mecanismo de relojería ya era defectuoso en el momento de la entrega, no puede recurrir a ninguna medida correctora en virtud de la nueva Directiva de Compraventa, porque el plazo de dos años para que el vicio oculto se haga evidente ya ha expirado.⁵¹ Si, por otro lado, el comprador de un reloj inteligente, a quién se le prometió en el contrato de compraventa el procesamiento ininterrumpido de datos personalizados de aptitud física durante dos años, se entera, al cabo de tres años, a través de información relevante de los medios de comunicación, de que una de las características de este programa no funcionó correctamente durante el período de vigencia del contrato, podrá recurrir a las medidas correctoras con arreglo a la nueva Directiva de Compraventa, a pesar de que hayan transcurrido más de dos años desde que se produjo el defecto.⁵²

26. Entendemos que habría sido más coherente con el período de responsabilidad de dos años, generalmente aplicable a los bienes, si la Directiva de Compraventa de Bienes hubiera estipulado que, incluso en el caso de suministro continuo de contenidos o servicios digitales, un defecto debe manifestarse siempre en un plazo de dos años a partir de su aparición o, respectivamente, en un período de suministro contractual más largo, para dar lugar a responsabilidad del vendedor. La fijación de un plazo para que los defectos se hagan evidentes no sólo promueve la seguridad jurídica, sino también la protección uniforme del consumidor en los sistemas jurídicos de los Estados Miembros, objetivos ambos que la directiva intentaba alcanzar.

27. Sin embargo, cabe mencionar que el problema de los defectos ocultos en el caso de suministro continuo de los contenidos y servicios digitales se ve mitigado en parte por la propia directiva. Como veremos más adelante, se permite a los Estados miembros, dentro de ciertos límites establecidos en los arts. 10.4 y 10.5, restringir el ejercicio efectivo de las medidas correctoras por los consumidores mediante fijación de períodos de prescripción nacionales.⁵³

2. Directiva de Contenidos y Servicios Digitales (UE) 2019/770

28. A continuación, se abordará el período de responsabilidad del empresario por la falta de conformidad del suministro de contenidos o servicios digitales en virtud de la Directiva (UE) 2019/770. La Directiva de Contenidos Digitales, al igual que la nueva Directiva de Compraventa de Bienes, establece

⁵⁰ De manera diferente, B. ZÖCHLING-JUD, “Das neue Europäische...”, *op cit.* p. 131, entiende que la falta de conformidad debe manifestarse durante el período de suministro del contenido digital: “Diese Frist [Haftungsfrist] ist durch die Richtlinie vorgegeben: (...) bei fortlaufender Bereitstellungspflicht digitaler Inhalte oder Dienstleistungen haftet der Verkäufer, wenn die Vertragswidrigkeit in dem Zeitraum offenbar wird, über den sich der Verkäufer zur Bereitstellung verpflichtet hat (Art. 10 Abs. 2)”. Sin embargo, como ya se ha señalado, para que el vendedor sea responsable basta con que el defecto se produzca durante el período de suministro, pero no que se haga necesariamente evidente.

⁵¹ Sólo si un Estado miembro ha hecho uso de la “cláusula de apertura” en favor de una legislación nacional más favorable a los consumidores (art. 10 apdo. 3 Dir (UE) 2019/771) y así ha estipulado un período más largo de responsabilidad, el vendedor seguirá siendo responsable más allá del plazo de dos años.

⁵² Art. 10 apdo. 2 Dir (UE) 2019/771.

⁵³ Véase V.1 *infra*.

una distinción entre los contratos que prevén un único acto de suministro o mismo una serie de actos individuales de suministro, por una parte, y los contratos que prevén el suministro continuo durante cierto período de tiempo, por otra. Examinemos cada uno de ellos.

A) Un solo acto de suministro o una serie de actos individuales de suministro

29. En lo que se refiere al primer conjunto de supuestos, es decir, los contratos que prevén un único acto de suministro o una serie de actos individuales de suministro, cabría esperar que la Directiva de Contenidos y Servicios Digitales, al igual que a la Directiva de Compraventa⁵⁴, también impusiera un período de responsabilidad de dos años, el cual englobara todos los defectos que se manifiesten a partir del momento del suministro. Sin embargo, la Directiva de Contenidos Digitales sólo exige que el comerciante sea responsable de todos los defectos existentes en el momento del suministro, sin fijar un plazo para que aquellos se hagan evidentes.⁵⁵ Por otro lado, empero, la directiva establece que cuando un Estado miembro fije un período de tiempo para que la falta de conformidad se manifieste, dicho período no podrá ser inferior a dos años a partir del momento del suministro respectivo,⁵⁶ estableciendo así una nueva cláusula de apertura que debilita la plena armonización pretendida.⁵⁷

30. Cabe preguntarse si, a este respecto, hay una diferencia sustancial entre las dos directivas. La respuesta es que probablemente no. Si se considera que las disposiciones de una directiva europea no tienen, en ningún caso, un efecto directo horizontal sobre la relación entre las partes privadas contratantes⁵⁸, sino que deben transponerse al Derecho nacional de los Estados miembros, entonces la diferencia entre ambas directivas es probablemente de carácter puramente técnico. El contenido de ambos regímenes en las dos directivas es que los Estados miembros deben garantizar que el empresario o el vendedor sea al menos responsable de las faltas de conformidad que se manifiesten en un plazo de dos años a partir del momento del suministro o de la entrega, respectivamente. Además, ambas directivas también son coherentes en el sentido de que permiten a los Estados miembros imponer períodos de responsabilidad más generosos en favor del consumidor.⁵⁹ Esta coherencia debe reconocerse independientemente del hecho de que, como ya se ha mencionado⁶⁰, la mera armonización mínima en este sentido pone en peligro el objetivo legislativo de eliminar las diferencias entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

B) Suministro continuo a lo largo de un período de tiempo

31. A diferencia del tratamiento de los supuestos de suministro continuo de contenidos o servicios digitales en la Directiva de Compraventa, la Directiva de Contenidos y Servicios Digitales no prevé un período mínimo de responsabilidad de dos años del empresario, sino que simplemente estipula que él será responsable de cualquier falta de conformidad “que se produzca o se manifieste dentro del período durante el cual deben suministrarse los contenidos o servicios digitales con arreglo al contrato”.⁶¹

⁵⁴ Art. 10 apdo. 1 Dir (UE) 2019/771.

⁵⁵ Art. 11 apdo. 2 párr. 1 Dir (UE) 2019/770.

⁵⁶ Art. 11 apdo. 2 párr. 2 Dir (UE) 2019/770.

⁵⁷ Véase, además: D. STAUDENMAYER, “Auf dem Weg...”, *op cit.*, p. 2500.

⁵⁸ Véase la respectiva jurisprudencia reiterada del TJEU, por ej., en la STJCE 26.2.1986 (*Marshall*, C152/84); STJCE 14.7.1994 (*Faccini Dori*, C91/92); STJEU 19.1.2010 (*Küçükdeveci*, C555/07); y STJEU 24.1.2012 (*Dominguez*, C282/2010).

⁵⁹ Véase IV.1 y notas al pie nº 37 y 56 *supra*.

⁶⁰ Véase IV.1 y nota al pie nº 38, 42 y 57.

⁶¹ Art. 11 apdo. 3 Dir (EU) 2019/770. D. STAUDENMAYER, “Kauf von Waren...”, *op cit.*, p. 2893, señala con razón que en la Directiva de Compraventa la fijación de un período de responsabilidad mínimo de dos años para los elementos digitales incorporados a los bienes se justifica, en la medida en que esos elementos digitales son, *per definitionem*, esenciales para el funcionamiento de los bienes al cual están incorporados. Así pues, establecer un período de responsabilidad de menos de dos años para los vicios de los elementos digitales podría significar en última instancia un acortamiento *de facto* del período de garantía de dos años del bien.

32. Así, por ejemplo, si un contrato estipula el suministro continuo de ciertos contenidos de audio y el consumidor descubre, al cabo de tres años, que algún contenido no estaba disponible durante el período de vigencia del contrato, la presente Directiva no limita el ejercicio de una medida correctora contra el empresario a un período de tiempo para que la falta de conformidad se manifieste.

33. Una vez más, esto puede criticarse, ya que los vicios ocultos que se manifiestan tardíamente se tratan de forma diferente, dependiendo de si el contrato prevé un único acto de suministro o un suministro continuo, sin que exista una justificación objetiva suficiente para esta diferencia de trato.⁶² Del mismo modo que se criticó el tratamiento del suministro continuo de contenidos y servicios digitales en bienes con elementos digitales incorporados en la Directiva de Compraventa, también aquí hubiera sido más coherente que la Directiva de Contenidos y Servicios Digitales exigiera que el defecto se manifestase en un plazo de dos años o eventualmente en un plazo más largo, si el contrato estipulase el suministro del contenido o servicio digital por más de dos años.

3. Resumen

34. Respecto a los bienes con elementos digitales y a los contenidos o servicios digitales que deban suministrarse en un solo acto o en una serie de actos individuales de suministro, el vendedor o el empresario será responsable de los defectos que existían en el momento de la entrega o del acto de suministro, si se manifiestan en un plazo de dos años a partir de la entrega o del acto de suministro respectivo.

35. Por el contrario, según ambas directivas, los contenidos y los servicios digitales que deban suministrarse de forma continua han de estar libres de defectos a lo largo de toda la duración del contrato de suministro, sin que ningún plazo europeo limite las medidas correctoras en favor del consumidor debido a defectos ocultos que se hayan producido dentro del plazo de dos años o del plazo del suministro previsto en el contrato –si es más largo–, pero que sólo hayan se manifestado después del período contractual de suministro respectivo.

V. Plazos de prescripción

36. A continuación, es necesario examinar en qué medida las reglas de prescripción –es decir, los plazos, durante los cuales el consumidor debe ejercer efectivamente sus derechos⁶³– contenidas en las dos directivas modifican el tratamiento de los períodos de responsabilidad. Cabe señalar, en primer lugar, que ninguna de las directivas establece un plazo de prescripción como tal. Las directivas tampoco regulan en general cuándo empiezan a correr los plazos de prescripción nacionales, cuánto tiempo pueden durar y cuándo terminan. Más bien, se limitan a estipular que los plazos de prescripción no pueden ser tan cortos que reduzcan ilícitamente el plazo de responsabilidad europeo respectivo. Veamos, sin embargo, lo que eso significa concretamente.

1. Bienes y bienes con elementos digitales incorporados en la Directiva de Compraventa

A) Combinación del período de responsabilidad y del plazo de prescripción

37. La Directiva de Compraventa se ocupa en el art. 10.4 Directiva (UE) 2019/771 de los plazos de prescripción que se aplican además del plazo de responsabilidad. Imagínese, por ejemplo, que determinada legislación nacional adopta el período mínimo de responsabilidad europeo de dos años y,

⁶² B. GSELL, “Rechtsbehelfe...”, *op cit.*, p. 169, especialmente nota al pie nº 111.

⁶³ En lo que respecta a la distinción entre los períodos de responsabilidad y de prescripción, véase la nota al pie nº 33 *supra*.

además, impone un plazo de prescripción. En este caso, el art. 10.4 Directiva (UE) 2019/771 establece que el plazo de prescripción nacional debe ser lo suficientemente largo como para permitir al consumidor efectivamente exigir las medidas correctoras por los defectos que se han hecho *evidentes* dentro del período de responsabilidad europeo respectivo.

38. Esto significa que el plazo de prescripción nacional debe ser: (i) razonablemente más largo que el plazo de responsabilidad europeo, a fin de que el consumidor pueda ejercer efectivamente medidas correctoras en los casos de defectos que se manifiesten hasta el último día del período de responsabilidad⁶⁴; o (ii) si es más corto, no debe empezar a transcurrir tan pronto que no se observe el período mínimo de dos años desde la entrega para que el defecto se haga evidente, de conformidad con los art. 10.1, 10.2 y 10.4 Directiva (UE) 2019/771.⁶⁵

39. Volvamos también al ejemplo de la venta de un reloj tradicional y imaginemos que el comprador sólo descubre que el mecanismo es defectuoso 22 meses después de la entrega. Si la legislación nacional estipula que el plazo de prescripción empieza a correr en el momento de la entrega del reloj, independientemente del conocimiento del consumidor sobre el defecto, entonces no habrá ningún problema en este caso, mientras que el plazo de prescripción sea considerablemente más largo que el plazo de responsabilidad europeo, por ejemplo, de tres años. En este caso, el consumidor dispondría de tiempo suficiente para enjuiciar la demanda, incluso si el defecto sólo se descubriera al final del período de responsabilidad europeo de dos años. Si, por el contrario, el plazo de prescripción nacional fuera sólo de un año, entonces ya habría transcurrido en el momento en que se descubrió el defecto, incluso si el defecto se hubiera manifestado dentro del plazo de responsabilidad europeo de dos años. Eso es exactamente lo que el art. 10.4 Dir 2019/771 prohíbe.

40. En otras palabras, si los defectos se descubren a tiempo dentro del plazo de responsabilidad europeo, el consumidor debe poder exigir las medidas correctoras, sin que el legislador nacional reduzca el plazo de responsabilidad europeo mediante un plazo de prescripción más corto o que ya haya caducado en el momento en que se descubrió el defecto.

B) Plazo de prescripción sin adopción de un período de responsabilidad

41. La situación es básicamente la misma si un Estado miembro no adopta explícitamente el período de responsabilidad europeo, sino que sólo establece un período de prescripción, lo que está permitido para los Estados en el art. 10.5 Dir (UE) 2019/771. Volvamos al ejemplo de la venta del reloj y imaginemos que la legislación nacional sólo prescribe un plazo de prescripción de un año. En este caso, el inicio del plazo de prescripción nacional debe ser tal que el vendedor sea efectivamente responsable de cualquier falta de conformidad que salga a la luz dentro del plazo de responsabilidad europeo de dos años. En este ejemplo, el plazo de prescripción de un año no podría empezar a correr desde el momento de la entrega, ya que esto impediría al consumidor recurrir a las medidas correctoras en caso de un defecto que se hubiera manifestado sólo un año después de la entrega, pero dentro del plazo de responsabilidad europeo de dos años.

⁶⁴ Así pues, en Alemania, por ej., será necesario enmendar el § 438 apdo. 1 n° 3, apdo 2 BGB, que prevé un plazo de prescripción de exactamente dos años a partir de la entrega.

⁶⁵ En lo mismo sentido: I. BACH, “Neue Richtlinien...”, *op cit.*, p. 1708; B. GSELL, en comentario al art. 14 Dir (UE) 2019/770, en R. SCHULZE y D. STAUDENMAYER (Coord.), *EU Digital, op cit.*, nm. 17; y F.M. CORVO LÓPEZ, “Estudio de Derecho Comparado sobre las garantías en la venta de bienes de consumo en España y Portugal a la luz de la Directiva (EU) 2019/771”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n° 1, 2020, p. 159; véase también la opinión contraria de B. ZÖCHLING-JUD, “Das neue Europäische...”, *op cit.* p. 132, que considera admisible que un plazo de prescripción nacional se termine el mismo día que el plazo de responsabilidad: “*Es ist daher m.E. zulässig, dass die Mitgliedstaaten eine Verjährungsfrist von zwei Jahren ab Lieferung der Ware vorsehen, auch wenn dann im Extremfall (Mangel wird erst am letzten Tag der zweijährigen Haftungsfrist offenbar) der Verbraucher faktisch nicht mehr in der Lage sein wird, seine Ansprüche auch durchzusetzen*”.

42. En resumen, puede decirse que la Directiva de Compraventa de Bienes limita los plazos de prescripción nacionales de tal forma que el consumidor siempre pueda recurrir a las medidas correctoras en relación con los defectos que se encuentran dentro del plazo de responsabilidad europeo, que, por regla general, es de dos años. En otras palabras, el plazo de dos años de responsabilidad europeo no puede, por regla general, reducirse mediante plazos de prescripción nacionales.

C) Bienes con elementos digitales que deban suministrarse de forma continua

43. No obstante, la Directiva de Compraventa de Bienes permite en un supuesto el acortamiento del período de responsabilidad europeo —es decir, del límite de tiempo para que la falta de conformidad se haga evidente— por medio de plazos de prescripción nacionales. Este es el caso de los vicios ocultos en bienes con elementos digitales de suministro continuo. Como se mencionó anteriormente⁶⁶, para que el vendedor sea responsable del vicio de los contenidos o servicios digitales según el art. 10.2, es suficiente que el defecto “se produzca o se manifieste” a lo largo del período de responsabilidad. Por consiguiente, si el defecto se produce dentro del período de suministro establecido en el contrato, pero sólo se hace evidente mucho tiempo después, el consumidor aún puede seguir exigiendo medidas correctoras del vendedor. En este caso, la directiva no establece un límite de tiempo para que el vicio oculto se haga evidente.

45. Volvamos una vez más al ejemplo del comprador de un reloj inteligente, a quien se le prometió en el contrato de compraventa el procesamiento ininterrumpido de datos personalizados de aptitud física durante dos años, y que sólo después de tres años descubre que una de las características de este programa no funcionó correctamente durante el período de vigencia del contrato. Como ya se ha señalado, el comprador puede ejercer las medidas correctoras debido a la falta de conformidad, incluso si han transcurrido más de dos años desde que se produjo el defecto. En lo que se refiere a esta situación con arreglo a la Directiva de Compraventa de Bienes, el defecto sólo debe haberse producido en el plazo de dos años, independientemente del momento en que se hace evidente.

46. Precisamente en este contexto la Directiva de Compraventa permite a los Estados miembros, mediante plazos de prescripción nacionales, establecer un límite de tiempo para que los defectos que se hayan producido durante el período de suministro contractual se hagan evidentes. Sin embargo, la redacción de las disposiciones exige atención. El art. 10 en sus apartados 4 y 5, los cuales prohíben a los Estados miembros restringir el plazo de responsabilidad europeo establecido en los apartados 1 y 2 mediante plazos de prescripción nacionales⁶⁷, se limita a exigir que los consumidores puedan ejercer las medidas correctoras con respecto a los defectos que se *hayan manifestado* dentro del plazo de responsabilidad europeo: “(...) los Estados miembros velarán por que dicho plazo de prescripción permita a los consumidores exigir las medidas correctoras (...) por cualquier falta de conformidad de la que sea responsable el vendedor con arreglo a los apartados 1 y 2 del presente artículo y *que se manifieste* dentro del plazo indicado en dichos apartados”. Así pues, *a contrario*, los apartados 4 y 5 del art. 10 no exigen que los Estados miembros garanticen que los consumidores puedan ejercer eficazmente las medidas correctoras por un defecto que se haya producido dentro del período de responsabilidad europeo, pero que se haya manifestado sólo después de ese período. En resumen, se puede decir que, en lo que respecta a los bienes con elementos digitales que deban suministrarse de forma continua, la Directiva de Compraventa de Bienes permite a los Estados miembros reducir la responsabilidad del vendedor por los defectos ocultos que sólo se descubren una vez transcurrido el período de responsabilidad europeo.⁶⁸

⁶⁶ Véase IV.1.B *supra*.

⁶⁷ 10 apdos. 4 y 5 Dir (UE) 2019/771.

⁶⁸ Sin embargo, si el ejemplo anterior se cambia en el sentido de que el procesamiento ininterrumpido de datos personalizados de aptitud física se prometió durante cuatro años, entonces, según el Art. 10.4 y 10.5, el Estado miembro no puede imponer un plazo de prescripción inferior a cuatro años y, en consecuencia, el consumidor siempre puede ejercer medidas

47. Así, por ejemplo, un Estado miembro es libre de imponer un plazo de prescripción de dos años, para el caso de contenidos digitales de suministro continuo conectados a un reloj inteligente, que se inicia a partir de la entrega y sólo se suspende si el defecto sale a la luz dentro de ese plazo. En resumen, puede decirse que, en lo que se refiere a los elementos digitales que deban suministrarse continuamente, la Directiva de Compraventa permite a los Estados miembros reducir la responsabilidad del vendedor por defectos ocultos que sólo se descubren una vez transcurrido el período de responsabilidad europeo.

48. Por una parte, esta facultad de los Estados miembros de promulgar los respectivos plazos de prescripción es razonable, ya que impide que la responsabilidad del vendedor dure muchos años más allá de los plazos de responsabilidad de la Directiva. Sin embargo, por otra parte, para lograr el objetivo de la armonización europea, habría sido preferible que el legislador europeo hubiera estipulado en la propia Directiva que un defecto siempre debe manifestarse dentro del período de responsabilidad para el ejercicio de medidas correctoras.

2. Directiva de Contenidos Digitales

49. Si examinamos hasta qué punto la Directiva de Contenidos Digitales permite que el período de responsabilidad europeo se reduzca mediante plazos de prescripción nacionales, el resultado es en parte sorprendente.

A) Contenidos o servicios digitales que deban suministrarse en un solo acto o en una serie de actos individuales

50. En lo que se refiere a los contenidos o servicios digitales que deban suministrarse a los consumidores mediante un único acto o mediante una serie de actos individuales de suministro, los Estados miembros deben, de conformidad con la Directiva de Compraventa de bienes también bajo el régimen de la Directiva de Contenidos Digitales⁶⁹, velar por que un plazo de prescripción nacional no pueda configurarse de tal manera que se impida al consumidor ejercer las medidas correctoras para subsanar defectos que se hayan manifestado dentro del plazo (mínimo) de responsabilidad europeo de 2 años, conforme al art. 10.2 2º párr. Directiva 2019/770.

B) Contenidos o servicios digitales que deben suministrarse de forma continua

51. Sin embargo, en lo que se refiere a la situación de los contenidos o servicios digitales que deban suministrarse de forma continua, existe una diferencia con respecto a la Directiva de Compraventa de Bienes. Como se mencionó anteriormente⁷⁰, la Directiva de Compraventa de Bienes permite a los Estados miembros mediante introducción de plazos de prescripción nacionales reducir la responsabilidad del vendedor por defectos ocultos que sólo se descubren una vez transcurrido el período de responsabilidad europeo. En otras palabras, con arreglo a la Directiva de Compraventa, los plazos de prescripción nacionales sólo se regulan a nivel europeo en el sentido de que no pueden restringir el ejercicio de las medidas correctoras por falta de conformidad que se *haya manifestado* durante el plazo del art. 10.2 Directiva (UE) 2019/771.

correctoras, incluso en el caso de defectos que se produjeron muy pronto pero que sólo se manifestaron tarde durante la vigencia del contrato. Véase también: K. SEIN y G. SPINDLER, “The new Directive...Part 2”, *op cit.*, pp. 385-386, en relación con la Directiva de Contenidos Digitales.

⁶⁹ Art. 11 apdo. 2 párr. 3 Dir (UE) 2019/770.

⁷⁰ Véase V.1 *supra*.

52. Por el contrario, en la Directiva de Contenidos Digitales⁷¹ se ha redactado la disposición correspondiente de tal manera que los plazos de prescripción nacionales deben permitir a los consumidores ejercer medidas correctoras tanto con respecto a las faltas de conformidad que se manifiesten durante el período de responsabilidad como a las faltas de conformidad que *se produzcan* durante su vigencia, pero que se manifiesten sólo después de transcurrido dicho período.⁷² Si esta redacción se entiende literalmente, el consumidor debe poder ejercer efectivamente sus derechos con respecto a cualquier defecto que *se produzca* durante el periodo de suministro establecido en el contrato. Así, por ejemplo, si el consumidor fuera informado cinco años después de la finalización del plazo de suministro contractual de que se había producido un defecto oculto durante la vigencia del contrato, su derecho a las medidas correctoras no podría ser limitado por un plazo de prescripción nacional. Por lo tanto, la legislación nacional en materia de prescripción debería siempre garantizar que el plazo de prescripción nacional sólo pueda expirar después de que se descubra un defecto que se produjo durante el período de responsabilidad.

53. Se puede dudar de que el legislador europeo haya querido realmente una restricción tan amplia de los plazos de prescripción nacionales. Tal restricción no parece apropiada, sobre todo teniendo en cuenta el régimen divergente de la Directiva de Compraventa de Bienes. Así pues, no es sorprendente que el Considerando nº 58 de la Directiva de Contenidos Digitales establezca explícitamente que la legislación nacional debe impedir un plazo de prescripción que imposibilite el ejercicio de medidas correctoras para los defectos que *se hayan manifestado* durante el período de responsabilidad, mientras que no menciona los defectos que *se produjeron* dentro de ese período pero que sólo se hicieron evidentes después. Por lo tanto, parece necesario interpretar la limitación al legislador nacional en la Directiva de Contenidos Digitales en contra de su redacción y en el sentido más restrictivo del Considerando nº 58.

54. Sin embargo, sólo una decisión del TJEU podrá aclarar la situación de forma definitiva. Hasta que eso suceda, seguirá existiendo cierta inseguridad jurídica.

3. Resumen

55. Tanto la Directiva de Compraventa de Bienes como la Directiva de Contenidos Digitales impiden que el legislador nacional establezca plazos de prescripción nacionales que reduzcan el ejercicio de las medidas correctoras por el consumidor por defectos que se hayan manifestado antes de que haya transcurrido el período de responsabilidad. Sin embargo, en lo que se refiere a los contenidos o servicios digitales que deben suministrarse de forma continua, sigue siendo dudoso en virtud de la Directiva de Contenidos Digitales en qué medida el legislador nacional está autorizado por medio de los plazos de prescripción a reducir el ejercicio efectivo de las medidas correctoras para los defectos que se produjeron dentro del período contractual de suministro respectivo pero que no se manifestaron hasta después de transcurrido de dicho período. A continuación, conviene mencionar brevemente otras dos distinciones entre las dos directivas en lo que respecta a los plazos de las medidas correctoras del consumidor.

⁷¹ Art. 11 apdo. 3 párr. 2 Dir (UE) 2019/770: “Si, con arreglo al Derecho nacional, los derechos previstos en el artículo 14 también están sujetos o solo están sujetos a un plazo de prescripción, los Estados miembros velarán por que dicho plazo de prescripción permita a los consumidores exigir las medidas correctoras establecidas en el artículo 14 por cualquier falta de conformidad *que se produzca* o se manifieste durante el período indicado en el párrafo primero.”

⁷² Véase, en general, también la crítica de K. SEIN y G. SPINDLER, “The new Directive...Part 2”, *op cit.*, pp. 385-386, en relación con los vicios que se manifiestan mientras el contrato sigue vigente. Además, F. ZOLL, en comentario al art. 11 Dir (UE) 2019/770, en R. SCHULZE y D. STAUDENMAYER (Coord.), *EU Digital Law Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden, Nomos, 2020, nm. 37, también critica la disposición, pero considera que el plazo de prescripción podría comenzar ya desde el final del contrato de suministro.

VI. Obligación de informar

56. Al igual que la Directiva 1999/44/CE⁷³, la nueva Directiva de Compraventa de Bienes permite a los Estados miembros supeditar los derechos del consumidor a una notificación al vendedor de la falta de conformidad en un plazo mínimo de dos meses a partir de la fecha en que el consumidor la haya detectado.⁷⁴ Aunque el art. 12 emplee la nomenclatura “obligación” de informar *lato sensu* –también en la versión portuguesa “obrigação” de informar–, se trata en realidad de una carga⁷⁵ que incumbe al consumidor –en portugués, de un “ônus jurídico”–.⁷⁶ El incumplimiento de esta exigencia de comportamiento supondrá, en la forma prevista en la directiva, la pérdida de un derecho en perjuicio del propio consumidor, es decir, la posibilidad de ejercer las medidas correctoras por falta de conformidad: “(...) para poder hacer valer sus derechos (...)”.⁷⁷ Cabe señalar que, a diferencia de los sistemas jurídicos portugués y español⁷⁸, por ejemplo, el Derecho alemán no prevé tal carga de información, y tampoco se espera que, debido a su mantenimiento en la nueva Directiva de Compraventa de Bienes, el legislador alemán ahora la introduzca en perjuicio del consumidor.⁷⁹

57. Una vez más, la directiva prevé una cláusula de apertura que posibilita el tratamiento substancialmente distinto de la materia en los Ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros. El incumplimiento de la carga de información, al menos en los derechos de la mayoría de los Estados miembros que hacen uso de esta norma, tiene consecuencias jurídicas rigurosas para el consumidor y afecta precisamente a la posibilidad de un ejercicio efectivo de las medidas correctoras. En consecuencia, la opción de adoptar una cláusula de apertura en este ámbito contribuye a que sigan existiendo diferentes niveles de protección del consumidor en los sistemas jurídicos de los Estados miembros. Así pues, también aquí se puede constatar que la Directiva de Compraventa de Bienes no logra su objetivo autoimpuesto⁸⁰ de armonizar de manera plena las reglas de garantía en los contratos de compraventa de bienes.⁸¹

58. Por el contrario, la Directiva sobre Suministro de Contenidos y Servicios Digitales no contiene una disposición similar y su undécimo considerando afirma explícitamente que los Estados miembros no pueden introducir tal obligación de informar. La diferencia de trato entre las dos directivas es históricamente comprensible, pero difícilmente puede justificarse.

⁷³ Véase art. 5.2 Dir 1999/44/CE.

⁷⁴ Art. 12 Dir (UE) 2019/771.

⁷⁵ En español también se puede encontrar el término “deberes de cumplimiento”, como en la traducción de la obra de K. LARENZ, *Derecho Civil – Parte General*, traducción de M. IZQUIERDO y M. PICAUEA, Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 266, que trata de las llamadas “*Obliegenheiten*”; o también “deberes de menor intensidad”. A su vez, la versión alemana de la Directiva de Compraventa utiliza en el art. 12 la nomenclatura “*Rügeobliegenheit*”.

⁷⁶ Con respecto a la distinción véase, entre otros: M. WOLF y J. NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 11ª ed., München, C.H. Beck, 2019, pp. 225-227; además sobre la distinción entre “obrigação”, “dever” y “ônus” en portugués: A. VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 6ª ed., Coimbra, Almedina, 1989, pp. 51 y ss, especialmente pp. 56-57, para la definición de “ônus jurídico”; y E.R. GRAU, “Nota sobre a Distinção entre Obrigação, Dever e Ônus”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, nº 77, 1982, pp. 177-183.

⁷⁷ Art. 12 Dir (UE) 2019/771. Sin embargo, se hace notar que la transposición en España de la norma análoga contenida en el art. 5.2 de la Dir 1999/44/CE estableció, de manera diferente, que el incumplimiento del plazo de dos meses “no supondrá la pérdida del derecho al saneamiento”, sino que el consumidor es responsable “de los daños o perjuicios efectivamente ocasionados por el retraso en la comunicación” (art. 123 apdo. 5 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

⁷⁸ F.M. CORVO LÓPEZ, “Estudio de Derecho...”, *op cit.*, pp. 157ss.

⁷⁹ I. BACH, “Neue Richtlinien...”, *op cit.*, p. 1708.

⁸⁰ Véase III.1 *supra*.

⁸¹ También son críticos de esta disposición: I. BACH, “Neue Richtlinien...”, *op cit.*, p. 1705 y 1708; T. KUPFER y J. WEISS, “Die Warenkaufrichtlinie...”, *op cit.*, p. 100; D. STAUDENMAYER, “Kauf...”, *op cit.*, p. 2893, que describe la obligación de informar como verdadero defecto de nacimiento (“*Geburtsfehler*”) de la antigua Directiva 1999/44/CE que ahora se mantiene en la nueva Directiva de Compraventa; y, en general, M. ZINNER, “Was vom CESL...”, *op cit.*, p. 241.

VII. Carga de la prueba

59. Con relación a los bienes sin elementos digitales y a los bienes con elementos digitales incorporados que se suministren en un único acto de suministro, como ya hemos visto⁸², el vendedor será responsable de la falta de conformidad que exista en el momento de la entrega (art. 10.1 Directiva (UE) 2019/771). Igual que la Directiva 1999/44/CE, la nueva Directiva de Compraventa de Bienes también prevé una presunción *iuris tantum*⁸³ a favor del consumidor, de que la falta de conformidad ya existía en el momento de la entrega.⁸⁴ La inversión de la carga de la prueba tiene por finalidad no sólo proteger al consumidor, sino que promover mayor rapidez y facilidad del comercio a gran escala en favor del propio vendedor, ya que el consumidor, en menor medida, considera necesario el examen minucioso del producto que adquiere.⁸⁵

60. Sin embargo, mientras que en la antigua directiva la inversión de la carga de la prueba sólo se aplicaba en el caso de los defectos que se manifestaban en un plazo de seis meses a partir de la entrega, en art. 11.1 de la nueva Directiva (UE) 2019/771 este plazo se extendió a un año, con la posibilidad de que los Estados miembros, según el art. 11.2 Directiva (UE) 2019/771, lo amplíen a dos años. La directiva anterior también permitía una prórroga del plazo, durante el cual el defecto debía manifestarse, ya que estaba dirigida únicamente a una armonización mínima.⁸⁶ No obstante, el mantenimiento en la nueva directiva de una cláusula de apertura con respecto a la inversión de la carga de la prueba, cuya relevancia práctica es enorme,⁸⁷ ya que tiene un efecto directo sobre el resultado de las demandas, fragiliza el objetivo de la directiva de armonizar los sistemas de garantías en los sistemas jurídicos de los Estados miembros.⁸⁸

61. Por su parte, la Propuesta de la Comisión⁸⁹ intentó establecer un período de presunción aún más largo, de dos años, lo que, por cierto, ya se ha adoptado en algunos ordenamientos jurídicos europeos, como en Portugal y Francia, por ejemplo.⁹⁰ La Propuesta pretendía igualmente impedir la

⁸² Véase IV.1 *supra*.

⁸³ Art. 11 apdo. 1 2ª parte Dir (UE) 2019/771. No considera necesaria la previsión expresa de la posibilidad de prueba en contra: B. ZÖCHLING-JUD, “Das neue Europäische...”, *op cit.*, p. 125.

⁸⁴ Art. 5 apdo. 3 Dir 1999/44/CE. Sobre la extensión de la presunción también a los defectos posteriores a la entrega, en el sentido de que se derivan de otra falta de conformidad que ya estaba presente en el momento de la entrega (“Grundmangel”), véase STJUE 4.6.2015 (Faber, C-497/13) y los comentarios sobre la STJUE (Anmerkung zu EuGH Urt. v. 4.6.2015 – C-497/13) entre otros, de B. GSELL, “Beweislastumkehr zugunsten des Verbraucher-Käufers auch bei nur potenziellem Grundmangel – Besprechung von EuGH, Urt. v. 04.06.2015, Rs. C-497/13 – Faber”, *Verbraucher und Recht*, n° 12, 2015, pp. 446ss.; S. LORENZ, en *Fachdienst Zivilrecht – LMK*, n° 6, 2015, 370162; L. HÜBNER, en *Neue Juristische Wochenschrift*, n° 31, 2015, p. 2241; P. ROTT, en *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, n° 14, 2015, pp. 560-561; S. HEINEMEYER, en *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*, n° 4, 2015, pp. 179-182.

⁸⁵ Como señala F. MAULTZSCH, “Der Ausschluss der Beweislastumkehr gem. § 476 BGB”, *Neue Juristische Wochenschrift*, n° 43, 2006, pp. 3092-3093, en la venta de bienes a los consumidores, la prioridad es la rapidez de las transacciones, que el vendedor “compra” para sí mismo a través de una regla desfavorable de la carga de la prueba: “[...] bei Verbrauchergeschäften [hat] der schnelle Warenabsatz Priorität, den der Verkäufer durch die für ihn ungünstige Beweislastregelung (...) quasi erkaufte”. En el mismo sentido S. LORENZ, en comentario al § 477 BGB, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 8, 8ª ed., München, C. H. Beck, 2019, nm. 4.

⁸⁶ Véase III.1 y nota al pie n° 19 *supra*.

⁸⁷ El § 477 BGB (anteriormente § 476 BGB) es una de las disposiciones más controvertidas y de mayor importancia práctica del Derecho de obligaciones moderno, como ya se afirmó en B. GSELL, “Sachmangelbegriff und Reichweite der Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf”, *Juristen Zeitung*, n° 1, 2008, pp. 29ss.

⁸⁸ También críticos, M. ZINNER, “Was vom CESL...”, *op cit.*, p. 241; I. BACH, “Neue Richtlinien...”, *op cit.*, p. 1708, que afirma que no se logrará la plena armonización en uno de los aspectos centrales de la protección del consumidor. Cabe recordar que la propia Propuesta consideraba que la armonización del plazo de inversión de la carga de la prueba es esencial para garantizar la seguridad jurídica en la Unión. Véase a respecto el Considerando n° 26 COM (2015) 635 final: “Con el fin de que las empresas puedan basarse en un conjunto único de normas en toda la Unión, es necesario armonizar plenamente el plazo durante el cual la carga de la prueba de la falta de conformidad se invierte a favor del consumidor”.

⁸⁹ Art. 8 apdo. 3 COM (2015) 635 final.

⁹⁰ Art. 3 apdo 2 DL n° 67/2003 establece que las faltas de conformidad relativas a los bienes muebles que se manifiesten en el plazo de dos años “presumem-se existentes já nessa data”. Alemania y España, por otra parte, deberán modificar las normas

introducción de un plazo nacional diferente, independientemente de que fuera más o menos ventajoso al consumidor.⁹¹ Sin embargo, esta regla no se mantuvo durante el proceso legislativo, y el legislador europeo optó finalmente por un período mínimo de un año, junto con la cláusula de apertura del art. 11.2.

62. De todos modos, se plantea ahora la cuestión de cómo debe valorarse esta duplicación del período de la inversión de la carga de la prueba de seis meses a un año. En parte de la literatura ya se expresaban preocupaciones con respecto a la ampliación del plazo de presunción después de que la Comisión presentara su propuesta, en particular debido al temor de que los consumidores abusaran de los recursos por falta de conformidad.⁹² No creemos que haya razón para temer que, con la duplicación del plazo, los consumidores traten a los bienes de forma más descuidada y así exijan medidas correctoras del vendedor, también cuando el defecto haya sido causado por una manipulación indebida de los bienes por parte del propio consumidor. No hay que olvidar que el consumidor sigue soportando el encargo de enjuiciar la demanda contra el vendedor, si este no pone “voluntariamente” los bienes en conformidad a requerimiento del consumidor. Por lo tanto, es probable que la mayoría de los consumidores no haga nada ante el rechazo del vendedor.⁹³ Además, con arreglo al estudio empírico encargado por la Comisión Europea en 2015⁹⁴, la distinción que se hacía en la antigua Directiva de Compraventa en dos plazos diferentes –uno de seis meses para la inversión de la carga de la prueba, y el otro de dos años para la garantía de los bienes– no era bien comprendida por los consumidores y por las empresas. En consecuencia, los empresarios a menudo ya habrían ampliado de facto la inversión de la carga de la prueba a todo el período de garantía de dos años.⁹⁵

63. En principio, se aplicará el mismo régimen a los bienes con elementos digitales, es decir, que las faltas de conformidad que se manifiesten en el plazo de un año a partir del acto de suministro se presumirá que han existido desde esa fecha. Sin embargo, también en este caso existen diferencias de trato con respecto al suministro continuo de elementos digitales. En relación con este supuesto, el art. 11.3 Directiva (UE) 2019/771 establece que la carga de la prueba de cualquier defecto que se manifieste dentro del período de responsabilidad de dos años o de un período contractual de suministro más largo recae en el vendedor.

64. La Directiva de Contenidos Digitales prevé una distinción similar. En el caso de los defectos de los contenidos y servicios digitales que deban suministrarse en un solo acto o en una serie de actos individuales de suministro, la carga de la prueba recaerá según el art. 12.2 Directiva (UE) 2019/770 también en el empresario, siempre que la falta de conformidad se manifieste en el plazo de un año a partir de la fecha del suministro respectivo. Sin embargo, de acuerdo con la Directiva de Contenidos Digitales, los Estados miembros no pueden ampliar este período de un año.

sobre el tema en el § 477 del BGB y el art. 123 apdo. 1 par. 2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, respectivamente, para adaptarse al período de un año previsto en la nueva Directiva.

⁹¹ Para una valoración de la Propuesta de la Comisión, véase B. GSELL, “Rechtsbehelfe...”, *op cit.*, pp. 164-165; y C. FURTESECA DEGENEFTE, “Defectos materiales...”, *op cit.*, pp. 64 ss.

⁹² Véase, por ej., N. HÄRTING y P. GÖSSLING, “Online-Kauf in der EU – Harmonisierung des Kaufgewährleistungsrechts”, *Computer und Recht*, n° 3, 2016, pp. 168-169; F. MAULTZSCH, “Der Entwurf für eine EU-Richtlinie über den Online-Warenhandel und andere Formen des Fernabsatzes von Waren”, *Juristen Zeitung*, n° 5, 2016, p. 242; y T. STARIRADEFF, “Auswirkungen des Richtlinienentwurfs auf den Online-Handel”, *Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung*, n° 11, 2016, p. 717, que considera que la regla perjudica desproporcionadamente a los vendedores, porque cuanto más tiempo pasa después de la entrega de las mercancías, más importante es la manipulación de las mismas por parte del consumidor para su estado.

⁹³ Véase ya B. GSELL, “Rechtsbehelfe...”, *op cit.*, p. 164 ss; evalúa positivamente el aumento del término, bajo el aspecto de la protección del consumidor D. STAUDENMAYER, “Kauf von Waren...”, *op cit.*, p. 2893; y también, en general, en relación con la Directiva de Contenidos Digitales A. METZGER, “Verträge...”, *op cit.*, p. 581.

⁹⁴ *Consumer market study on the functioning of legal and commercial guarantees for consumers in the EU, Final report*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2015, en 4.2.4, pp. 57ss. y 8.1.2 p. 221.

⁹⁵ *Consumer market...*, *op cit.*, en 8.1.2, p. 221.

65. En lo que se refiere a los contenidos y servicios digitales que deban suministrarse de forma continua, de conformidad con el art. 12.3 Dir (UE) 2019/770, el empresario asume la carga de la prueba de cualquier defecto que se manifieste durante el período de suministro contractual respectivo.⁹⁶

66. Esta imposición más amplia de la carga de la prueba al vendedor y al empresario en los casos de suministro continuo de contenidos y servicios digitales en ambas Directivas tiene su lógica. A diferencia de lo que ocurre cuando hay una sola entrega de un bien al consumidor, en el caso del suministro continuo no puede decirse que el contenido o servicio digital abandone de una vez por todas la esfera de influencia del empresario y que, a partir de la entrega, sólo esté sujeto a la esfera de influencia del consumidor. Precisamente esta diferencia entre los dos contratos justifica la imposición general de la carga de la prueba al vendedor o empresario a lo largo del período de suministro establecido en el contrato.

VIII. Conclusión

67. En una evaluación global, puede decirse que ambas directivas, en principio, regulan de forma adecuada los plazos de las medidas correctoras disponibles para los consumidores en caso de falta de conformidad. No obstante, persisten diferencias entre las dos directivas, en particular en lo que se refiere a la obligación de informar, al derecho de los Estados miembros a establecer plazos de prescripción nacionales para reducir el plazo de responsabilidad europeo y a la atribución al empresario de la carga de la prueba. Esas diferencias no parecen estar plenamente justificadas y dan lugar a un tratamiento diferenciado de los vicios ocultos en las dos directivas.

68. En definitiva, el efecto armonizador de los plazos en ambas directivas es considerablemente limitado, ya que sólo estipulan períodos mínimos de responsabilidad del vendedor o del empresario y permiten a los Estados miembros mantener o introducir plazos más largos. Además, las cláusulas de apertura en relación con la obligación de informar, la carga de la prueba y la posibilidad de un régimen adicional para los defectos ocultos (« *vices cachés* ») en la Directiva de Compraventa también introducen fragilidad en el objetivo de la armonización.

⁹⁶ Crítico de la necesidad de la presunción en el caso de suministro continuo: F. ZOLL, en comentario al art. 12 Dir (UE) 2019/770, en R. SCHULZE y D. STAUDENMAYER (Coord.), *EU Digital Law Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden, Nomos, 2020, nn. 20 y 33.

A INTERPRETAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

INTERPRETATION IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

LUÍS DE LIMA PINHEIRO

*Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa*

Recibido: 18.06.2020 / Aceptado: 01.07.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5743>

Resumo: O presente estudo tem por objeto a metodologia da interpretação jurídica em Direito Internacional Privado. O Direito Internacional Privado é aqui considerado como disciplina jurídica que abrange o Direito de Conflitos, o Direito da Competência Internacional e o Direito de Reconhecimento (de decisões estrangeiras). Para além de aspetos gerais, é abordada a especificidade da interpretação das normas internas (na ordem jurídica portuguesa) e das normas supraestaduais (internacionais e da União Europeia).

Procura-se demonstrar que os problemas específicos colocados pela interpretação das proposições jurídicas de Direito Internacional Privado apresentam uma vasta identidade no Direito de Conflitos, no Direito da Competência Internacional e no Direito de Reconhecimento, que contribui para justificar a visão abrangente da disciplina jurídica em causa.

Palavras chave: interpretação em Direito Internacional Privado, interpretação da norma de conflitos, interpretação da norma de competência internacional, interpretação da norma de reconhecimento, qualificação.

Abstract: The object of this essay is the methodology of legal interpretation in Private International Law. Private International Law is considered here as a legal subject that comprises Choice of Law, Jurisdiction and Recognition of Judgments. Besides general considerations, the specificity of the interpretation of domestic rules (in the Portuguese legal order) and of supranational rules (international and from the European Union) is addressed.

The essay pleads for a wide identity of the specific issues arising from the interpretation of Private International Law provisions on the Choice of Law, Jurisdiction and Recognition of Judgments, which reinforces the justification for a broad view of the legal subject at stake.

Keywords: interpretation in Private International Law, choice of law rule interpretation, jurisdiction rule interpretation, recognition of judgments rule interpretation, characterization.

Sumário: I. Aspetos Gerais. II. Interpretação das normas de conflitos. 1. Generalidades. 2. Interpretação dos conceitos utilizados para delimitar a previsão da norma de conflitos. 3. Interpretação dos conceitos designativos do elemento de conexão. III. Interpretação das normas de competência internacional. 1. Aspetos gerais. 2. Normas de competência internacional de fonte interna. 3. Normas de competência internacional de fonte supraestadual. iv. Interpretação das normas de reconhecimento. 1. Aspetos gerais. 2. Normas de reconhecimento de fonte interna. 3. Normas de reconhecimento de fonte supraestadual. V. Considerações Finais.

I. Aspetos Gerais

1. A regulação jurídica das situações transnacionais coloca três problemas específicos. Primeiro, o problema da determinação do Direito aplicável: perante uma situação que apresenta contactos relevantes com mais de um Estado soberano é necessário determinar o Direito que a vai disciplinar juridicamente. Segundo, o problema da competência internacional: perante a eclosão de um litígio relativamente a uma situação transnacional torna-se necessário, na falta de convenção de arbitragem, determinar os tribunais estaduais competentes para o dirimir. Enfim, o problema do reconhecimento de decisões estrangeiras, que se coloca, designadamente, quando o litígio é decidido por um tribunal estrangeiro e se pretende que a decisão produza efeitos na ordem jurídica local. Trata-se então de saber se a decisão estrangeira pode produzir efeitos na ordem jurídica local e, em caso afirmativo, sob que condições.

2. Enquanto disciplina jurídica, o Direito Internacional Privado estuda a resolução de todos estes problemas, abrangendo, por conseguinte, o Direito de Conflitos, o Direito da Competência Internacional e o Direito de Reconhecimento. Na ordem jurídica portuguesa, as fontes destes complexos normativos são essencialmente supraestaduais (internacionais e europeias) e internas¹.

Os critérios de interpretação aplicáveis são os que regem a interpretação de cada uma destas categorias de fontes.

3. Relativamente às normas de fonte interna, deve ter-se em conta o disposto nos arts. 8.º e 9.º CC e a metodologia desenvolvida pela ciência jurídica.

4. Quanto às normas de fonte internacional, há que atender às regras próprias que se estudam no Direito Internacional Público e, designadamente, ao disposto no art. 31.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

As principais normas de fonte internacional a ter em conta são as que constam de Convenções de unificação do Direito de Conflitos, do Direito da Competência Internacional e do Direito de Reconhecimento. Nos termos do n.º 1 do art. 31.º da Convenção de Viena, um “tratado deve ser interpretado de boa fé, de acordo com o sentido comum a atribuir aos termos do contrato no seu contexto e à luz dos respetivos objeto e fim”. Decorre do sentido e do fim das Convenções de unificação que a interpretação das suas proposições tem de ser autónoma relativamente às ordens jurídicas nacionais individualmente consideradas e assentar numa comparação de Direitos². Só desta forma se pode promover a uniformidade de interpretação das proposições convencionais pelas diferentes jurisdições nacionais³.

Esta preocupação foi expressa no art. 18.º da Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, inspirado no n.º 1 do art. 7.º da Convenção das Nações Unidas sobre Venda Internacional de Mercadorias, segundo o qual na “interpretação e aplicação das regras uniformes que antecedem, deve ser tido em conta o seu carácter internacional e a conveniência de serem interpretadas e aplicadas de modo uniforme”.

Nesta interpretação deverão especialmente ser tidos em conta os fins do Direito Internacional Privado que estão subjacentes ao Direito unificado, bem como os fins gerais do Direito Internacional Privado comuns aos sistemas dos Estados contratantes.

5. No que toca às normas de fonte europeia, valem os critérios de interpretação reconhecidos pela jurisprudência e pela doutrina europeias, em que se salientam os critérios teleológicos que atendem

¹ Sobre a evolução histórica da função interpretativa no Direito de Conflitos, ver SALERNO [2016: 687 e segs.].

² Ver KROPHOLLER [2006: 125] e art. 2.º/2 da Lei italiana de Direito Internacional Privado.

³ De modo algo diverso se colocam as coisas relativamente ao Direito Internacional de Conflitos, uma vez que se trata de normas de conflitos aplicáveis por jurisdições internacionais ou quasi-internacionais. Aqui a uniformidade de interpretação está garantida. De todo o modo, é claro que se trata também de uma interpretação autónoma relativamente às ordens jurídicas nacionais, que tem de atender aos fins do Direito Internacional de Conflitos.

não só ao fim da norma em causa, mas também às finalidades prosseguidas com os tratados instituintes e aos princípios gerais de Direito da União Europeia⁴.

Avultam as normas contidas em Regulamentos da União Europeia em matéria de conflitos de leis, competência internacional e reconhecimento de decisões estrangeiras. A interpretação das proposições destes Regulamentos também deve ser autónoma⁵. Isto significa que não deve ser feita referência ao Direito de um dos Estados em presença, mas antes ter em conta “o contexto da disposição e o objetivo prosseguido pelas normas em causa”⁶ e a conformidade com “os direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica comunitária ou com outros princípios gerais do direito comunitário”⁷.

Tratando-se de Convenções que estão ligadas à União Europeia ou de Regulamentos da União Europeia, justifica-se, a par de outros critérios de interpretação relevantes⁸, o recurso a uma interpretação comparativa que atenda aos “princípios gerais” que resultam do conjunto das ordens jurídicas dos Estados-Membros⁹.

Na falta de concordância geral, seria defensável que se atendesse às soluções reconhecidas nos Estados-Membros mais interessados, mas o Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante TUE) e a doutrina tendem a ter em conta as soluções reconhecidas na maioria dos Estados-Membros¹⁰.

6. Os tribunais dos Estados-Membros, quando aplicam atos normativos da União, devem respeitar a jurisprudência do TUE e podem ou devem submeter ao mesmo tribunal questões de interpretação dos mesmos atos que ainda não tenham sido por ele decididas. O mesmo se diga da aplicação de Convenções ligadas à União Europeia quanto tiver sido atribuída ao TUE a mesma competência interpretativa.

7. Feitas estas considerações gerais, passo a examinar os aspetos específicos da interpretação das normas de conflitos (II), das normas de competência internacional (III) e das normas de reconhecimento (IV).

II. Interpretação das normas de conflitos

1. Generalidades

8. Como decorre do anteriormente exposto, a interpretação do Direito de Conflitos tem por objeto proposições de fonte internacional, europeia ou interna.

Também podem suscitar-se problemas de interpretação de proposições conflituais estrangeiras quando haja lugar à aplicação de Direito Internacional Privado estrangeiro, como sucede, designadamente, na devolução e na aplicação de normas de remissão condicionada. As proposições conflituais estrangeiras devem ser interpretadas segundo os critérios que lhes forem aplicáveis no sistema a que pertencem.

9. Os problemas de interpretação podem dizer respeito a qualquer dos elementos da norma de conflitos.

O problema da interpretação coloca-se frequentemente com respeito aos conceitos utilizados na delimitação do objeto da remissão, por exemplo, os conceitos de “capacidade”, “forma”, “obrigação contratual” e “casamento”.

⁴ Ver FAUSTO DE QUADROS [2013: n.º 237] e OPPERMANN/CLASSEN/NETTESHEIM [2014: n.º 176].

⁵ Ver também TCE 14/10/1976, no caso *Eurocontrol* [CTCE (1976) 629], e KROPHOLLER [2006: 79 e seg.].

⁶ Cf. TCE 2/4/2009, no caso *A*. (proc. C-523/07) [in <http://curia.europa.eu>], n.º 34, relativamente ao Regulamento Bruxelas II bis.

⁷ Cf. TCE 23/12/2009, no caso *Deticek* [in <http://curia.europa.eu>], n.º 34, relativamente ao Regulamento Bruxelas II bis.

⁸ Ver, com mais desenvolvimento, KROPHOLLER [2006: 79 e segs.] e MAGNUS/MANKOWSKI/MAGNUS [2016: n.ºs 98 e segs.].

⁹ Assim tem entendido o TCE/TUE, desde o ac. 14/10/1976, no caso *Eurocontrol* [CTCE (1976) 629].

¹⁰ Ver KROPHOLLER [2006: 81] e MAGNUS/MANKOWSKI/MAGNUS [2016: n.º 108], com extensas referências jurisprudenciais.

Também se pode colocar quanto aos conceitos que exprimem o elemento de conexão, sobretudo quando forem conceitos técnico-jurídicos como, por exemplo, “nacionalidade” e “lugar do dano”.

Enfim, a estatuição da norma de conflitos, quanto à determinação das normas materiais que irão ser efetivamente aplicadas, também suscita problemas de interpretação e aplicação.

10. As normas de conflitos de fonte interna têm de ser interpretadas como parte do sistema jurídico português. Na determinação do sentido e alcance dos conceitos técnico-jurídicos utilizados quer para delimitar o objeto da remissão quer para designar o elemento de conexão há que partir do Direito material interno, do conteúdo aí atribuído, por exemplo, a “capacidade”, “forma”, “obrigações”, “direitos reais”, “nacionalidade”, “residência habitual”, etc.

Mas se a interpretação é *ancorada* no Direito material interno, ela não lhe está *subordinada*.

A especialidade do Direito de Conflitos, que tem de lidar com ordens jurídicas estrangeiras e, por vezes, com Direito extra-estadual, obriga a que a interpretação dos conceitos da norma de conflitos tenha em conta os fins próprios do Direito Internacional Privado. Daí decorre que se possa atribuir a estes conceitos um sentido e alcance diferente do dos conceitos homólogos do Direito material interno.

A interpretação da norma de conflitos é, por isso, uma interpretação *autónoma* relativamente ao Direito material interno.

11. Quanto aos critérios gerais de interpretação das proposições jurídicas internacionais e europeias remete-se para o anteriormente exposto.

12. Nas próximas alíneas concretizarei estes critérios com respeito aos conceitos utilizados na previsão da norma de conflitos (2) e aos conceitos designativos do elemento de conexão (3). Não me ocuparei de problemas específicos de interpretação e aplicação da norma de conflitos que, correspondendo a vastas áreas da Parte Geral do Direito de Conflitos, não cabe analisar numa obra dedicada à interpretação e não seria de todo modo possível abarcar neste estudo¹¹.

2. Interpretação dos conceitos utilizados para delimitar a previsão da norma de conflitos

13. A interpretação dos conceitos utilizados para delimitar a previsão da norma de conflitos relaciona-se com o tema da *qualificação* em Direito Internacional Privado.

Com efeito, numa aceção ampla, a qualificação abrange os problemas de interpretação e aplicação da norma de conflitos que dizem respeito aos conceitos técnico-jurídicos utilizados na sua previsão.

Por exemplo, os conceitos de “estado”, “capacidade”, “relações de família”, “sucessões por morte”, “obrigações contratuais”, “direitos reais”.

Estes conceitos delimitam o *objeto da remissão*. O objeto da remissão são situações da vida ou aspetos de situações da vida transnacional.

14. Não deve isolar-se a interpretação da aplicação, nem a delimitação do âmbito de aplicação da norma do apuramento das circunstâncias do caso relevantes para a sua aplicação. O aplicador tem de fazer um vaivém entre a norma o caso, o qual se vem a traduzir quer numa adaptação da norma às circunstâncias do caso quer num enriquecimento do conteúdo dos conceitos a que recorre a previsão normativa.

Os problemas que estudamos dentro da qualificação em sentido amplo são, pois, fundamentalmente, *problemas de interpretação* da norma de conflitos¹².

15. Tradicionalmente, a qualificação é encarada segundo um esquema subsuntivo, baseado na lógica formal, o *silogismo de subsunção*.

¹¹ Estes problemas colocam-se com respeito à concretização do elemento de conexão; à remissão para ordens jurídicas complexas; à devolução; à fraude à lei; e a problemas especiais de interpretação e aplicação do Direito de Conflitos.

¹² No mesmo sentido, MAURY [1936: 469]; MAKAROV [1949: 28]; e KEGEL/SCHURIG [2004: 336].

Assim, em sentido amplo, o problema da qualificação envolve três momentos.

No primeiro momento, estabelece-se a premissa maior, que é a previsão da norma de conflitos. O estabelecimento desta premissa envolve a *interpretação* da proposição jurídica, por forma a determinar a previsão normativa, mediante um enunciado das suas notas conceptuais.

No segundo momento, estabelece-se a premissa menor, por meio de uma delimitação do objeto da remissão, i.e., da determinação das situações da vida que se vão subsumir. Esta delimitação é feita tendo em atenção notas características jurídicas, envolvendo, pois, uma *caracterização* das situações da vida. Em rigor, a premissa menor não é constituída por factos¹³, mas por um enunciado de que as notas características da previsão normativa se encontram preenchidas em determinada situação da vida.

O terceiro momento é a *subsunção*, traduzindo-se na recondução da matéria delimitada na previsão normativa. Corresponde à qualificação em sentido estrito¹⁴. É um momento largamente predeterminado pelos dois anteriores.

16. Relativamente a este esquema subsuntivo cabe fazer duas advertências.

17. Primeiro, tende hoje a admitir-se que na maioria dos casos a interpretação-aplicação não poderá ser reconduzida exclusivamente a operações lógico-formais. Frequentemente será necessária uma *valoração*. Isto assume especial importância perante conceitos caracterizados por uma elevada indeterminabilidade, como são os conceitos utilizados na previsão das normas de conflitos¹⁵.

Já é controverso se o esquema subsuntivo pode ou não ser mantido. Alguns autores entendem que a recondução dos factos à previsão normativa pode assentar não só numa subsunção, mas também num raciocínio de coordenação valorativa. Outros defendem que as operações envolvidas na aplicação da regra, apesar de envolverem uma valoração, ainda podem ser configuradas segundo um esquema subsuntivo.

Parece que pela simples circunstância de o preenchimento de uma nota conceptual ser objeto de uma valoração não fica excluída a sua idoneidade para a subsunção. Todavia, há conceitos carecidos de preenchimento valorativo que são insuscetíveis de uma definição, mesmo perante as modernas teorias de definição. Daí que se me afigure duvidoso que ainda se possa falar de subsunção a respeito da recondução dos factos a estes conceitos.

Enfim, é certo que isto diz respeito ao estabelecimento da premissa menor do *silogismo judiciário* – a recondução dos factos à previsão normativa – e não impede que a aplicação destas regras seja silogisticamente fundamentada. Por outras palavras, o silogismo judiciário parece possível sem o silogismo de subsunção¹⁶. Sendo também certo que este silogismo judiciário não permite fundamentar a solução segundo processos lógico-formais, mas tão-somente assegurar a racionalidade desta fundamentação.

A elevada indeterminabilidade dos conceitos utilizados na previsão das normas de conflitos não obsta, de per si, ao enunciado das suas notas características. Estas notas tanto podem ser estruturais como funcionais e na apreciação do seu preenchimento é frequentemente necessária uma valoração. O esquema subsuntivo pode geralmente ser mantido¹⁷, mas a aplicação da norma de conflitos transcende frequentemente as operações lógico-formais.

18. A segunda advertência é a seguinte: o esquema subsuntivo apresentado não é um esquema para a resolução de casos práticos, serve apenas para a compreensão das várias operações incluídas na qualificação em sentido amplo.

¹³ Com efeito, uma subsunção de factos a um conceito não pode, em rigor, constituir um silogismo de subsunção - ver LARENZ [1991: 273 e seg.].

¹⁴ Cf. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1964: 215 e segs.] e NEUHAUS [1976: 114].

¹⁵ Ver também SCHURIG [1981: 177 e segs.].

¹⁶ O silogismo de subsunção serve para estabelecer a premissa menor do silogismo judiciário. Recorde-se o esquema do silogismo judiciário: temos uma situação S, uma previsão normativa P e uma consequência jurídica C; P é uma condição ou pressuposto que se realiza quando S é um caso particular de P; se S realiza P, C vigora para S.

¹⁷ Em sentido diferente, ver MOURA VICENTE [2001: 413 e segs. e 2020: n.º 13].

19. Nesta sede, importa centrar a análise na interpretação dos conceitos utilizados na previsão da norma de conflitos, que se inscreve no primeiro momento da qualificação.

20. No Código Civil, o legislador optou por utilizar na previsão das normas de conflitos conceitos técnico-jurídicos que se reportam a categorias de situações jurídicas definidas pelo seu conteúdo típico e por notas funcionais ou a questões parciais.

21. A secção do Código Civil dedicada ao Direito de Conflitos reproduz grosso modo toda a sistemática do Código Civil e, com ela, a classificação germânica das situações jurídicas em obrigações, direitos reais, relações de família e sucessões por morte.

É sabido que esta classificação não obedece a um critério unívoco, nem permite uma inserção adequada de todas as figuras. É uma classificação que reparte as matérias em centros de regulação numa ótica pragmática e que reflete certos elementos culturais.

22. As obrigações e os direitos reais são situações jurídicas agrupadas segundo um *critério estrutural*, i.e., atendendo ao conteúdo da situação jurídica. Na obrigação, o direito à prestação e o dever de prestar, com acento no aspeto passivo, na obrigação. No direito real, a atribuição de uma coisa corpórea que, em princípio, todos devem respeitar.

Em matéria de obrigações, a secção do Código Civil dedicada ao Direito de Conflitos também distingue, seguindo o critério das fontes das obrigações, em obrigações provenientes de negócio jurídico, a gestão de negócios, o enriquecimento sem causa e a responsabilidade extracontratual. Esta distinção também é seguida pela Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, pelo Regulamento Roma I e pelo Regulamento Roma II.

23. Já o critério de agrupamento seguido relativamente às relações de família e às sucessões parece ser outro. É um *critério de pendor funcional e institucional*. Nas sucessões, a transmissão de direitos *mortis causa*; no Direito da Família, as situações jurídicas que respeitam à instituição familiar¹⁸.

24. Certas normas de conflitos reportam-se a questões parciais, tais como a capacidade negocial e a forma, que são requisitos de validade de negócios jurídicos.

25. A extensão do objeto da norma de conflitos deve ser aquela que convenha à sua estatuição, à remissão. A interpretação da norma de conflitos tem, pois, de atender às finalidades por ela prosseguidas, designadamente ao fundamento da conexão. Mas também deve atender aos fins gerais do sistema de Direito Internacional Privado.

26. A primeira questão que se coloca relativamente à interpretação dos conceitos técnico-jurídicos utilizados na previsão das *normas de conflitos de fonte interna* é a de saber a que Direito recorrer para o efeito.

27. A solução clássica consiste no recurso aos conceitos homólogos do Direito material do foro. Por exemplo, para determinar o conteúdo do conceito de obrigação, utilizado nas normas de conflitos, deveria recorrer-se à definição contida no art. 397.º CC; para interpretar o conceito de casamento, utilizado nas normas de conflitos, à definição contida no art. 1577.º CC; quanto ao conceito de direito real, na falta de definição legal, haveria que atender à noção construída pelo intérprete com base nos tipos legais de direito real e no seu regime.

Neste sentido, invoca-se a “união pessoal” entre o legislador do Direito de Conflitos e o legislador de Direito material interno ou, numa forma mais ajustada às atuais conceções metodológicas, o princípio da unidade do sistema jurídico.

¹⁸ Ver ainda WENGLER [1981: 142 e segs.].

28. Contra esta tese é de assinalar que se os conceitos que delimitam o objeto da remissão tiverem o conteúdo que decorre expressamente ou por via da construção jurídica do Direito material interno eles vão deixar de fora realidades jurídicas diferentes existentes no Direito estrangeiro.

Por exemplo, o Código de Seabra definia o casamento como “um contrato de natureza perpétua entre homem e mulher”. Este conceito persistiu até 1910, data em que foi admitido o divórcio. Até essa data um casamento celebrado por alemães, ou franceses, e por isso submetido ao Direito alemão, ou francês, que admitiam o divórcio, podia ser subsumido às normas de conflitos portuguesas que se reportavam ao estado e à capacidade e ao casamento? Entendeu-se que sim. Mas isto é admitir que o conceito utilizado pela norma de conflitos é mais amplo que o conceito de Direito material interno.

O problema também se pode colocar hoje relativamente ao casamento poligâmico de Direito muçulmano, uma vez que o art. 1577.º CC define o casamento como um contrato entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida.

Outro exemplo: a adoção era desconhecida do Código de Seabra. Suponha-se que, na vigência deste Código, *B*, alemão, adotou *A*, também alemão, na Alemanha, segundo o Direito alemão. *A* demanda o pai adotivo, em tribunais portugueses, pedindo a condenação deste a prestar-lhe alimentos, com base na lei alemã. A pretensão de *A* ficaria sem tutela? Existiria uma lacuna no Direito de Conflitos, sendo necessário criar uma solução *ad hoc*?

A doutrina dominante entendeu que as normas estrangeiras sobre adoção se poderiam reconduzir ao conceito de “estado e capacidade” da norma de conflitos do Código de Seabra (art. 27.º), que remetia para a lei da nacionalidade dos interessados¹⁹.

Portanto, *A* poderia invocar as referidas disposições da lei alemã como fundamento da pretensão de alimentos.

29. Em suma, há a necessidade de uma maior abertura dos conceitos das normas de conflitos. O conceito de casamento da norma de conflitos do Código de Seabra teria de ser alargado a certos casamentos dissolúveis; o conceito de estado das mesmas normas de conflitos teria de abranger a adoção.

30. Esta insuficiência da conceção clássica levou RABEL a formular uma conceção diferente, segundo a qual na formulação e, em todo o caso, na interpretação dos conceitos das normas de conflitos nos deveríamos basear no Direito Comparado²⁰.

Por exemplo, quando a Lei de Introdução do Código Civil alemão se referia à tutela, o legislador alemão não devia ser entendido como querendo apenas reportar-se à tutela referida no Código Civil alemão, antes se reportaria, segundo a vocação universal das normas de conflitos, a todas as instituições jurídicas que têm por finalidade regular a representação ou a proteção das pessoas não inteiramente capazes que não se achem sob o poder paternal ou parental.

À conceção de RABEL é de objetar que não pode ser o Direito Comparado a decidir qual o sentido e alcance dos conceitos das normas de conflitos.

31. *De iure condendo*, é uma questão de política jurídica. Depende dos fins que se querem prosseguir como se conformam as previsões das normas de conflitos, qual a extensão que lhes deve ser dada. O Direito Comparado pode ser um instrumento útil para este efeito, mas não é ele que decide.

32. *De iure constituto*, como o Direito Comparado não é Direito positivo, não pode ser o Direito Comparado a decidir qual o alcance do conceito de uma norma de conflitos. Saber até onde o conceito utilizado na previsão da norma de conflitos abarca conteúdos jurídicos estrangeiros estranhos ao Direito do foro é um problema de interpretação da norma que o intérprete tem de resolver mediante o emprego

¹⁹ Sobre a controvérsia suscitada pela questão, na vigência do Código de Seabra, ver MOURA RAMOS [2000: 484, e segs.] e ASCENSÃO SILVA [2000: 126 e segs.] e as referências doutrinárias e jurisprudenciais contidas nestas obras.

²⁰ Ver [1931] e, posteriormente, RABEL/DROBNIG [1958: 54 e segs.]. Em sentido próximo, entre nós, HELENA BRITO [1999: 44]. Ver ainda Id. [2017: 188-189].

dos critérios de interpretação do sistema em que se integra a norma de conflitos. O Direito Comparado apenas auxilia esta tarefa.

33. Enfim, é dificilmente viável a elaboração de todo um novo sistema de conceitos, que mais não seja face à variabilidade que caracteriza as ordens jurídicas.

Como afirma ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, o método da comparação de Direitos é um instrumento, não uma solução²¹.

34. Pelas mesmas razões, também não se deve, em princípio, abandonar a determinação do conceito utilizado pela norma de conflitos do foro à *lex causae*, como defendeu até certo ponto MARTIN WOLFF²². Consistiria isto, por exemplo, em subsumir na norma de conflitos do art. 46.º CC tudo aquilo que na *lex rei sitae* fosse qualificado como direito real. Neste sentido fala-se na doutrina alemã de uma qualificação *lege causae*²³. O sentido e alcance do conceito utilizado na norma de conflitos depende das finalidades prosseguidas pelo Direito Internacional Privado do foro, e não das opções feitas pela *lex causae*²⁴.

35. A posição adotada com respeito às normas de conflitos de fonte interna é, seguindo ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, a de partir do Direito material do foro, retirando da sua análise notas para a determinação do conceito empregue pela norma de conflitos, mas tendo em conta as finalidades específicas prosseguidas pelo Direito de Conflitos²⁵.

A especialidade do Direito de Conflitos leva, em primeiro lugar, a uma certa indeterminabilidade dos conceitos aqui utilizados, de modo a poderem abranger realidades jurídicas diferentes ou desconhecidas do Direito material do foro²⁶.

Como escreve FERRER CORREIA, “o D.I.P. é por natureza um Direito aberto a todas as instituições e conteúdos jurídicos conhecidos do mundo: a sua perspectiva transcende forçosamente os horizontes do sistema jurídico interno”²⁷.

Por exemplo, perante um direito sobre uma coisa desconhecido do Direito material português, devemos atender a notas que se retiram do Direito material interno. Como notas relevantes para a determinação do conteúdo do conceito de direito real utilizado no art. 46.º CC ocorrem a atribuição de uma coisa corpórea independentemente de uma relação intersubjetiva que funda pretensões perante terceiros que exprimem a sequência. Se o direito conformado pela *lex rei sitae* apresentar estas notas será possível reconduzir a situação à previsão da norma de conflitos do art. 46.º CC.

Em suma, a interpretação das normas de conflitos de fonte interna é *ancorada no Direito material do foro*, mas *autónoma*²⁸.

36. Esta abertura dos conceitos utilizados para delimitar o objeto da remissão a realidades jurídicas estrangeiras diferentes ou desconhecidas do Direito material do foro é por vezes expressamente enunciada no texto legal. Por exemplo, o art. 30.º CC quando se reporta à “tutela e instituições análogas de proteção aos incapazes”²⁹.

²¹ 1964: 174 e seg. Ver também FERRER CORREIA [2000: 203 e seg.].

²² 1954 : 54 e seg. Para um exame mais desenvolvido da doutrina de MARTIN WOLFF, e dos limites que ela coloca à qualificação *lege causae*, ver KEGEL/SCHURIG [2004 : 340 e segs.].

²³ Cf. NEUHAUS [1976: 125] e KROPHOLLER [2006: 123]. Também se fala, a este respeito, de uma “remissão aberta” [*offene Verweisung*] – cf. NEUHAUS [1976: 124] seguido por KROPHOLLER [2006: 122]. Mas a expressão é de evitar neste contexto uma vez que se trata aqui de qualificação, ao passo que a remissão diz respeito à estatuição – ver LIMA PINHEIRO [2014: § 41].

²⁴ Ver ainda BATIFFOL/LAGARDE [1993: 482 e segs.].

²⁵ Em sentido próximo, VITTA [1990 n.º 10].

²⁶ Cf. I. DE MAGALHÃES COLLAÇO [1964: 193 e seg.], FERRER CORREIA [1987: 118 e 125 e segs.] e VITTA [1990: n.º 10].

²⁷ 1984: n.º 6.

²⁸ Esta ideia de autonomia dos conceitos que delimitam o objeto da remissão encontra-se já aflorada em FERRER CORREIA [1949/1950: 43-85], e TABORDA FERREIRA [1959: 515 e segs.]; foi objeto de desenvolvimento sistemático por ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1959: 153 e segs. e 178 e segs. e 1964: 176 e segs.].

²⁹ Cf. FERRER CORREIA [1987: 133].

37. Quando as finalidades do Direito Internacional Privado e a necessidade de prevenir ou solucionar certos problemas técnico-jurídicos de atuação da norma de conflitos o exigirem, pode mesmo justificar-se a formulação de regras especiais que se reportam exclusivamente a institutos jurídicos estrangeiros desconhecidos do Direito do foro. Por exemplo, o art. 64.º CC reporta-se à validade do testamento de mão comum (testamento em que dias ou mais pessoas dispõem no mesmo ato)³⁰, que não é admitido pelo nosso Direito material.

38. No que toca às *normas de conflitos de fonte supraestadual*, a interpretação dos conceitos utilizados na sua previsão deve obedecer aos critérios atrás enunciados (*supra* I).

3. Interpretação dos conceitos designativos do elemento de conexão

39. Tendo sido atrás enunciados os critérios gerais aplicáveis à interpretação das diferentes fontes de Direito Internacional Privado (I), limitar-me-ei agora a examinar a concretização destes critérios relativamente aos conceitos de nacionalidade e residência habitual.

40. Quanto à interpretação do conceito de *nacionalidade*, há que partir da noção geral de nacionalidade como vínculo jurídico-político que une uma pessoa a um Estado.

Mas este vínculo pode assumir diferentes significados.

41. A par do vínculo que une um indivíduo a um Estado soberano na ordem jurídica internacional, i.e., com capacidade internacional plena, há também vínculos que unem os indivíduos a Estados não soberanos ou com soberania reduzida³¹.

Por exemplo, nos EUA há uma nacionalidade primária, que é a do Estado federal, e uma nacionalidade secundária que se estabelece com o Estado federado do domicílio³². Na Suíça a nacionalidade primária é a do Estado federado – cantão – e a secundária a da “Confederação”.

42. Por vezes fala-se de “nacionalidade” a propósito de vínculos entre indivíduos e entidades supraestaduais que não são Estados. É o que se verifica com a dita “nacionalidade comunitária” ou “europeia”. Esta expressão é incorreta. A cidadania da União Europeia não é uma nacionalidade.

A cidadania europeia encontra-se prevista nos arts. 9.º e 11.º/4 do Tratado da União Europeia e na Parte II do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (arts. 19.º e segs.)³³.

O estatuto de cidadão da UE compreende o gozo de todos os direitos e a assunção de todos os deveres imputados às pessoas originárias de Estados-Membros. Mas os Tratados ocupam-se de certos direitos em especial, designadamente o direito de livre deslocação e permanência, o direito de proteção diplomática e, como expressão particularmente significativa da existência da cidadania da UE, o direito de votar e ser eleito para o Parlamento Europeu e nas eleições municipais do Estado de residência, por parte dos cidadãos da UE que residam noutro Estado-Membro³⁴.

É cidadão da UE toda a pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-Membro (art. 9.º do Tratado da União Europeia e art. 20.º/1 TFUE). A cidadania exprime a participação na definição da vontade política de uma comunidade. A atribuição da nacionalidade faculta o gozo dos direitos de participação política e é, assim, uma condição da cidadania.

A atribuição da nacionalidade é uma competência de domínio reservado dos Estados. A cidadania da UE não pressupõe qualquer nacionalidade da UE, que não existe.

³⁰ Cf. FERRER CORREIA [1987: 129 e segs.]. Outro exemplo encontra-se no art. 63.º/1 CC, quando se refere às exigências de forma especial por virtude da idade do disponente.

³¹ Estados protegidos, vassallos, exíguos, confederados, ocupados e divididos.

³² A nacionalidade secundária pressupõe sempre a nacionalidade primária.

³³ Ver MOURA RAMOS [1999: 339 e segs. e 2006]; JORGE MIRANDA [2010: 165 e segs.]; e FAUSTO DE QUADROS [2013: 156 e segs.].

³⁴ Ver desenvolvimento em FAUSTO DE QUADROS [2013: 160 e segs.].

43. Atendendo à função da norma de conflitos, a nacionalidade relevante para o Direito de Conflitos português é a nacionalidade do Estado soberano (seja ela a nacionalidade primária ou secundária).

44. O conceito de *residência habitual* é geralmente menos carregado de elementos técnico-jurídicos que o conceito de domicílio. É mais fácil de aplicar e gera menos divergências na sua aplicação. Daí a preferência que lhe é concedida nas Convenções internacionais, designadamente nas Convenções da Haia³⁵, nos Regulamentos europeus e em algumas codificações mais recentes.

No entanto, este conceito designativo também suscita alguns problemas de interpretação.

45. Por residência dos indivíduos é de entender o seu centro da vida pessoal (independentemente de uma autorização de residência)³⁶. O conceito de residência já contém uma nota de permanência. Mas a residência pode ser ocasional, caso em que há um centro de vida que, embora dotado de certa permanência, é precário.

O qualificativo de habitual exige um elevado grau de estabilidade e permanência. Uma residência só passa a ser habitual quando, tendo sido estabelecida sem um limite temporal próximo, dure efetivamente durante um considerável lapso de tempo.

Poderemos então definir residência habitual do indivíduo como centro efetivo e estável da sua vida pessoal³⁷.

46. A utilização do elemento de conexão residência habitual com respeito a entes coletivos, nos Regulamentos Roma I e Roma II, vem introduzir uma pluralidade de conceitos de residência habitual (art. 19.º do Regulamento Roma I e art. 23.º do Regulamento Roma II). Com efeito, relativamente aos entes coletivos, o conceito de residência habitual tem natureza técnico-jurídica, entendendo-se que corresponde ao local onde se situa a administração central ou, no caso de o contrato, o facto danoso ou o dano dizer respeito a um estabelecimento situado noutro país, o local onde se situa este estabelecimento³⁸.

III. Interpretação das normas de competência internacional

1. Aspetos gerais

47. O problema da interpretação e aplicação das normas de competência internacional tem certo paralelismo com o da interpretação e aplicação das normas de conflitos de Direito Internacional Privado (*supra* II).

48. As normas de competência internacional comportam, à semelhança do que se verifica, em regra, com as normas de conflitos de leis, um critério de conexão. Este critério de conexão pode ser indeterminado, carecendo de ser concretizado em função das circunstâncias do caso concreto. O critério de conexão indeterminado pode ser formulado positivamente (por exemplo, a regra que atribua competência aos tribunais de um Estado quando este seja o foro mais apropriado) ou negativamente (por exemplo, a regra que declara os tribunais de um Estado internacionalmente competentes para todas as ações de certo tipo, salvo se o caso não tiver uma ligação suficiente com o Estado do foro).

As normas de competência internacional vigentes na ordem jurídica portuguesa utilizam, porém, elementos de conexão determinados (por exemplo, domicílio do réu, lugar do cumprimento da obrigação, lugar onde ocorreu ou poderá ocorrer o facto danoso). Suscitam-se, pois, problemas paralelos de interpretação dos conceitos designativos do elemento de conexão.

³⁵ Cf. VON OVERBECK [1992 : 54 e seg.].

³⁶ Ver também art. 4.º/§ 2.º do Código belga de Direito Internacional Privado de 2004.

³⁷ Cp. JAYME [1995: 206 e seg.] e VON OVERBECK [1992: 54 e seg.].

³⁸ Ver MAGNUS/MANKOWSKI/LIMA PINHEIRO [2017: Art. 19 n.ºs 3-4].

49. Por outro lado, a interpretação dos conceitos técnico-jurídicos utilizados para delimitar a previsão normativa e para designar os elementos de conexão coloca, em ambos os casos, a questão de saber a que sistema jurídico-material recorrer para o efeito. Por exemplo, qual o significado a atribuir às expressões “matéria contratual” e “matéria extracontratual” utilizadas em normas de competência internacional; como determinar o domicílio do réu e o lugar de cumprimento da obrigação³⁹.

50. A resposta a estas questões é, até certo ponto, comum no Direito de Conflitos e no Direito da Competência Internacional. Aplicam-se os critérios gerais anteriormente expostos (I) e também em paralelo com o Direito de Conflitos, podemos designar por *qualificação* em sentido amplo a resolução do conjunto dos problemas de interpretação e aplicação da norma de competência internacional que dizem respeito aos conceitos técnico-jurídicos utilizados na sua previsão⁴⁰.

2. Normas de competência internacional de fonte interna

51. As normas de competência internacional de fonte interna têm de ser interpretadas como parte do sistema jurídico português.

52. Se o Direito interno oferece uma definição do conceito relevante para as normas de competência internacional esta definição tem de ser respeitada. Na falta de uma definição *ad hoc*, na determinação do sentido e alcance dos conceitos técnico-jurídicos utilizados quer para delimitar a previsão quer para designar o elemento de conexão há que partir do Direito material interno, do conteúdo aí atribuído, por exemplo, a “obrigações”, “direitos reais”, “domicílio”, “lugar do cumprimento”, etc.

53. À semelhança do que se verifica com o Direito de Conflitos, esta interpretação é *ancorada* no Direito material interno, mas *autónoma*, por forma a atender à especialidade do Direito da Competência Internacional. Daí decorre que se possa atribuir a estes conceitos um sentido e alcance diferente dos conceitos homólogos do Direito material interno. No que toca aos conceitos utilizados para delimitar a previsão esta diferença traduzir-se-á normalmente numa maior indeterminação, o que lhes dá uma maior abertura a realidades jurídicas estrangeiras (*supra* II.2)⁴¹.

3. Normas de competência internacional de fonte supraestadual

54. Os critérios gerais aplicáveis à interpretação das fontes supraestaduais de Direito Internacional Privado foram anteriormente enunciados (I).

55. Com respeito à Convenção de Bruxelas, o TCE sublinhou que, no que toca às normas de competência internacional, a interpretação autónoma “é a única que permite assegurar a aplicação uniforme da convenção, cujo objectivo consiste, designadamente, na uniformização das regras de competência dos órgãos jurisdicionais dos Estados contratantes, evitando, na medida do possível, a multiplicação da titularidade da competência judiciária a respeito de uma mesma relação jurídica, e em reforçar a protecção jurídica das pessoas domiciliadas na Comunidade, permitindo, simultaneamente, ao requerente identificar facilmente o órgão jurisdicional a que se pode dirigir e ao requerido prever razoavelmente aquele perante o qual pode ser demandado”⁴².

³⁹ Dá-se aqui por pressuposto que a interpretação dos conceitos técnico-jurídicos de “domicílio” e “lugar do cumprimento” permite concluir que se reportam a dados normativos e não a dados empíricos – ver BAPTISTA MACHADO [1982: 82 e segs.].

⁴⁰ Assim, FRAGISTAS [1961: 184].

⁴¹ Ver, com mais desenvolvimento, LIMA PINHEIRO [2019 I: 46 e segs.].

⁴² 13/7/1993, no caso *Mulox* [CTCE (1993) I-04075].

56. Excepcionalmente, as Convenções ou Regulamentos oferecem uma definição dos conceitos neles utilizados (por exemplo, o conceito de domicílio da pessoa coletiva é definido pelo art. 63.º do Regulamento Bruxelas I bis).

IV. Interpretação das normas de reconhecimento

1. Aspetos gerais

57. As normas de reconhecimento de decisões externas assumem conformações muito diversas.

58. As normas de reconhecimento *de efeitos* de decisões externas constituem uma modalidade de norma de conflitos, na medida em que remetem para o Direito do Estado de origem da decisão⁴³. Só estas normas integram a categoria internacionalprivatística das *normas de reconhecimento*⁴⁴.

59. Outras normas de reconhecimento de decisões externas são normas materiais que associam à decisão externa determinados efeitos estatuídos pelo Direito do Estado de reconhecimento. É isto que, em princípio, se verifica com as normas que atribuem força executiva, valor de título de registo e força probatória às decisões externas.

60. Por vezes estas diferentes normas de reconhecimento de decisões externas encontram-se expressas nas mesmas disposições legais. É o que se verifica no regime interno de reconhecimento de decisões judiciais estrangeiras (arts. 978.º e segs. CPC), que não distingue entre reconhecimento de efeitos e atribuição de força executiva. Do ponto de vista lógico, porém, é sempre possível e, para certos efeitos, necessário, distinguir entre as diferentes normas de reconhecimento que se inferem dessas disposições.

61. As normas de reconhecimento de decisões externas, quer sejam normas de conflitos ou normas materiais, podem ou não ser normas de conexão. As principais normas de reconhecimento de decisões externas vigentes na ordem jurídica portuguesa não são normas de conexão, visto que o reconhecimento não depende de uma conexão entre a situação que é objeto da decisão e o Estado de origem da decisão. Daí que o paralelismo com o Direito de Conflitos *stricto sensu*, no que se refere à interpretação e aplicação, seja mais limitado do que o assinalado com respeito às normas de competência internacional.

62. Ainda assim, há a assinalar que o problema da interpretação e aplicação das normas de reconhecimento de decisões externas apresenta importantes afinidades com o problema da interpretação e aplicação das normas de conflitos *stricto sensu*.

A interpretação dos conceitos técnico-jurídicos utilizados para delimitar o objeto da norma de reconhecimento de decisões externas coloca, à semelhança da interpretação dos conceitos técnico-jurídicos utilizados para delimitar a previsão das normas de conflitos *stricto sensu*, a questão de saber a que sistema jurídico-material recorrer para o efeito. Por exemplo, qual o significado a atribuir às expressões “matéria civil e comercial” e “direitos privados” e aos termos “decisão” e “divórcio”.

O mesmo se diga, com respeito às normas de reconhecimento de decisões externas que comportem elementos de conexão, quanto à interpretação dos conceitos técnico-jurídicos utilizados para designar os elementos de conexão e à concretização dos elementos de conexão que constituem dados normativos.

63. A resposta a estas questões é, até certo ponto, comum ao Direito de Conflitos *stricto sensu*, ao Direito da Competência Internacional e ao Direito de Reconhecimento, em conformidade com os critérios gerais anteriormente enunciados (I).

⁴³ Ver, sobre o conceito de reconhecimento, LIMA PINHEIRO [2019: § 90].

⁴⁴ Sobre esta categoria, ver LIMA PINHEIRO [2014: § 14 B].

64. Também em paralelo com o Direito de Conflitos *stricto sensu* e com o Direito da Competência Internacional, podemos designar por *qualificação* em sentido amplo a resolução do conjunto dos problemas de interpretação e aplicação da norma de reconhecimento de decisões externas que dizem respeito aos conceitos técnico-jurídicos utilizados na sua previsão⁴⁵.

65. O *objeto da norma de reconhecimento* de decisões externas é a própria decisão externa. Esta norma de reconhecimento reporta-se a uma decisão externa com certas características e atribui-lhe determinada relevância jurídica na ordem jurídica local. Isto é assim mesmo quando a norma de reconhecimento se reporta a uma decisão externa que produz determinado tipo de efeitos na ordem jurídica do Estado de origem e opera uma receção destes efeitos na ordem jurídica local.

2. Normas de reconhecimento de fonte interna

66. Aplicam-se aqui, com as devidas adaptações, as considerações que foram tecidas com respeito às normas de competência internacional de fonte interna (*supra* III. 2).

67. É concebível uma qualificação da decisão externa segundo o Direito do Estado de origem. Por exemplo, seria de reconduzir ao conceito de “decisão sobre direitos privados” das nossas normas de reconhecimento a decisão que no Estado de origem seja como tal considerada. Mas a qualificação segundo o Direito do estado de origem é de excluir, uma vez que cabe ao Direito do Estado de reconhecimento decidir quais as decisões a que confere relevância jurídica na ordem interna e quais as condições de que depende essa relevância.

68. Uma “dupla qualificação”, que exija a coincidência entre a qualificação feita perante o Direito do Estado de origem e a qualificação segundo o Direito do Estado de reconhecimento, também é de recusar, porque dificultaria o reconhecimento de decisões externas.

69. A qualificação deve ser feita segundo o Direito de Reconhecimento português, mas com base numa *interpretação autónoma* dos conceitos utilizados para delimitar a previsão da norma de reconhecimento. Quando estes conceitos se reportam a características das decisões externas que dizem respeito, designadamente, à natureza da entidade que as proferiu, à qualidade em que atuou esta entidade ou à eficácia da decisão na ordem jurídica do Estado de origem, torna-se necessária uma *caracterização* segundo o Direito do Estado de origem⁴⁶.

Assim, por exemplo, a qualificação de uma decisão estrangeira como “decisão sobre direitos privados” para efeitos do art. 978.º CPC, deve ser feita segundo o critério definido perante o Direito de Reconhecimento português e com base numa interpretação autónoma.

70. Por “decisão” entende-se qualquer ato público que segundo a ordem jurídica do Estado de origem tenha força de caso julgado⁴⁷. Há que aferir perante o Direito do Estado de origem se a decisão foi proferida por um órgão público e se tem força de caso julgado.

71. Pelo que toca ao carácter “privado”, o que importa é o objeto da decisão e não a natureza do tribunal que a proferiu⁴⁸.

⁴⁵ Em geral, sobre a qualificação dos conceitos utilizados nas normas de reconhecimento, ver VITTA [1979: 114 e seg.] e MARTINY [1984: n.ºs 185 e seg.]. No sentido de as questões de saber o que se deve entender por “decisão sobre direitos privados” e por “tribunal estrangeiro” poderem ser configuradas como problemas de substituição, ver BASEDOW [1992: 148].

⁴⁶ Em sentido convergente, MARTINY [1984: n.º 186].

⁴⁷ Cf. MORELLI [1954: 311], MARTINY [1984: n.º 487 e segs.] e SCHACK [2017: n.ºs 102 e 906]. Em sentido convergente, FERRER CORREIA [2000: 455 e seg.]. Sobre o problema do reconhecimento das providências cautelares, ver BARIATTI [1995: 1225] com mais referências, MARTINY [1984: n.ºs 492 e segs.] e SCHACK [2017: n.ºs 914 e segs.].

⁴⁸ Cf. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1963: 25] e FERRER CORREIA [1982: 107 e 2000: 455].

A decisão deve ter por objeto uma relação que no Estado de reconhecimento seja considerada “privada”⁴⁹. Para efeito desta apreciação a relação tem de ser caracterizada juridicamente perante a ordem jurídica do Estado de origem. É uma qualificação segundo o Direito de Reconhecimento do foro com base numa caracterização feita perante a ordem jurídica do Estado de origem.

3. Normas de reconhecimento de fonte supraestadual

72. Também aqui se aplicam, com as devidas adaptações, as considerações anteriormente expostas (I).

73. A definição autónoma dos conceitos técnico-jurídicos utilizados para delimitar a previsão das normas supraestaduais de reconhecimento de decisões externas é excecional. Constitui exemplo a definição de “decisão” contida no art. 2.º/a do Regulamento Bruxelas I bis.

74. Na falta de uma definição autónoma, as soluções possíveis para o problema da qualificação são fundamentalmente três: a qualificação segundo o Direito do Estado de origem, a “dupla qualificação” e a “qualificação autónoma”.

Todas estas soluções foram defendidas, perante a Convenção de Bruxelas sobre a Competência Judiciária e a Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial (1968), com respeito à qualificação de uma decisão como relativa a “matéria civil e comercial”.

Num primeiro momento, alguma doutrina inclinou-se no sentido de uma qualificação segundo o Direito do Estado de origem⁵⁰.

O TCE, porém, estabeleceu com a decisão proferida no caso *Eurocontrol* uma orientação no sentido da autonomia da qualificação feita pelo tribunal de reconhecimento⁵¹. Como já se assinalou, entende-se por “qualificação autónoma” uma qualificação baseada numa interpretação autónoma dos conceitos utilizados na previsão destas normas de reconhecimento. Isto não exclui que o conceito assim interpretado se reporte a características das decisões que devem ser apreciadas segundo o Direito do Estado de origem ou segundo o Direito interno de outro Estado. Assim, parece que a questão de saber se uma decisão judicial, por ter por objeto uma relação conexa com o exercício de poderes de autoridade, não é reconduzível ao conceito de “matéria civil e comercial”, exige uma consulta do Direito do Estado direta ou indiretamente implicado na relação⁵².

V. Considerações finais

75. Para a interpretação das proposições de Direito Internacional Privado vale muito da temática geral da interpretação jurídica, sendo especialmente de sublinhar os desafios resultantes da indeterminabilidade dos conceitos utilizados nestas proposições e da unidade entre interpretação e aplicação das normas que exprimem.

76. O exame dos problemas específicos colocados por estas proposições revela uma vasta identidade nos três complexos normativos abrangidos pelo Direito Internacional Privado enquanto disciplina jurídica (Direito de Conflitos, Direito da Competência Internacional e Direito de Reconhecimento), o que demonstra que esta abrangência não é só justificada pelos múltiplos e estreitos nexos funcionais que intercedem entre esses complexos normativos mas também por uma afinidade da sua problemática técnico-jurídica e dos critérios que orientam a sua solução.

⁴⁹ Cf. MARTINY [1984: n.º 500] e SCHACK [2017: n.ºs 906 e segs.].

⁵⁰ Cf. BÜLOW [1965: 476 e seg. n. 10], GOLDMAN [1971: 9], Weser [1975: 223 e seg.] e SCHLOSSER [1977: 459].

⁵¹ 14/10/1976 [CTCE (1976) 629]. Ver an. de DROZ [1977: 779 e segs.]. Ver também TCE 14/7/1977, no caso *Bavaria* [CTCE (1977) 535] e TEIXEIRA DE SOUSA [2002: 680 e seg.].

⁵² Cp., porém, LIMA PINHEIRO [2019: § 84 B].

EL CONCEPTO DE INVENTOR EN EL DERECHO DE PATENTES Y LOS SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL*

THE CONCEPT OF INVENTOR IN PATENT LAW AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE SYSTEMS

MARÍA DEL MAR MAROÑO GARGALLO

*Profa. Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Santiago de Compostela*

ORCID ID: 0000-0003-1080-307X

Recibido: 15.06.2020 / Aceptado: 01.07.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5619>

Resumen: Los extraordinarios desarrollos alcanzados en el campo de la inteligencia artificial determinan la necesidad de revisar aspectos asentados en el Derecho de patentes, entre ellos, la posibilidad de que se pueda reconocer la calidad de inventor a un sistema de inteligencia artificial. En el presente trabajo se examinan los retos que plantea esta cuestión a la luz de la normativa española de patentes y del Convenio sobre concesión de Patentes Europeas. En concreto, se hace un análisis de la figura del inventor en la normativa vigente para, a partir de este, valorar la necesidad o no de modificar la normativa actual para adaptarse a las expectativas suscitadas por la capacidad inventiva de los sistemas de inteligencia artificial.

Palabras clave: inteligencia artificial, Derecho de patentes, inventor.

Abstract: The rocketed developments in artificial intelligence field make necessary to review some topics on Patent Law, specially the concept of inventorship in order to asses if an artificial intelligence system can be considered as inventor. This paper examines this problem in the Spanish and European Law. Taking into account the analysis of the legal concept of inventor, we examine whether it is necessary to change the regulation to adapt it to the new challenges of the inventive capacity of the artificial intelligence systems.

Keywords: artificial intelligence, patent Law, inventor.

Sumario: I. Los sistemas de inteligencia artificial. 1. Aproximación a la inteligencia artificial..2. ¿Puede tener capacidad inventiva autónoma un sistema de inteligencia artificial? II. La figura del inventor. 1. El inventor en la legislación de patentes: especial referencia a la vertiente moral del derecho. 2. El concepto de inventor ante los sistemas de inteligencia artificial. A). Barreras que impiden la designación de un sistema de inteligencia artificial como inventor desde la perspectiva del Derecho de patentes. B). ¿Es necesario modificar la normativa de patentes ante los desarrollos de los sistemas de inteligencia artificial? C). Implicaciones de designar a un sistema de inteligencia artificial como inventor. III. Conclusión.

*Financiado por: FEDER/Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades –Agencia Estatal de Investigación/Proyecto DER-2017-82353-P. El presente trabajo forma parte de los resultados del Proyecto de investigación DER-2017-82353-P: “Big Data e Internet de las cosas: Nuevos retos para el Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales”, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades - Agencia Estatal de Investigación (AEI) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER, UE) “Una manera de hacer Europa” (Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia), del cual es investigador principal el Prof. Dr. Á. GARCÍA VIDAL.

I. Los sistemas de inteligencia artificial

1. Aproximación a la inteligencia artificial

1. La ciencia ficción ha puesto ante nosotros la imagen de máquinas que, no solo son tan inteligentes como un ser humano, sino que sienten emociones, empatía y pueden ser perfectamente seres creativos. Pero esa imagen sigue siendo eso hoy en día: pura ciencia ficción. Lo que ya no lo es, es el despegue de lo que se conoce como “inteligencia artificial”. Frente a la idea de que en la naturaleza la inteligencia es una cualidad reservada a los seres vivos y, en concreto, la de nivel superior a los seres humanos; la simple comprensión del término empleado –inteligencia artificial- nos conduce a la conclusión de que el desarrollo tecnológico permite que existan máquinas inteligentes. La cuestión es determinar cuál es el nivel de inteligencia alcanzado.

2. No existe una definición única y comúnmente aceptada de lo que es la inteligencia artificial. Pero hay unanimidad en reconocer que dentro del término se engloban diversos métodos o técnicas. Lo relevante es que todas ellas implican que elementos o componentes artificiales pueden obtener resultados o efectos útiles, que manifiestan la puesta en práctica de una conducta o proceso deductivo inteligente¹. Actualmente, multitud de tareas antes impensables para una máquina son desarrolladas por mecanismos que incorporan sistemas de inteligencia artificial. Sistemas de coches sin conductor, asistentes virtuales, publicación automática de noticias, reconocimiento de voz, programas de traducción, aplicaciones en el ámbito de la salud, etc. son muestras de cómo la inteligencia artificial ayuda a mejorar nuestra vida y la expectativa es que cada vez sus utilidades serán mayores. En una Comunicación de la Comisión Europea del año 2019, en relación con las inversiones para fomentar la inteligencia artificial, la Comisión informa de que tiene previsto invertir cada año 1.000 millones de euros de Horizonte Europa y del programa Europa Digital, especialmente para espacios comunes de datos en salud, transporte y fabricación, y grandes instalaciones de experimentación, como hospitales inteligentes e infraestructuras para vehículos automatizados y una agenda de investigación estratégica². Y, cómo no, la inteligencia artificial también se trata de utilizar como herramienta en la lucha que actualmente se mantiene para frenar la pandemia del COVID-19³.

3. La Unión Europea ha elaborado una iniciativa sobre la inteligencia artificial que, entre otros extremos, tiene por objeto fomentar el uso de la inteligencia artificial en todos los ámbitos de la economía (potenciando la capacidad tecnológica e industrial en la Unión), así como garantizar el estable-

¹ En un documento del Grupo de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial creado por la Comisión Europea en 2018 se señala que, dado el carácter vago del concepto “inteligencia”, los investigadores que trabajan en el campo de la inteligencia artificial suelen utilizar el término “racionalidad” -aun reconociendo que la racionalidad no es el único aspecto que integra la inteligencia-. Y se entiende por racionalidad “la capacidad de elegir la mejor acción posible para alcanzar un objetivo determinado, dados determinados criterios que es necesario optimizar y teniendo en cuenta los recursos disponibles”. *Vid. Una definición de la inteligencia artificial: Principales capacidades y disciplinas científicas* (en adelante citado como: *Una definición de la inteligencia artificial*), documento del Grupo de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial, publicado en abril de 2019 y accesible en: <https://ec.europa.eu/futurium/en/ai-alliance-consultation/guidelines#Top>; visitado por última vez el 5 de abril de 2020).

² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, *Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano*, de 8 de abril de 2019, COM(2019) 168 final, p. 2. Ya entre el año 2014 y el año 2017 se invirtieron en la Unión Europea cerca de 1.100 millones de euros en investigación e innovación relacionada con la inteligencia artificial en ámbitos como la sanidad, el transporte o la investigación espacial. *Vid. la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones Inteligencia artificial para Europa*, de 25 de abril de 2018 [COM(2018) 237 final, pp. 3 y ss.], en la que también se informa de que la Comisión puso en marcha iniciativas fundamentales para la inteligencia artificial como el desarrollo de componentes y sistemas electrónicos más eficaces, o proyectos sobre tecnologías cuánticas y sobre la cartografía del cerebro humano.

³ La Comisión Europea ha lanzado el 25 de marzo de 2020 una iniciativa para recopilar ideas y soluciones en el ámbito de la salud y que puedan servir para luchar frente a dicha pandemia a través del empleo de la inteligencia artificial y la robótica. *Vid. https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/join-ai-robotics-vs-covid-19-initiative-european-ai-alliance*; consultada por última vez, el 5 de abril de 2020).

cimiento de un marco ético y jurídico adecuado. Ese objetivo se marcó en una primera Comunicación de la Comisión del año 2018 sobre “Inteligencia artificial para Europa”⁴, en la que se define la inteligencia artificial señalando que el término se aplica “a los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción —con cierto grado de autonomía— con el fin de alcanzar objetivos específicos”. La Comisión también estableció un plan coordinado sobre inteligencia artificial con los Estados miembros⁵, y creó un grupo de expertos de alto nivel que en abril de 2019 publicó unas Directrices para una inteligencia artificial fiable⁶. A su vez, con el objetivo de promover la utilización de la inteligencia artificial y plantear los riesgos que esta puede generar, ha presentado en febrero de 2020 un *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial*, a fin de dar opción a los Estados miembros, a otras instituciones europeas y a todas las partes interesadas, a que contribuyan con su opinión en una futura toma de decisiones de la Comisión en este ámbito⁷.

4. Para tratar de entender mejor qué es este fenómeno de la inteligencia artificial, hay que tener en cuenta que en las Directrices del Grupo de expertos creado por la Comisión Europea se da una definición más completa sobre inteligencia artificial que la contenida en la primera Comunicación de la Comisión de 2018. En concreto, en dichas Directrices los sistemas de inteligencia artificial son definidos como «sistemas de software (y en algunos casos también de hardware) diseñados por seres humanos que, dado un objetivo complejo, actúan en la dimensión física o digital mediante la percepción de su entorno a través de la obtención de datos, la interpretación de los datos estructurados o no estructurados que recopilan, el razonamiento sobre el conocimiento o el procesamiento de la información derivados de esos datos, y decidiendo la acción o acciones óptimas que deben llevar a cabo para lograr el objetivo establecido. Los sistemas de IA pueden utilizar normas simbólicas o aprender un modelo numérico; también pueden adaptar su conducta mediante el análisis del modo en que el entorno se ve afectado por sus acciones anteriores»⁸.

5. La definición anterior se completa añadiendo que dentro de la inteligencia artificial se engloban distintos enfoques y técnicas⁹. Frente a las técnicas que permiten llevar a cabo un razonamiento a partir de los datos procedentes de sensores, las de aprendizaje permiten a un sistema de inteligencia artificial aprender a resolver problemas “que no se pueden especificar de manera precisa, o cuyo método de resolución no se pueda describir mediante reglas de razonamiento simbólicas”¹⁰. Asimismo, otro sector

⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, *Inteligencia artificial para Europa*, cit., p.1

⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, *Plan coordinado sobre la inteligencia artificial*, 7 de diciembre de 2018, COM(2018) 795 final.

⁶ También se ha creado la llamada “Alianza europea de la IA”, que se presenta como un foro que permite participar e interactuar con los miembros del Grupo de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial, a través de una plataforma multilateral, facilitando un diálogo abierto sobre todos los aspectos del desarrollo de la Inteligencia Artificial y sus impactos (vid. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/european-ai-alliance>; último acceso, 6 de abril de 2020).

⁷ *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial - un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*, 19 de febrero de 2020, COM(2020) 65 final.

⁸ Vid. *Directrices éticas para una IA fiable*, elaboradas por el Grupo Independiente de Expertos de alto nivel sobre Inteligencia artificial, creado por la Comisión Europea en junio de 2018, publicadas en abril de 2019, p. 50 (disponibles en: <https://ec.europa.eu/futurium/en/ai-alliance-consultation/guidelines#Top>; visitado por última vez el 5 de abril de 2020).

⁹ Se señala que la inteligencia artificial es un concepto que engloba (sub)áreas como la informática cognitiva, el aprendizaje automático, la inteligencia aumentada o la robótica con inteligencia artificial. Vid. el «Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad» (2017/C 288/01).

En el Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)) de la Comisión de Asuntos Jurídicos (Ponente: Mady Delvaux) de 27 de enero de 2017, se apunta que debe establecerse una definición europea común de robots autónomos «inteligentes», teniendo en cuenta las siguientes características: la capacidad de adquirir autonomía mediante sensores y/o mediante el intercambio de datos con su entorno (interconectividad) y el análisis de dichos datos; la capacidad de aprender a través de la experiencia y la interacción; la forma del soporte físico del robot; y la capacidad de adaptar su comportamiento y acciones al entorno.

¹⁰ Vid. Grupo de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial, *Una definición de la inteligencia artificial*, cit., pp. 5 y 6, donde además se destaca que dentro del aprendizaje se incluyen diversas técnicas, como el aprendizaje automático, las redes neuronales, el aprendizaje profundo, árboles de decisión y muchas otras técnicas de aprendizaje.

de interés lo constituye la robótica, entendiendo por robot “una máquina física que debe enfrentarse a la dinámica, la incertidumbre y la complejidad del mundo físico”¹¹.

6. Una de las técnicas que mayor éxito está teniendo dentro de las que se engloban en el ámbito del aprendizaje es la del aprendizaje automático¹². El aprendizaje automático incluye algoritmos capaces de enseñarse a sí mismos tareas específicas sin estar programados para ello. Procesando los datos, el algoritmo es capaz de aprender a reconocer patrones y formular reglas de actuación¹³. Lo característico es precisamente que en esta técnica la máquina no está programada para alcanzar el resultado siguiendo unas instrucciones precisas predeterminadas.

7. Dentro de los métodos de aprendizaje automático, las llamadas «redes neuronales» destacan por presentar además la ventaja de aceptar una mayor tipología de datos de entrada, como datos no estructurados tales como la imagen o el habla¹⁴; aumentando así la capacidad de análisis. Por lo demás, si en un principio entre la capa de entrada de datos y la de salida había una sola capa intermedia en la que se producía el proceso deductivo, para aumentar las capacidades de análisis y deducción se fue aumentando el número de capas intermedias. Se llega así al llamado “aprendizaje profundo”, término que se utiliza para referirse a un tipo de red neuronal caracterizado porque el número de capas entre los datos de entrada y el resultado se ha ido aumentando, “profundizando” así la capacidad de cálculo¹⁵. Se destaca además que, frente al aprendizaje automático tradicional, en el que el ingeniero tiene que seleccionar las características que han de ser tenidas en cuenta para llegar a un determinado resultado, las redes neuronales profundas pueden determinar de forma automática las características relevantes a partir de datos sin procesar, porque al profundizar en el número de capas, las redes aprenden a reconocer las características que son útiles y cómo utilizarlas para resolver las cuestiones planteadas. Se dice, así, que el programa puede aprender a realizar actuaciones inteligentes fuera de la noción programada; puede aprender por sí mismo e irse adaptando en función de los retos planteados. Y ello lo hace con un proceso no fácilmente traducible a una forma comprensible para el ser humano, razón por la que se dice que las redes neuronales profundas son una “caja negra”¹⁶.

8. Con todo, se advierte que en la actualidad las redes neuronales están sometidas a límites. Por un lado, su eficacia depende en gran medida de disponer de datos de análisis suficientes. La importancia del acceso a los datos se refleja en el *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial*¹⁷, cuando se dice que la inteligencia artificial es una combinación de tecnologías que agrupa datos, algoritmos y capacidad informática. De ahí, la importancia del Big Data. Porque a mayor número de datos de los que pueda disponer, más fiable y óptimo será el resultado obtenido. Por eso se dice que los datos constituyen la «fuerza bruta»; sin datos suficientes o con datos sesgados, el resultado obtenido no será óptimo. Por lo

¹¹ Vid. Grupo de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial, *Una definición de la inteligencia artificial*, cit., p. 7.

¹² Vid. Grupo de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial, *Una definición de la inteligencia artificial*, cit., p. 6, donde se señala que los enfoques más extendidos son el *aprendizaje supervisado*, el *aprendizaje no supervisado* y el *aprendizaje por refuerzo*.

¹³ Vid. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad» (DOUE C 288, de 31 de agosto de 2017, p. 3).

¹⁴ Vid. Documento de referencia sobre patentes y nuevas tecnologías, del Comité permanente sobre el Derecho de patentes de la Organización Mundial de la Propiedad intelectual (OMPI), SCP/30/5, de 28 de mayo de 2019, p. 5 (disponible en: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_1055_exec_summary.pdf; último acceso mayo de 2020).

¹⁵ Se destaca que el aprendizaje profundo implica el uso de grandes redes neuronales que presentan, al menos, dos capas ocultas, y que permiten desarrollar conceptualizaciones más abstractas de los problemas y ofrecer respuestas más matizadas. Vid. P. BOUCHER, *How artificial intelligence works*, Scientific Foresight Unit (STOA) PE 634.420, marzo de 2019, pp. 2 y 3, disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/at-your-service/files/be-heard/religious-and-non-confessional-dialogue/events/en-20190319-how-artificial-intelligence-works.pdf>; último acceso, mayo 2020).

¹⁶ Vid. el *Documento de referencia sobre patentes y nuevas tecnologías*, del Comité Permanente sobre el Derecho de Patentes de la OMPI, SCP/30/50, de 28 de mayo de 2019, p. 10.

¹⁷ COM (2020) 65 final, p. 2. Igualmente, vid. el *Documento de referencia sobre patentes y nuevas tecnología*, cit., p. 10.

demás, se advierte que además de esa dependencia de los datos disponibles, y pese a los avances conseguidos, el aprendizaje profundo todavía requiere la intervención del ser humano¹⁸.

9. En este sentido, cuando se discute sobre las habilidades o capacidades que puede alcanzar en el futuro la inteligencia artificial, se diferencia entre una inteligencia artificial específica (o débil) y una inteligencia general (o fuerte)¹⁹. Frente a los sistemas de inteligencia artificial específicos, que se limitan a realizar tareas concretas, un sistema de inteligencia artificial general sería un sistema que actuaría de forma inteligente en múltiples contextos, pudiendo realizar la mayoría de las actividades que pueden llevar a cabo los seres humanos. Se alude incluso a la posibilidad de alcanzar una «superinteligencia artificial», referida a una inteligencia artificial con un nivel de inteligencia general superior al de los humanos medios o incluso a un supuesto en el que la inteligencia artificial se volvería lo suficientemente inteligente y autónoma como para generar una inteligencia artificial aún más inteligente y autónoma²⁰. Con todo, y pese a que los niveles alcanzados por la inteligencia artificial en el momento actual son muy destacables, los expertos advierten de que los métodos existentes sirven para resolver todavía tareas concretas y que, aunque suponen ya una herramienta utilísima para el ser humano, están lejos de alcanzar los niveles de una “inteligencia general” o de una “superinteligencia”²¹.

2. Inteligencia artificial y Derecho de patentes: ¿Puede tener capacidad inventiva autónoma un sistema de inteligencia artificial?

10. Evidentemente, el Derecho de patentes no se puede mantener ajeno a la existencia de estas técnicas de inteligencia artificial. No ya solo porque numerosas solicitudes de patente se relacionan con sistemas de inteligencia artificial y, en particular, técnicas de aprendizaje automático como el aprendizaje profundo²²; sino porque los avances alcanzados en la inteligencia artificial han hecho aflorar la cuestión de si serían patentables invenciones generadas por un sistema de inteligencia artificial. De lo dicho en el epígrafe anterior, tal parece que los sistemas de inteligencia artificial aún no tendrían hoy en día la capacidad de actuar de forma plenamente autónoma. Sin embargo, algunos autores afirman que la invención por parte de sistemas de inteligencia artificial es una realidad que ya está presente, poniendo ejemplos como la “Máquina de la creatividad” de Stephen Thaler o el de la “Máquina de la invención”, entre otros²³; precisando que aunque estos sistemas requieren cierta cantidad de información humana para generar resultados creativos, proporcionar una tarea y materiales de partida no convertiría en inventor al ser humano, sino que el acto creativo es de la máquina que produce nuevos resultados, en concepto de inventora o, según los casos, de coinventora²⁴. Y, en consecuencia, estos autores piden un reconocimiento desde el Derecho de patentes para esa actividad inventiva.

¹⁸ Se destaca que el ingeniero conserva un papel insustituible en el diseño y la optimización del entorno en el que las máquinas aprenden. P. BOUCHER, “How artificial intelligence works”, cit., pp. 5 y 6.

¹⁹ Vid. Grupo de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial, *Una definición de la inteligencia artificial*, cit., p. 5.

²⁰ P. BOUCHER, “How artificial intelligence works”, cit., pp. 8 y ss.

²¹ N. SEMTOV, *A study on inventorship in inventions involving AI activity*, febrero de 2019, p. 10, disponible en: [http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/3918F57B010A3540C125841900280653/\\$File/Concept_of_Inventorship_in_Inventions_involving_AI_Activity_en.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/3918F57B010A3540C125841900280653/$File/Concept_of_Inventorship_in_Inventions_involving_AI_Activity_en.pdf); último acceso el 9 de abril de 2020).

²² Vid. el Documento de referencia sobre patentes y nuevas tecnologías, del Comité Permanente sobre el Derecho de Patentes de la OMPI, cit., p. 5, donde se destaca que el aprendizaje profundo está en auge como técnica básica en las solicitudes de patentes de inteligencia artificial. Puede consultarse, asimismo, en la página web de la OEPM, referencias a patentes que se están publicando en el mundo sobre invenciones que involucran técnicas de inteligencia artificial (vid. (http://www.oepm.es/informacion_tecnologica/informacion_gratuita/Alertas_Tecnologicas/); consultada por última vez, el 12 de mayo de 2020).

²³ Vid. R. ABBOTT, *I Think, Therefore I Invent: Creative Computers and the Future of Patent Law*, 57 *Boston College Law Review*, (2016), n.º 4, (<http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol57/iss4/2>), pp. 1079-1126 (1080 y 1083 y ss.).

²⁴ Vid. R. ABBOTT, *I Think, Therefore I Invent: Creative Computers and the Future of Patent Law*, cit., pp. 1094, 1095 y 1103. Vid. igualmente, N. LI y T. KOAY, “Artificial intelligence and inventorship: an Australian perspective”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 15, No. 5, 2020, pp. 399-404 (400, 403 y 404).

11. En esta línea, en el año 2018 fueron presentadas dos solicitudes de patente en las que se señalaba que el inventor era un sistema de inteligencia artificial, al que se denomina DABUS, y que se describe como “un tipo de inteligencia artificial conexionista”²⁵. Las solicitudes fueron presentadas en varias oficinas de Patentes, entre ellas la Oficina de Patentes de Reino Unido y la Oficina Europea de Patentes²⁶. La primera solicitud tenía por objeto un recipiente alimentario o para comida (solicitud EP 18 275 163.6)²⁷ y, la segunda, dispositivos y métodos para atraer mejor la atención (EP 19 275 174.3)²⁸.

12. Hay que reconocer que las solicitudes presentadas han tenido el efecto de obligar a las oficinas de patentes implicadas a enfrentarse expresamente a la cuestión de determinar si una invención generada por un sistema de inteligencia artificial sería patentable, a la vista de la legislación vigente; esto es, si es posible conceder un derecho de patente sobre una invención, considerando inventor a una máquina y no una persona. Cabe adelantar que ambas solicitudes de patentes fueron rechazadas por la Oficina de Patentes de Reino Unido mediante una Decisión de 4 de diciembre de 2019²⁹. Por lo demás, también fueron rechazadas las solicitudes presentadas ante la Oficina Europea de Patentes (OEP) (los motivos de esta decisión fueron publicados el 27 de enero de 2020)³⁰; aunque tal decisión ha sido recurrida³¹.

13. No cabe duda de que la evolución en las técnicas de inteligencia artificial plantea nuevos desafíos que afectan a la propiedad industrial e intelectual. Se explica así el debate que se plantea en relación con múltiples aspectos implicados³², entre ellos el relativo a la posibilidad de reconocer a un sistema de inteligencia artificial como inventor a la luz del Derecho de patentes. Para abordar esta última problemática, en este trabajo primero se examinarán los rasgos que caracterizan a la figura del inventor en el Derecho de patentes, prestando especial atención a la vertiente moral del derecho. Después se analizarán los obstáculos que dificultan actualmente la consideración de un sistema de inteligencia artificial como inventor y se valorará la necesidad o no de modificar la normativa vigente. Finalmente, se plantearán las implicaciones que tendría reconocer como inventor a un sistema de inteligencia artificial.

²⁵ Las solicitudes fueron presentadas por el señor Stephen Thaler, creador de DABUS, que es un sistema de inteligencia artificial, a su vez patentado. La información sobre DABUS es accesible a través de una página web creada en el proyecto para darlo a conocer (vid. <http://artificialinventor.com/dabus/>; consultada por última vez el 7 de abril de 2020). En dicha página se informa de que la máquina DABUS no fue creada para resolver ningún problema en particular ni fue entrenado con ningún dato especial relevante para la invención.

²⁶ Las solicitudes también fueron presentadas ante la Oficina de Patentes y Marcas de los EEUU y a través del sistema del Tratado de cooperación en materia de patentes (PCT). Vid. <http://artificialinventor.com/patent-applications/>, consultada por última vez el 7 de abril de 2020).

²⁷ Vid. <http://artificialinventor.com/wp-content/uploads/2019/07/Fractal-Container-Application.pdf>, consultado por última vez el 8 de abril de 2020)

²⁸ Vid. <http://artificialinventor.com/wp-content/uploads/2019/07/Neural-Flame-Application.pdf>; consultado por última vez el 8 de abril de 2020)

²⁹ BL O/741/19, y relativa a las solicitudes de patentes GB1816909.4 y GB1818161.0.

³⁰ La Sección de Depósito decidió acumular los procedimientos relativos a las solicitudes EP 18 275 163 y EP 19 275 174 para el procedimiento oral sobre la designación del inventor porque el solicitante, su representante y los hechos relativos a la designación del inventor eran idénticos en ambos casos. Sin embargo, ambas solicitudes fueron rechazadas señalando que designaban una máquina como inventor y no cumplían los requisitos formales bajo el Convenio sobre concesión de Patentes Europeas; en particular los establecidos en el artículo 81 del CPE y en la regla 19.1 del Reglamento de Ejecución del CPE (RCPE). Los motivos de rechazo pueden consultarse en <https://www.epo.org/news-issues/news/2020/20200128.html>; consultada por última vez el 2 de abril de 2020.

³¹ Vid. https://register.epo.org/application?number=EP18275163#_blank, y https://register.epo.org/application?number=EP18275174#_blank.

³² Significativo al respecto es el foro creado por la OMPI para establecer un diálogo entre los Estados miembros y otras partes interesadas sobre los efectos de la inteligencia artificial en la propiedad intelectual, vid. al respecto https://www.wipo.int/about-ip/es/artificial_intelligence/policy.html (consultada, por última vez, el 5 de mayo de 2020) y, en particular el *Borrador del Documento temático sobre las políticas de PI y la inteligencia artificial*, de 13 de diciembre de 2019, preparado por la Secretaría de la OMPI, (WIPO/IP/AI/2/GE/20/1, pp. 3 y ss.), (https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/es/wipo_ip_ai_2_ge_20/wipo_ip_ai_2_ge_20_1.pdf; consultado por última vez, el 5 de mayo de 2020)

II. La figura del inventor

1. El inventor en la legislación de patentes: especial referencia a la vertiente moral del derecho

14. En nuestra legislación de patentes -al igual que ocurre en gran parte de las legislaciones de patentes de los países de nuestro entorno y en el Convenio sobre concesión de Patentes Europeas (CPE) - no se da una definición de invención ni de inventor. En lo que se refiere a la invención, dicho concepto debe deducirse tras conjugar la caracterización que se deriva de los requisitos de patentabilidad establecidos en la ley con las aclaraciones que realiza el propio legislador respecto a lo que no se considera invención [arts. 4 y ss. de Ley 24/2015, de 24 de julio (LP); y arts. 52 y 53 del CPE]. Se puede deducir de dicha normativa que una invención es una regla para resolver un problema técnico; regla que, será patentable si es nueva, tiene altura inventiva y aplicación industrial³³. Por su parte, inventor es quien aporta esa regla, con independencia de si es él o no quien presenta esa solicitud de patente³⁴.

15. Deteniéndonos en el concepto que aquí interesa, el de inventor, se advierte que el reconocimiento de la calidad de inventor se ampara en normas de rango superior como el artículo 20.1.b) de nuestra Constitución, donde se reconoce y protege el derecho de las personas físicas a la producción y creación técnica³⁵. Pero la patentabilidad de dicha creación es algo independiente, es un paso ulterior que luego se podrá producir o no. Porque el inventor tendrá libertad para decidir si solicita o no un derecho de patente sobre su invención. Si decide no hacerlo, podrá tanto divulgar la invención y posibilitar así su libre utilización por cualquier tercero; como, por el contrario, elegir no divulgarla y mantenerla bajo secreto industrial. Aunque el inventor también podrá decidir que su invención sea objeto de un derecho de patente para lo cual se deberá presentar la correspondiente solicitud.

16. La normativa española de patentes ampara directamente ese derecho a la creación técnica al establecer que el derecho a la patente pertenece al inventor o a sus causahabientes (art. 10 LP). Siendo este un principio también recogido en el marco del CPE (art. 60.1). Si el inventor opta por solicitar la protección de su invención con un derecho de patente, ello no va a afectar a su reconocimiento como tal. No en vano, la concesión de un derecho de propiedad industrial -el derecho de patente-, se traduce en un derecho de explotación exclusiva en el tráfico de la invención patentada, con una vertiente patrimonial o de explotación económica que podrá ser objeto de negocios jurídicos, pero preservando el derecho moral del inventor.

17. En efecto, conforme a ley española - e igual ocurre en el marco del CPE- aunque el derecho a la patente pertenece al inventor o a sus causahabientes, es transmisible (artículos 10 LP y 60.1 CPE); como igualmente es transmisible el derecho de patente ya concedido (artículo 82 LP). No obstante, como se establece en el artículo 14 LP, el inventor tiene, tanto frente al titular de la solicitud de patente

³³ Destaca el profesor GÓMEZ SEGADÉ en relación con la Ley española de patentes del 86 -pero cuyas apreciaciones valen respecto a la LP actual- que el legislador quiere un concepto aséptico de invención, sin juicios de valor, como regla técnica para solucionar un problema. *Vid.*, J. A. GÓMEZ SEGADÉ, “Panorámica de la nueva Ley de patentes española”, en: *Tecnología y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 340 y 341. Por su parte, en el artículo 112 de la *Ley Tipo de la Organización Mundial de la Propiedad Industrial para los países en desarrollo sobre invenciones*, se señala que “se entenderá por invención la idea de un inventor que permita en la práctica la solución de un problema determinado en la esfera de la técnica”. Esta definición ha sido utilizada en alguna ocasión por nuestros tribunales. *Vid.* así la SAP de la Rioja n.º 295/2019 (ECLI:ES:APLO:2019:376). En nuestra doctrina, la invención en el marco del Derecho de patentes se ha definido como “una creación del intelecto humano consistente en una regla para el obrar técnico, no conocida, que indica determinados medios para la actuación sobre las fuerzas de la Naturaleza y de la que deriva un resultado directamente aplicable en la industria” (*vid.* M. BOTANA AGRA, “Invención y patente” en C. FERNÁNDEZ-NÓVOA, J.M. OTERO LASTRES, M. BOTANA AGRA, *Manual de Propiedad Industrial*, 3ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2017, pp. 99-112 (101). Sobre el concepto de invención *vid.* también SENA, G., *I diritti sulle invenzioni e sui modelli di utilità*, 4ª ed., Giuffrè, Milán, 2011, pp. 82 y ss.

³⁴ En la Ley de patentes de Reino Unido de 1977 se señala que “In this Act “inventor” in relation to an invention means the actual deviser of the invention and “joint inventor” shall be construed accordingly” (art. 7.3). Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/37/section/7>.

³⁵ *Vid.* J. A. GÓMEZ SEGADÉ, “Panorámica de la nueva Ley de patentes española”, cit., p. 347.

como frente al de la patente ya concedida, el derecho a ser mencionado como tal inventor en la patente. Y se trata de una disposición que es recogida en el artículo 62 del CPE, y también en el artículo 4 *ter* del Convenio de la Unión de París para la protección de la Propiedad Industrial (CUP)³⁶ y en el *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio* (ADPIC)³⁷.

18. La única excepción a una atribución directa del derecho a la patente al inventor se produce en relación con las invenciones realizadas en el marco de una relación de empleo o de servicios³⁸, supuestos en los que la titularidad de la patente pertenecerá o podrá pertenecer por disposición legal al empresario (artículos 15 y ss. LP) o a las entidades a que hace referencia el artículo 21 LP. Pero incluso en tales supuestos no se discute que la vertiente moral del derecho pertenece al inventor persona física³⁹, conforme al principio establecido en el artículo 14 LP.

19. Es cierto que en ningún precepto de la LP se dice expresamente que el inventor haya de ser necesariamente una persona natural⁴⁰, pero si se considera que la vertiente moral del derecho de patente es el reflejo de reconocer el derecho de las personas a la creación técnica⁴¹, a la invención como un fruto del ingenio humano, resulta que este solo se puede reconocer en favor de personas y en particular, de personas naturales. La vertiente moral del derecho en la legislación de patentes va unida indisolublemente a la figura del inventor, de lo que resulta que el legislador está pensando en un inventor humano, en una persona física y no en una máquina o sistema de inteligencia artificial. Referencias expresas a que el inventor sea una persona sí se encuentran en la LP, por ejemplo, cuando se regula la invención realizada por “varias personas” conjuntamente (art. 10.2 LP), o la realizada por “varias personas” de forma independiente (art. 10.3 LP). Y donde de forma indubitada se alude a la condición de persona natural del inventor es en la normativa de desarrollo, ya que en el Reglamento de ejecución de la LP (en adelante RLP⁴²), se determina que la designación del inventor o inventores se hará “con indicación de su nombre y apellido o apellidos” [*vid.*, art. 2.1, e) RLP]. De forma palmaria se expresan las Directrices de examen de la Oficina española de Patentes y Marcas (OEPM) -mostrando cuál es la práctica seguida por la Oficina al respecto- cuando en punto a la designación del inventor o inventores se establece que se comprobará que en la instancia se han indicado su nombre y apellidos y se precisa que “se tendrá en cuenta que solo las personas físicas pueden ser designadas como inventoras, y nunca las personas jurídicas”⁴³.

³⁶ Destaca BODENHAUSEN que, respecto al procedimiento para el ejercicio de este derecho, hay que acudir a la regulación de los Estados miembros del CUP, en particular en lo que se refiere a la posibilidad de renunciar a su derecho a ser mencionado. *Vid.* G.H.C. BODENHAUSEN, *Guía para la aplicación del Convenio de París para la protección de la propiedad industrial*, BIRPI, Ginebra, 1969, p. 70.

³⁷ Conforme al artículo 2 del ADPIC los miembros cumplirán los artículos 1 a 12 y el artículo 19 del Convenio de París (1967) en lo que respecta a las Partes II, III y IV del Acuerdo. En la Sección 5ª de la Parte II del Acuerdo de los ADPIC se regulan las patentes.

³⁸ En el marco del CPE, hay que tener presente que si el inventor es un empleado se hace una remisión a la legislación nacional. *Vid.* el art. 60.1 CPE.

³⁹ *Vid.* F. LOIS BASTIDA, *La protección del inventor asalariado*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 40 y 41; A. ARROYO APARICIO, “Invenciones realizadas en el marco de una relación de empleo o de servicios (“invenciones laborales”)”, en: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *La nueva Ley de patentes*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 129 y ss. (136); P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, “El régimen jurídico de las “invenciones realizadas en el marco de una relación de empleo o de servicios”, *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 301, julio/2016, pp. 175 a 198 (181).

⁴⁰ En la ley de patentes de Estonia, (en su §13) se determina que el inventor es la persona natural que ha creado la invención como resultado de su actividad inventiva. La versión en inglés de esta norma puede consultarse en: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/511112013016/consolide>; consultada por última vez el 9 de abril de 2020.

⁴¹ *Vid.* J. A. GÓMEZ SEGADÉ, «Panorámica de la nueva Ley de patentes española», cit., pp. 347, 349 y 350; L. C. UBERTAZZI, *Profilo soggettivi del brevetto*, Giuffrè, Milán, 1985, pp. 207 y ss.; S. BERGIA, “Diritto morale”, en VANZETTI, A. (Dir.), *Codice della Proprietà Industriale*, Giuffrè, Milán, 2013, p. 765; o ASCARELLI, quien destaca que el derecho moral constituye un aspecto del derecho de la personalidad de cada uno a reivindicar la paternidad de las acciones realizadas, incluidos los inventos (*vid.* T. ASCARELLI, *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, Traducción de E. Verdera y L. Suárez-Llanos, Bosch, Barcelona, 1970, p. 606).

⁴² Real Decreto 316/2017, de 31 de marzo.

⁴³ Directrices de Examen de solicitudes de patente (Ley 24/2015), punto A6.2.2 (b5)(i); accesibles en: https://www.oepm.es/export/sites/oepm/comun/documentos_relacionados/Invenciones_Ley_24_2015/2019_02_07_Directrices_Examen_Patentes.pdf; último acceso el 9 de abril de 2020)

20. Las consideraciones anteriores son extensibles a la regulación contenida en el CPE, en cuyo texto no se establece expresamente que el inventor haya de ser una persona natural, pero se reconoce su derecho moral y se contienen referencias a que el inventor ha de ser una persona (art. 60.2 CPE que alude a “distintas personas”); siendo además en la normativa de desarrollo del CPE (regla 19.1 del Reglamento de ejecución del Convenio sobre la Patente Europea; en adelante RCPE) donde se alude a que “(...) si el solicitante no fuese el inventor o el único inventor, la mención deberá realizarse en un documento presentado por separado, en el que constarán el apellido, el nombre y la dirección completa del inventor (...)”, en clara alusión a que el inventor se identifica con una persona natural. En su argumentación para denegar las solicitudes de patentes relativas al sistema de inteligencia artificial DABUS, la OEP tuvo en cuenta, además, que el análisis de los trabajos preparatorios del Convenio conduce a la misma conclusión⁴⁴; la existencia de Decisiones de la Sala de Recursos de la OEP que aluden al inventor como una persona natural⁴⁵ y que la ausencia de jurisprudencia sobre si una entidad que no sea una persona física puede ser reconocida como inventor no permite llegar a la conclusión de que esto pueda ser así⁴⁶.

21. Diversas teorías tratan de explicar el fundamento del Derecho de patentes⁴⁷, pero estimo que el Derecho de patentes no tiene por objeto principal premiar como tal el desarrollo de esa faceta de la personalidad humana relativa a la creación técnica. Significativo al respecto es el hecho que el derecho de patente no surja por el mero hecho de la invención, sino únicamente tras la presentación de la oportuna solicitud de patente, y tras su concesión por la oficina de patentes correspondiente. De lo cual resulta que el derecho de patente no va indisolublemente unido a aquellas invenciones técnicas que reúnan los requisitos para ser patentables. Aunque pudiera pensarse que el requisito de la previa concesión solo pretende ser un filtro para determinar qué invenciones cumplen o no los requisitos de patentabilidad, ello se ve contradicho por el hecho de que en caso de que una invención sea desarrollada de forma independiente por varias personas, se establezca que el derecho a la patente pertenecerá a aquella cuya solicitud tenga una fecha de publicación anterior en España, en las condiciones que marca el artículo 10.3 de la LP (y *vid.* el art. 60.2 CPE). Y ello es así porque el objeto del Derecho de patentes no es premiar la creatividad de un sujeto concreto, sino fomentar el desarrollo tecnológico en beneficio de la sociedad, dando la oportuna publicidad a tales avances. Y es que el Derecho de patentes se revela como un instrumento que fomenta la actividad de los inventores y la inversión de las empresas en investigación tecnológica, al permitirles obtener un rendimiento a su esfuerzo a través del ejercicio del derecho de exclusiva que se les otorga, y que es la recompensa por contribuir al progreso con una invención que es objeto de divulgación⁴⁸. Esto último, como se ha señalado, no impide sin embargo que se reconozca y se proteja esa vertiente moral del derecho del inventor.

⁴⁴ Diversas referencias en los trabajos preparatorios aluden al inventor como una persona natural, y tal interpretación también es acorde con la intención de la Conferencia Diplomática de Múnich de dar a los inventores una posición fuerte y clara, como también se recoge en la Decisión de la Cámara de Recursos de la OEP de 8 de noviembre de 1983, en el asunto J 8/82 (apartado 13); ECLI:EP:BA:1983:J000882.19831108.

⁴⁵ Así, *vid.* el segundo fundamento de la Decisión de 17 de mayo de 2000 de la Cámara de Recursos de la OEP, en el asunto J 0007/99; ECLI:EP:BA:2000:J000799.20000517.

⁴⁶ Adicionalmente, la OEP tuvo presente que la identificación del inventor con una persona física parece ser un criterio presente a nivel internacional, ya que se aplica en la mayoría de los Estados contratantes de CPE y es el criterio seguido en las oficinas de patentes de China, Japón, Corea y los EEUU. *Vid.* los puntos 19 y siguientes de la Decisión de 27 de enero de 2020.

⁴⁷ *Vid.* W. FISHER, “Theories of Intellectual Property”, en S. R. MUNZER (Ed.), *News Essays in the Legal and Political Theory of Property*, Cambridge University Press, 2001, pp. 169 a 199 (177 y ss.); T. G. PALMER, “Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophie of Property Rights and Ideal Objects”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 13, n.º 3, 1990, pp. 817-865 (821 y ss.).

⁴⁸ *Vid.* C. FERNÁNDEZ NÓVOA, “El fundamento del sistema de patentes”, en: C. FERNÁNDEZ NÓVOA, J. M. OTERO LASTRES y M. J. BOTANA AGRA, *Hacia un nuevo sistema de patentes*, Ed. Montecorvo, S.A., Madrid, 1982, p. 35. *Vid.*, asimismo, por ejemplo, la SAP de Madrid, Sección 28ª, n.º 409/2018 de 13 de julio (ECLI:ES:APM:2018:12221). Por lo demás, ya en la Exposición de motivos de la Ley española de patentes de 1986 se reconocía expresamente que el papel de dicha regulación como elemento fundamental para impulsar la innovación tecnológica. Este papel de la regulación sobre patentes sigue presente en la ley vigente.

22. Centrada esta legislación en conseguir ese fomento de la innovación en el ámbito de la técnica, lo cierto es que en la normativa de patentes no se dan pautas para determinar cuál ha de ser el grado de aportación creativa a la hora de presentarse como el inventor en una determinada solicitud. En realidad, la vertiente subjetiva de la invención sólo parece manifestarse a través del requisito de la “actividad inventiva”; de la que se ha señalado que implica la exigencia de que la innovación haya sido fruto de la conducta investigadora expresa o implícita llevada a cabo por el inventor⁴⁹. “La invención es una ideación que cristaliza en una enseñanza para la aplicación de una regla técnica”⁵⁰. Y a la hora de precisar si concurre o no el requisito de la actividad inventiva, este no se delimita de forma subjetiva, atendiendo al mayor o menor reflejo de la personalidad del inventor en su aportación. Muy al contrario, la concurrencia del requisito de la actividad inventiva se delimita de una forma objetiva, estableciendo que habrá actividad inventiva cuando la invención no se deduzca del estado de la técnica de una forma evidente para un experto en la materia. De esta suerte, el experto en la materia no entra a valorar el grado de trabajo o aportación personal del inventor, sino que ese experto –un especialista hipotético en el campo de la técnica de la invención que posee el conocimiento común general sobre la materia- lo que valora es si objetivamente se cumple la exigencia de la no obviedad⁵¹. Y una vez que la invención cumple tal requisito (además del de la novedad y la aplicación industrial), será patentable con independencia de si la regla técnica aportada implica un avance tecnológico mayor o menor⁵². En definitiva, lo que se protege no es la creatividad del autor en sí, sino la aportación de una solución a un problema técnico no conocida hasta ese momento, en aras del avance tecnológico⁵³. De esta suerte, no es necesario que se cree como tal algo nuevo, sino que se aporte un efecto técnico nuevo⁵⁴. Y al delimitar el contenido

⁴⁹ *Vid.*, entre otras, la SAP Barcelona, Sección 15, n.º 1412/2019, de 17/7/2019 (ECLI: ES:APB:2019:9466); la SAP de Barcelona, Sección 15, n.º 593/2017, de 29 de marzo (ECLI: ES:APB:2019:2939); la SAP de Barcelona, Sección 15, n.º 52/2008, de 5 de febrero (ECLI:ES:APB:2008:1863); o la SAP de Barcelona, sección 15, n.º 49/2007, de 18 de enero (ECLI:ES:APB:2007:327).

⁵⁰ El Auto del JM de Barcelona, Sección 5ª, de 12 de septiembre de 2017 (ECLI: ES:JMB:2017:75A).

⁵¹ La comprobación del requisito de la actividad inventiva implica un juicio de valor por parte del experto o expertos en la materia. Al experto se le describe en la jurisprudencia como una persona no imaginativa, un técnico medio, ni muy especializado ni poco, con competencias normales y que está al corriente del conocimiento general común en el estado de la técnica que habrá de valorar si, con base a lo descrito anteriormente en el estado de la técnica y en función de sus propios conocimientos es capaz de obtener el mismo resultado de forma evidente, sin aplicar su ingenio. A este respecto, el Tribunal Supremo español recuerda lo señalado por la Cámara de recursos de la OEP al precisar que «al objeto de asesorar sobre la actividad inventiva, el criterio correcto a aplicar no es si el objeto reivindicado le habría resultado obvio a una persona inventiva, al margen del propio inventor, sino si hubiera resultado obvio a una persona competente pero no imaginativa, que responde a la noción de persona experta en la materia» (T 39/93, OJ 1997, 134). *Vid.*, entre otras, STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) n.º 389/2019, de 3 julio (ECLI:ES:TS:2019:2244); STS Sala de lo Civil, Sección 1ª, n.º 532/2017, de 2 de octubre (ECLI: ES:TS:2017:3472); STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) n.º 263/2017, de 3 mayo (RJ2017/3271), STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) n.º 182/2015, de 14 abril (ECLI:ES:TS:2015:1703); la SAP de Zaragoza (Sección 5ª) n.º 450/2019, de 31 mayo (ECLI:ES:APZ:2019:1107) o la SAP de Valencia (Sección 9ª) n.º 1289/2019, de 15 octubre (ECLI:ES:APV:2019:3957). Y, en la doctrina, Á. GARCÍA VIDAL, “La actividad inventiva como requisito de patentabilidad: el método problema-solución, el test *would could* y el *teaching away*. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) n.º 182/2015, de 14 de abril de 2015”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 99, septiembre - diciembre 2015; L. SÁNCHEZ GARCÍA, “El experto en la materia en el juicio de la actividad inventiva, Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 2 de octubre de 2017”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* 38 (2017-2018), pp. 459-476 (465 y ss.).

⁵² Se precisa que la aportación del inventor no tiene por qué entrañar de forma necesaria un avance significativo en el estado de la técnica preexistente, sino que basta con que incorpore o añada algo a dicho estado, siempre que la invención no resulte o se infiera de una manera evidente del estado de la técnica para un experto en la materia. *Vid.* la SAP de Navarra, Sección tercera, n.º 51/2019, de 4 de febrero (ECLI: ES:APNA:2019:591) FºJº 6º.

⁵³ Apuntan en este sentido LAUBER-RÖNSBERG y HETMANK que lo que importa es el progreso técnico conseguido y no el proceso real por el cual surgió la invención. *Vid.* A. LAUBER-RÖNSBERG y, S. HETMANK, “The Concept of Authorship and Invention under Pressure: Does Artificial Intelligence Shift Paradigms?”, *GRUR Int.*, 7/2019, pp. 641 y ss. (641 y 642). No obstante, se precisa que para que haya actividad inventiva no siempre es necesario un progreso técnico efectivo, dado que a través del Derecho de patentes podrán protegerse de forma paralela soluciones alternativas a un mismo problema siempre que reúnan los requisitos de patentabilidad; y con independencia de que algunas sean menos eficaces que otras. *Vid.* A. OTTOLIA, “Attività inventiva”, en C. UBERTAZZI (Dir.), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, 7ª ed., Wolters Kluwer - CEDAM, Milán, 2019, p. 48.

⁵⁴ En algún sector concreto, como es el caso de las sustancias farmacológicas, el legislador reconoce de forma expresa la patentabilidad de nuevas aplicaciones técnicas de sustancias ya incluidas en el estado de la técnica. *Vid.* al respecto Á. GARCÍA

del derecho de patente hay que tener presente que, conforme al artículo 28 LP (y el art. 69 del CPE), las reivindicaciones definen el objeto para el que se solicita la protección, y se insiste en que el derecho otorgado no tiene por objeto la protección de la idea inventiva en sí ni de la intención del inventor al patentarla, sino la concreción de esa idea inventiva a través de las reivindicaciones⁵⁵.

23. La cualidad de inventor va unida, entonces, a la de la aportación de la regla técnica. Y cuando en la investigación realizada hayan intervenido directa o indirectamente una pluralidad de personas, la identificación del inventor o inventores exigirá verificar qué persona o personas han contribuido a esa ideación, realizando una aportación a la consecución de la regla técnica descrita en las reivindicaciones⁵⁶. Debe entonces diferenciarse entre aquellos que verdaderamente hayan contribuido a tal aportación, de los que hayan realizado labores de apoyo, como actividades de mera gestión o vigilancia⁵⁷. Si finalmente son varias personas las que deben recibir el calificativo de inventor, el derecho a obtener la patente pertenecerá en común a todas ellas (artículo 10.2 LP).

24. A este respecto, la designación del inventor es una de las menciones que han de figurar en la solicitud de patente (artículo 25 LP y artículos 81 del CPE y reglas 19 y 41 del RCPE)⁵⁸. Es, además, una mención cuya omisión podrá motivar que se rechace la solicitud, pues conforme a la LP, si en el examen de oficio la OEPM verifica que en la solicitud no se cumplen los requisitos relativos a su regularidad formal que se determinan en el RLP, deberá serle comunicado al interesado para que formule sus alegaciones o subsane los defectos en el plazo establecido. Y, si transcurrido ese plazo los obstáculos o defectos persisten, se denegará la solicitud mediante resolución motivada (art. 35.1, b) y 3 LP). Pues bien, entre tales requisitos formales se encuentra la designación del inventor o inventores, debiendo hacerse constar «con indicación de su nombre y apellido o apellidos»⁵⁹. E igualmente en el marco del CPE, cuando se haya dado una fecha de presentación a la solicitud de patente europea, la Oficina Europea de Patentes examinará, entre otros requisitos, si consta la designación del inventor o inventores, y en caso de su omisión, dará un plazo al solicitante para que subsane el defecto, rechazando la solicitud si no lo hiciese⁶⁰.

25. Todo lo anterior es igualmente válido cuando la solicitud de patente sea presentada por una persona distinta del propio inventor aunque, en tal caso, no bastará con mencionarlo, sino que será necesario ex-

VIDAL, “*Skinny labelling* de medicamentos genéricos e infracción de patentes de segundo o ulterior uso médico”, *Revista de Derecho Mercantil*, 2020, n.º 316 (en prensa).

⁵⁵ Destaca, así, la jurisprudencia que debe evitarse la concepción de las reivindicaciones como una mera pauta o línea directriz de tal manera que lo relevante sea lo que el titular de la patente haya querido proteger. *Vid.* STS n.º 598/2014, Sala 1ª, Sección 1ª, de 7 de noviembre de 2014 (ECLI: ES:TS:2014:4845), SAP, Sección 4, de Murcia, n.º 494/2019, de 27 de junio (ECLI: ES:APMU:2019:1362) o la SJM n.º 5 de Barcelona, de 26 de julio de 2019 (ECLI: ES:JMB:2019:805).

⁵⁶ Ejemplificativa al respecto es una Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Valencia del año 2015 en la que, partiendo de que podía entenderse acreditado que el actor había colaborado inicialmente para hacer y perfilar los dibujos que servirían de base para el desarrollo gráfico posterior, se concluye que “tal no le convierte en inventor si no se acredita (como no se ha acreditado en ningún caso) que participase en la gestación y desarrollo de la idea que llega a buen fin”. SJM de Valencia, Sección 1ª, n.º 348/2015, de 30 de septiembre de 2015 (ECLI: ES:JMV:2015:448).

⁵⁷ *Vid.* L. C. UBERTAZZI, *Profili soggettivi del brevetto*, cit., p. 234; A. OTTOLIA, “Attività inventiva”, cit., p. 466.

⁵⁸ Similarmente, *vid.* arts. 62 y 81 del CPE.

⁵⁹ *Vid.*, los artículos 2.1, e), 23.1, a), 24 y 25.1 del RLP.

⁶⁰ *Vid.* el artículo 81, y el artículo 90, apartados 3, 4 y 5 del CPE; y las reglas 57, f) y 60 del RCPE. Y, respecto a las solicitudes internacionales a efectos del Tratado de cooperación en materia de patentes (PCT), de 19 de junio de 1970, en aquellos casos en los que la Oficina de Patentes Europea actúe como oficina designada u oficina elegida a que hace referencia el artículo 153 CPE, *vid.* la regla 163, apartado 1 y apartado 6 del RCPE.

De hecho, en el marco del PCT, la exigencia de la designación del inventor se deja en manos de los Estados. Así, conforme al Reglamento del PCT, el petitorio ha de contener indicaciones relativas al inventor (su nombre y dirección) cuando la legislación nacional de uno de los Estados designados, por lo menos, exija que se proporcione el nombre del inventor en el momento de la presentación de una solicitud nacional; en los restantes casos tal mención será facultativa [*vid.* regla 4.1, a) iv) y c) i), y 4.6 del Reglamento del TCP]. Por lo demás, en el artículo 27. 3) del PCT se faculta a la Oficina designada a rechazar una solicitud internacional cuando, a los efectos de cualquier Estado designado, el solicitante no estuviera calificado, según la legislación nacional de ese Estado, para presentar una solicitud nacional por no ser el inventor [*vid.* asimismo, lo dispuesto en las reglas 51 bis.1, 51 bis 2, i) y 51 bis 3)].

plicar en la solicitud cómo ha llegado a adquirir el derecho a la patente el solicitante⁶¹ (art. 25 LP y 81 CPE; art. 2.2, e) RLP y regla 19.1 RCPE)⁶². No hay que olvidar que la solicitud de patente puede ser presentada no sólo por personas físicas sino también por personas jurídicas, incluidas las entidades de derecho público (artículo 3.1 LP). Esta amplitud de legitimación para presentar una solicitud de patente se conecta con el hecho de que el derecho a la patente sea transmisible y también con la circunstancia de que, en determinados supuestos, y por disposición legal, el derecho a la patente se atribuya a personas distintas del inventor⁶³.

26. En todos los casos señalados, ya sea por disposición legal o por vía convencional entre dos o más personas (físicas o jurídicas), la adquisición del derecho a la patente afecta a su vertiente patrimonial, pero no afecta al derecho moral del inventor sobre la invención patentada. Esto se traduce en el derecho a ser mencionado, frente al solicitante o titular de la patente, como el inventor de la invención (art. 14 LP y art. 62 del CPE). La designación del inventor o inventores contenida en la solicitud de patente se incluirá en las publicaciones de la solicitud de patente y de la concesión, así como en el folleto de la solicitud de patente y en el folleto de la patente⁶⁴; sin perjuicio, de que se reconozca al inventor el derecho a renunciar a ser mencionado como tal⁶⁵.

27. Ahora bien, pese a que el derecho a la patente se concede al inventor y pese a que se exija como requisito de la solicitud de concesión la mención de quién es el inventor, es relevante remarcar que las oficinas de patentes no han de entrar a verificar si, verdaderamente, la persona que se presenta como inventor, lo es. Es decir, las oficinas no han de comprobar si la persona designada como inventor ha creado realmente la regla técnica. Al contrario, hay que decir que esa es una cuestión que se deja en manos de los tribunales a instancia de la persona interesada. Así se reconoce en el artículo 10.4 LP, al establecer la presunción de que el solicitante está legitimado para ejercer el derecho a la patente. A este respecto, hay que observar que la exigencia formal de que conste en la solicitud la mención del inventor no sólo ampara su derecho moral a ser reconocido como tal, sino también el derecho de los terceros interesados, ya que es una información relevante en caso de que se quiera impugnar ante los tribunales la solicitud de patente presentada por persona no legitimada o reivindicar la patente ya concedida si la designación del inventor no se corresponde con la realidad (arts. 11 y 12 LP)⁶⁶.

2. El concepto de inventor ante los sistemas de inteligencia artificial

A) Barreras que impiden la designación de un sistema de inteligencia artificial como inventor desde la perspectiva del Derecho de patentes

28. Como se deduce fácilmente de lo explicado en el epígrafe anterior, el obstáculo esencial para que un sistema de inteligencia artificial pueda ser considerado inventor al amparo de la legislación de patentes vigente es que el inventor ha de ser, necesariamente, una persona. Aun cuando la ausencia de una definición de inventor en la normativa aplicable podría verse como una oportunidad para dar cabida a nuevas realidades, el derecho a la patente pertenece en primera instancia al inventor, y de la LP, del

⁶¹ En las *Directrices de examen de solicitudes de patente (Ley 24/2015)* de la OEPM se prevé que si el solicitante no fuera el inventor o el único inventor, o si se tratara de una persona jurídica, se comprobará que en la instancia se ha consignado, en relación con cada uno de los solicitantes, alguno de los siguientes modos de obtención previstos: invención laboral, contrato, sucesión u “otros” (debiéndose especificar entonces cómo se ha adquirido el derecho a la patente) [Punto A6.2.2 (b5) (ii) de las Directrices].

⁶² En el caso del CPE, sin embargo, esa aclaración ha de realizarse en documento separado y no en la propia solicitud. *Vid.* art. 81 CPE y la regla 19. del RCPE.

⁶³ Tal es el caso —como ya se ha dicho— de las invenciones realizadas en el marco de una relación de empleo (art. 15 LP), o en el caso de las investigaciones realizadas en el seno de la universidad (art. 21 LP). *Vid.* SAP de Valencia n.º 401/2011, de 27 octubre (ECLI:ES:APV:2011:5828).

⁶⁴ *Vid.* los arts. 12.1, 31 y 35.3 del RLP.

⁶⁵ *Vid.* los artículos 2.2, d y 12.2 RLP; y similarmente *vid.* la regla 20 y la regla 143 1, g) del RCPE.

⁶⁶ Y similar situación se produce en el marco del CPE. *Vid.* art. 61 del CPE y la regla 19.2 del RCPE.

CPE y de la normativa de desarrollo de ambos textos legales, se deriva que el inventor ha de tener necesariamente la condición de persona natural. La invención se concibe, así, como una regla técnica fruto del ingenio humano. Es posible que la razón de esta exigencia se base en que, en el momento en que se estableció esta regulación, no se previó la posibilidad de considerar que un acto creativo similar pudiera ser conseguido por medio de sistemas artificiales, pero lo cierto es que un análisis de la normativa de patentes vigente no permite considerar que pueda reconocerse el derecho a la patente a máquinas o sistemas de inteligencia artificial. Como señaló la Sección de Depósito de la OEP, al hilo de las solicitudes que presentaban como inventor a DABUS, en el procedimiento de concesión de las patentes no se prevé ningún papel a favor de cosas, sino sólo a favor de personas y, en particular, en referencia a la figura del inventor, solo se hace alusión a personas naturales⁶⁷.

29. Por tanto, no podrá ser designado inventor una persona jurídica y, mucho menos una máquina o un sistema de inteligencia artificial, que no tienen personalidad jurídica y no pueden ser titulares de derechos⁶⁸. Si bien en una Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica, se pedía que se analizara, entre otras posibles soluciones, la posibilidad de dotar a los robots de una «personalidad jurídica» (*e-personality*) para poder atribuirles la responsabilidad civil por los daños que pueda causar⁶⁹, esta es una cuestión controvertida⁷⁰ que, desde luego, no parece que vaya a ser acogida, al menos, a corto o medio plazo. En lo que aquí interesa, las diversas comunicaciones de la Comisión Europea en relación con la inteligencia artificial no aluden a esa posibilidad, siendo una cuestión cuyas repercusiones y efectos exceden -y mucho- de la problemática de si un sistema de inteligencia artificial puede ser considerado inventor⁷¹.

30. Teniendo en cuenta lo anterior, dado que la normativa de patentes exige que, cuando el solicitante de la patente sea una persona distinta del inventor, hay que señalar cómo ha adquirido este su derecho, no son válidos argumentos como que el solicitante adquirió el derecho del sistema de inteligencia artificial en concepto de empleador o como sucesor en el título. Esta fue la argumentación pretendida por el solicitante en el caso de las dos solicitudes presentadas ante la Oficina Europea de Patentes designando como inventor al sistema de inteligencia artificial denominado DABUS. El motivo sigue siendo el mismo: no es posible justificar la transmisión, dado que una máquina o sistema de inteligencia artificial no tienen derechos y no puede, lógicamente, transmitirlos. Entonces, cuando se pretende por parte del solicitante argumentar que ha adquirido su derecho a solicitar la patente de un sistema de inteligencia artificial no es posible justificar cómo se ha producido la transmisión. Aunque el solicitante pueda ser el propietario del invento que genera un sistema de inteligencia artificial del que sea titular, eso no basta para cumplir el requisito derivado de la legislación de patentes relativo a la identificación de un inventor⁷².

⁶⁷ Vid. el punto 23 de la Decisión.

⁶⁸ Expresivo es al respecto el Manual de Formalidades de la UKIPO, en el que se ha introducido la aclaración siguiente: "An 'AI Inventor' is not acceptable as this does not identify 'a person' which is required by law. The consequence of failing to supply this is that the application is taken to be withdrawn under s.13(2)". [Sections (3.01 - 3.38) last updated: October 2019]; disponible en: <https://www.gov.uk/guidance/formalities-manual-online-version/chapter-3-the-inventor>; consultado por última vez el 9 de abril de 2020.

⁶⁹ Vid. el punto 59, f) de la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)), P8_TA(2017)0051.

⁷⁰ Vid. el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad», cit. p. 2; en el que este Comité señala que está en contra de la introducción de cualquier tipo de personalidad jurídica para los robots o la inteligencia artificial. En el informe se justifica esa oposición señalando que reconocer tal personalidad socavaría los efectos correctores preventivos de la legislación en materia de responsabilidad, generaría un riesgo moral, tanto en el desarrollo como en la utilización de la inteligencia artificial, y daría lugar a un posible uso indebido.

A su vez, distintas voces se han alzado contra esa posibilidad. Vid., así, la Carta abierta a la Comisión Europea sobre inteligencia artificial y robótica (accesible en: <https://g8fip1kplyr33r3krz5b97d1-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2018/04/RoboticsOpenLetter.pdf>).

⁷¹ Vid. N. SEMTOV, *A study on inventorship*, cit., pp. 10 y 28.

⁷² En este aspecto inciden las Decisiones de la OEP, de 27 de enero de 2020, relativas a la solicitud 18 275 163. 6 (apartado 32) y a la solicitud 18 275 174.3 (apartado 33).

31. Por el contrario, desde el punto de vista de los requisitos que atañen a la propia invención en sí, la legislación aplicable no interpone obstáculos por el hecho de haber sido generada por un sistema de inteligencia artificial. La determinación de si una invención es patentable se somete al cumplimiento de los requisitos de patentabilidad sobre la base de unos criterios que no tienen en cuenta aspectos subjetivos ligados al inventor. En particular, como ya se argumentó anteriormente, en lo que se refiere al requisito de la actividad inventiva, su determinación no implica valorar el grado de aportación personal del inventor, sino valorar objetivamente si la invención resulta evidente o no del estado de la técnica para un experto en la materia. El obstáculo, por tanto, es anterior, pues se establece como requisito previo para acceder al sistema la designación de un inventor que, como se ha visto, ha de ser una persona natural. La ausencia de la designación del inventor determinará que la solicitud sea rechazada si no se completa esa designación con referencia a una persona natural. La cuestión entonces es si debería modificarse la legislación de patentes para dar cobertura a la patentabilidad de invenciones generadas autónomamente por un sistema de inteligencia artificial.

B) ¿Es necesario modificar la normativa de patentes ante los desarrollos de los sistemas de inteligencia artificial?

32. En el marco de una inteligencia artificial, que se describe como una inteligencia específica o débil, se advierte que la actuación de tales sistemas artificiales aún debe ser asistida, guiada o complementada por seres humanos. Se señala, así, que la fase en que el sistema de inteligencia artificial actúa de forma autónoma, se ha de ver precedida por una fase previa de selección o dirección por parte del hombre; y, obtenidos una serie de resultados, es el usuario humano el que examinará y seleccionará aquéllos que puedan ser innovadores y decidirá, en su caso, patentarlos⁷³. Con estos presupuestos, y teniendo en cuenta que un sistema de inteligencia artificial no tiene por sí mismo voluntad de inventar, se advierte que la actual legislación de patentes, exigiendo la existencia de un inventor humano, sigue siendo válida. El requisito es que, en esa actividad humana previa o posterior a la actuación de la máquina, pueda identificarse una conducta investigadora suficiente para adquirir la condición de inventor; siendo el sistema de inteligencia artificial un instrumento o herramienta para los seres humanos⁷⁴. Tal será el caso cuando el programador haya tenido que seleccionar o perfilar los datos de entrada, modular el sistema en la búsqueda de la solución o cuando debe valorar posibles resultados y, con su capacidad inventiva reconocer su aplicabilidad para resolver un determinado problema técnico⁷⁵.

33. Dado que actualmente no se suele desarrollar una investigación de forma aislada por una persona sola, sino por grupos de investigadores y que, en el caso que nos ocupa, se van a ver ayudados por la utilización de tecnología dotada de sistemas de inteligencia artificial, para determinar a quién le corresponde el reconocimiento como inventor habrá que analizar quién en el grupo programó o moduló el sistema para alcanzar los resultados obtenidos⁷⁶, o identificó la aplicabilidad de un determinado resul-

⁷³ Vid. al respecto, G. SANSEVERINO, "Ex Machina. La novità e l'originalità dell'invenzione "prodotta" dall'IA", *AIDA. Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, vol. 27, 2018 pp. 3-22 (7, 14 y ss.) quien defiende que, en el estado de desarrollo actual con una inteligencia artificial específica, los requisitos de la novedad y la actividad inventiva en los inventos producidos por inteligencia artificial debe realizarse en referencia a los momentos en que se produce la actividad humana.

⁷⁴ Vid. P. BLOK, "The inventor's New Tool: Artificial Intelligence – How Does it Fit in the European Patent System?", (2017) 39 *E.I.P.R.*, Issue 2, pp. 69 a 73 (70 y 75). Vid. N. SEMTOV, *A study on inventorship*, cit., p. 34. Vid. asimismo, M. SUMMERFIELD, *The Impact of Machine Learning on Patent Law, Part I: Can a Computer "invent"?*, 13 de enero de 2018, accesible en: <https://blog.patentology.com.au/2018/01/the-impact-of-machine-learning-on.html> (último acceso 8 de abril de 2020); y, del mismo autor, *The Impact of Machine Learning on Patent Law, Part II: "Machine – Assisted Inventing"*, accesible en: https://blog.patentology.com.au/2018/01/the-impact-of-machine-learning-on_21.html (último acceso 8 de abril de 2020).

⁷⁵ Vid. N. SEMTOV, *A study on inventorship*, cit., pp. 21, 24, 32 y 33; A. LAUBER-RÖNSBERG y S. HETMANK, "The Concept of Authorship and Inventorship under Pressure: Does Artificial Intelligence Shift Paradigms?", cit., p. 642.

⁷⁶ Vid. M. SUMMERFIELD, *The Impact of Machine Learning on Patent law, Part 3: Who is the Inventor of a Machine – Assisted Invention?*, 4 de febrero de 2018, accesible en: <https://blog.patentology.com.au/2018/02/the-impact-of-machine-learning-on.html>, último acceso en abril de 2020).

tado, realizando una aportación efectiva para la consecución de la regla técnica descrita en las reivindicaciones. Y si son varias personas las que han contribuido, habrá que aplicar los criterios previstos para las invenciones realizadas por varias personas conjuntamente (artículo 10.2 LP).

34. Solo si el avance tecnológico permite que los sistemas de inteligencia artificial obtengan invenciones de forma autónoma, sin que se haya producido una intervención humana con una altura intelectual suficiente, debe plantearse el reconocimiento de estos sistemas como “inventores”. Para ello, ha de partirse de una premisa: el funcionamiento de un sistema de inteligencia artificial no es equiparable a la forma en que se manifiesta el ingenio humano y el proceso mental que conduce a una invención. Por lo tanto, el primer paso es reconocer que pueda haber invenciones que no deriven del ingenio humano. De hecho, para poder identificar a un sistema de inteligencia artificial como inventor se propone aplicar un enfoque funcional; es decir, para poder apreciar la existencia de una invención, lo que habrá que verificar es si el resultado obtenido sería patentable de haberlo aportado un ser humano⁷⁷. Y, en tal caso, la pregunta relevante es si deben protegerse mediante un derecho de patente invenciones que no deriven del ingenio humano, sino de un sistema de inteligencia artificial⁷⁸.

C) Implicaciones de designar a un sistema de inteligencia artificial como inventor

36. La cuestión fundamental que ha de valorarse es si compensa atribuir un derecho de exclusiva sobre invenciones que han sido generadas de forma autónoma por un sistema de inteligencia artificial; limitando con ello la libre competencia. A ese respecto, el objetivo de la normativa de patentes es doble: por un lado, se trata de fomentar la investigación técnica de empresas y particulares en beneficio de la colectividad; y, en estrecha conexión con lo anterior, se trata de conseguirlo de forma que los resultados de investigación se hagan públicos. Como factor de fomento se establece el reconocimiento de un derecho de explotación del objeto de la invención en exclusiva, en los términos que establece la legislación de patentes; con su doble vertiente, de derecho moral y de derecho patrimonial. Pues bien, aun cuando en nuestra legislación de patentes se ampara el derecho moral del inventor, considero que prima el fundamento utilitario perseguido de fomentar el progreso tecnológico. De ahí que, de estimar que la patentabilidad de las invenciones que puedan ser generadas por un sistema de inteligencia artificial sirve a tales objetivos, no habría un obstáculo de calado al reconocimiento invenciones no generadas por un ser humano y fruto, por tanto, del ingenio humano.

37. Debe plantearse, entonces, si el reconocimiento de un derecho de explotación en exclusiva serviría en tales casos para fomentar la investigación tecnológica. Al respecto, es evidente que estos sistemas, en sí mismos, no tienen interés ninguno en la consecución de tales objetivos. En efecto, el sistema de inteligencia artificial no va a sentir gratificación alguna sea o no reconocido como el inventor, de cara a su reputación⁷⁹. Y respecto a la vertiente patrimonial, evidentemente esta no será disfrutada por el sistema, sino que incentivará a las personas físicas o jurídicas que pudieran recibir el derecho a la patente en su vertiente patrimonial. Por tanto, el mejor símil que cabe plantear es con la patente realizada en el marco de una relación de servicios, donde el derecho moral, en todo caso, quedaría como un derecho hueco y sólo como un derecho de cara a los terceros de ser informados sobre quien ha sido el inventor.

⁷⁷ Vid. N. SEMTOV, *A study on inventorship*, cit., p. 28; Vid. R. ABBOTT, *I Think, Therefore I Invent: Creative Computers and the Future of Patent Law*, cit., pp. 1092 y ss.

⁷⁸ Sobre la base de que los sistemas de inteligencia artificial pueden crear invenciones que reúnan los requisitos para ser patentadas, para una opinión contraria a que dichas invenciones puedan ser objeto de un derecho de patente vid. S. YANISKY RAVID y X. LIU, “When Artificial Intelligence Systems produce Inventions: An Alternative Model for Patent Law at the 3^a Era”, *Cardozo Law Review*, vol. 39, nº 6, agosto de 2018, pp. 2215-2262 (2222, 2231 y 2245).

⁷⁹ Vid. N. SEMTOV, *A study on inventorship*, cit., pp. 23 y 24. Y sobre la importancia de ese reconocimiento para los inventores vid. A. GAMBARDILLA, P. GIURI., M. MARIANI ET AL., *The Value Of European Patents – A Survey Of European Inventors – Final Report Of The PatVal EU Project*, enero de 2005, pp. 4, 5 y 35 (accesible en: <https://www.ipeg.com/wp-content/uploads/2015/02/PatVal-EU-study-2005.pdf>; último acceso el 8 de abril de 2020).

Y en este sentido, la obtención de un derecho a la patente, sí será un incentivo para las empresas que inviertan en mejorar esos sistemas de inteligencia artificial con capacidad inventiva⁸⁰; o quienes adquieran tales sistemas con la perspectiva de que se generen invenciones luego patentables. Vedar el derecho de patente a las invenciones generadas de forma autónoma por sistemas de inteligencia artificial o bien desincentivará la inversión en la búsqueda de nuevas soluciones técnicas por esa vía o impulsará a las empresas titulares de tales sistemas a tratar de proteger su invención por la vía del secreto industrial si es posible, lo cual irá en detrimento de una finalidad perseguida mediante la instauración del Derecho de patentes; en concreto, la divulgación de la regla técnica. Evidentemente el efecto conseguido será exponencialmente mayor cuanto más estén desarrollados y extendidos sistemas de inteligencia artificial con capacidad inventiva autónoma.

38. Por lo demás, el reconocimiento de la patentabilidad de las invenciones generadas por un sistema de inteligencia artificial permitirá preservar el principio de veracidad respecto a la designación del inventor y evitar que la exigencia de determinar un inventor humano permita otorgar un derecho de patente a personas que no han contribuido a la obtención de la regla técnica. Porque, cabe recordar, aunque la intervención humana haya sido meramente accesoria, es una situación que podría no ser fácilmente detectable dado que, a la falta de personalidad jurídica de los sistemas de inteligencia artificial, se une la presunción establecida en la normativa aplicable de que el solicitante está legitimado para ejercer el derecho a la patente.

39. Con todo, la concesión de un derecho de patente sobre invenciones generadas de forma autónoma por un sistema artificial también podría presentar inconvenientes, pudiendo provocar efectos perversos. Se ha argumentado, así, que se podría producir el efecto de desincentivar la investigación humana, o provocar la generación de una gran cantidad de invenciones a un coste relativamente bajo, pudiendo llegar a saturarse el estado de la técnica⁸¹. También se advierte de la posibilidad de que estos sistemas con capacidad creadora estén en manos de unos pocos, quienes a través de la concesión de los derechos de exclusiva controlarán el mercado de la innovación. Sin embargo, no debe desdeñarse fomentar el progreso técnico, aunque no derive del ingenio humano. Lo que habrá que valorar, llegado el caso, es si los efectos que provoca la patentabilidad de invenciones de sistemas artificial en el mercado pueden modularse a través de instrumentos ya existentes, como los que aporta el Derecho de la competencia; o si habrá que adoptar alguna medida en el marco del propio Derecho de patentes, como podría ser la reducción de la duración del derecho de exclusiva⁸².

40. Por lo demás, el reconocimiento de la condición de inventor a los sistemas de inteligencia artificial, obligaría a replantearse criterios como el del experto en la materia que ha de valorar el requisito de la patentabilidad relativo a la actividad inventiva. De hecho, si el inventor ha utilizado como herramienta un sistema de inteligencia artificial, el experto deberá poder hacer también uso de sistemas de inteligencia artificial para verificar la no obviedad a la vista del estado de la técnica; máxime si el

⁸⁰ Vid. R. ABBOTT, *I Think, Therefore I Invent: Creative Computers and the Future of Patent Law*, cit., p. 1104; y del mismo autor, “El Proyecto de inventor artificial”, *OMPI Revista*, diciembre 2019, p. 10.

⁸¹ Vid F. BANTERLE, “Ownership of inventions created by Artificial Intelligence”, *AIDA. Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, vol. 27, 2018, pp. 69-92 (p. 91); A. LAUBER-RÖNSBERG y S. HETMANK, “The Concept of Authorship and Inventorship under Pressure: Does Artificial Intelligence Shift Paradigms?”, cit., p. 645

Destaca el temor a que pudiera llegarse a que todo sea inventado y patentado por las máquinas. En el *Documento de referencia sobre patentes y nuevas tecnologías del Comité Permanente sobre el Derecho de Patentes* de la OMPI, 28 de mayo de 2019 (SCP/30/50), se considera un cierto reflejo de esto la existencia de proyectos para generar «estado de la técnica» con tecnología de inteligencia artificial mediante la publicación de los resultados de máquinas de inteligencia artificial, con el fin de que cualquiera de estos resultados ya no pueda ser patentado por terceros (así el Proyecto *All Prior Art*; <https://allpriorart.com/about/>).

⁸² Vid. F. BANTERLE, “Ownership of inventions created by Artificial Intelligence”, cit., p. 91; A. LAUBER-RÖNSBERG y S. HETMANK, “The Concept of Authorship and Inventorship under Pressure: Does Artificial Intelligence Shift Paradigms?”, cit., p. 647; E. FRASER, “Computers as inventors -Legal and policy Implications of Artificial Intelligence on Patent Law”, *SCRIPTed*, vol. 13, n° 3, Diciembre 2016, pp. 305-333 (332)..

avance tecnológico permite que se generalicen los sistemas de inteligencia artificial con capacidad inventiva autónoma⁸³.

41. La modificación de la normativa de patentes para permitir patentar invenciones generadas por un sistema de inteligencia artificial implicaría establecer un régimen diferenciado del previsto para el inventor persona física⁸⁴. Ya se ha señalado que el reconocimiento de un derecho moral a favor del sistema de inteligencia artificial no tiene sentido; solo lo tiene la difusión del hecho de que sea una invención creada por un sistema de inteligencia artificial, desde un ejercicio de transparencia, velando por el interés de los terceros de conocer esa circunstancia. En lo que afecta al derecho a la patente y, con ello, a la vertiente patrimonial del derecho, este debería atribuirse al titular del sistema de inteligencia artificial en el momento en que se realiza la invención⁸⁵. De esta suerte, si el sistema de inteligencia artificial con capacidad inventiva autónoma es transmitido a un tercero, al transmitirlo el sistema se integraría como un nuevo activo en la empresa adquirente que, por tanto, debería tener el derecho de explotación sobre una máquina o sistema adquirido conociendo esa capacidad del sistema. Hay que entender que el acuerdo de transmisión ha de tener presente que se trata de un sistema con capacidad creadora y, por tanto, el adquirente tendría el derecho a la patente sobre las invenciones generadas por el sistema⁸⁶.

III. Conclusión

42. Como se ha expuesto a lo largo del trabajo, la utilización de sistemas de inteligencia artificial para generar invenciones determina la necesidad de plantearse su papel en el proceso inventivo. La legislación de patentes vincula la condición de inventor a la persona natural, partiendo de la concepción de que una invención es fruto del ingenio humano. Y, pese a los avances tecnológicos alcanzados, mientras los sistemas de inteligencia artificial necesiten ser asistidos, guiados o programados a la consecución de una regla patentable, o haya una intervención humana con altura intelectual suficiente, debe atribuirse el papel de inventor al ser humano; por lo que la normativa actual permite patentar sin problema tales invenciones. Solo cuando la aportación humana sea accesoria, por actuar el sistema artificial de forma totalmente autónoma, debe plantearse la adaptación del sistema de patentes para que tales invenciones puedan aprovecharse también de los incentivos al progreso técnico que la normativa de patentes aporta y que, en última instancia, deben revertir en la colectividad.

⁸³ Se ha planteado, en este sentido, si ese experto en un futuro no podría ser sustituido por un sistema de inteligencia artificial. Vid. R. ABBOTT, *I Think, Therefore I Invent: Creative Computers and the Future of Patent Law*, cit. pp. 1125 y 1126; ABBOTT, R, *Everything Is Obvious*, 66 *UCLA Law Review*, 2 (2019), pp. 2-52 (37).

⁸⁴ En este sentido, vid. L. SÁNCHEZ GARCÍA, “Propuesta de una nueva categoría de inventor para el sistema de patentes español. El «inventor artificial»”, *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, n.º 86 (enero-abril 2019), pp. 77-90 (89), quien propugna la categoría de inventor artificial, vinculándolo a que el agente artificial sea un elemento clave en el desarrollo de la solución técnica a patentar.

⁸⁵ Sobre esta cuestión vid. R. ABBOTT, *I Think, Therefore I Invent: Creative Computers and the Future of Patent Law*, cit., pp. 1114 y ss.; N. LI y T. KOAY, “Artificial intelligence and inventorship: an Australian perspective”, cit., p. 403.

⁸⁶ Vid. F. BANTERLE, “Ownership of inventions created by Artificial Intelligence”, cit., p. 82; SEMTOV, N, *A study on inventorship*, cit., pp. 29 y ss.

COHESIÓN TERRITORIAL Y TRANSPORTE AÉREO EN ESPAÑA*

TERRITORIAL COHESION AND AIR TRANSPORT IN SPAIN

JOSÉ MANUEL MARTÍN OSANTE

*Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad del País Vasco (UPV/EHU)*

Recibido: 10.04.2020 / Aceptado: 04.05.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5620>

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto el estudio del régimen jurídico de las denominadas obligaciones de servicio público previstas en el Reglamento (CE) n. 1008/2008 y su aplicación en las rutas aéreas españolas. Estas obligaciones constituyen medidas que limitan o excluyen el libre acceso de las compañías aéreas al mercado de la Unión Europea (UE), con la finalidad de evitar que determinadas rutas queden desatendidas por falta de rentabilidad económica, y para garantizar la cohesión territorial y la movilidad. En concreto, en este artículo se examina el alcance de las previsiones legales españolas y europeas sobre protección de la cohesión territorial, se incide en el régimen jurídico de la UE de las obligaciones de servicio público y se expone la aplicación en España de estas obligaciones.

Palabras clave: obligaciones de servicio público, Reglamento 1008/2008, transporte aéreo, cohesión territorial, desarrollo regional.

Abstract: The purpose of this work is to study the legal regime of the so-called public service obligations provided for in Regulation (EC) n. 1008/2008 and its application on Spanish air routes. These obligations constitute measures that limit or exclude the free access of airlines to the EU market, in order to prevent certain routes from being neglected due to lack of economic profitability, and to guarantee territorial cohesion and mobility. Specifically, this article examines the scope of Spanish and European legal provisions on the protection of territorial cohesion, the EU legal regime of public service obligations and describes the application in Spain of these obligations.

Keywords: public service obligations, Regulation 1008/2008, air transport, territorial cohesion, regional development.

Sumario: I. La protección de la cohesión territorial. II. Obligaciones de servicio público frente a libertad de competencia. III. Régimen jurídico de las obligaciones de servicio público. 1. Concepto y justificación. 2. Requisitos. 3. Procedimiento: A) La imposición de obligaciones de servicio público. B) El acceso a la prestación del servicio. 4. Contenido. 5. Examen posterior a su imposición. IV. Aplicación en España de las obligaciones de servicio público. 1. Fundamento jurídico. 2. Rutas interinsulares en Canarias. 3. Rutas en Baleares. 4. Ruta Almería-Sevilla. 5. Rutas aéreas de Melilla.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación «El transporte ante el desarrollo tecnológico y la globalización: nuevos desafíos jurídicos del sector marítimo y portuario», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional –MICINN/FEDER/UE– (Ref. PID2019-107204GB-C32) del que el autor es su Investigador Principal.

I. La protección de la cohesión territorial

1. El principio de la cohesión territorial, con especial atención a la insularidad, se encuentra reconocido y protegido en el ordenamiento de la UE, así como en los ordenamientos internos de sus Estados miembros¹. Efectivamente, son múltiples las disposiciones europeas y estatales que se ocupan de proteger este objetivo de la cohesión o de la solidaridad entre las regiones, a fin de garantizar un desarrollo económico y social equilibrado y armonioso de todas ellas. Con esta normativa se pretende superar las desventajas económicas y sociales que sufren determinadas regiones como consecuencia de su situación geográfica (islas, regiones de montaña o transfronterizas), demográfica, o por efecto de su elevada tasa de desempleo, escasa presencia de industria, baja renta per cápita, etc².

2. Por lo que se refiere a la normativa de la UE, debe destacarse cómo el art. 174 TFUE dispone que “A fin de promover un desarrollo armonioso del conjunto de la Unión, ésta desarrollará y proseguirá su acción encaminada a reforzar su cohesión económica, social y territorial. La Unión se propondrá, en particular, reducir las diferencias entre los niveles de desarrollo de las diversas regiones y el retraso de las regiones menos favorecidas. Entre las regiones afectadas se prestará especial atención a las zonas rurales, a las zonas afectadas por una transición industrial y a las regiones que padecen desventajas naturales o demográficas graves y permanentes como, por ejemplo, las regiones más septentrionales con una escasa densidad de población y las regiones insulares, transfronterizas y de montaña”. En este precepto se reconoce el principio de la cohesión territorial y se considera un objetivo a cuya realización efectiva deberán encaminarse las actuaciones de la UE³. En esta línea, resulta de interés la previsión del derecho de los ciudadanos de la UE a la libre circulación y residencia en los territorios de los Estados miembros, contenida en el art. 21 TFUE, en la medida que la movilidad de los ciudadanos deberá garantizarse por las instituciones europeas, lo que presentará una dificultad añadida en los casos de regiones mal comunicadas por razones geográficas o de otro tipo. Asimismo, el TFUE mantiene el carácter compartido, entre la UE y los Estados miembros, de las competencias en materia de cohesión económica, social y territorial, y transportes [art. 4.2.c) y g) TFUE]. Todo ello sin olvidar el papel que los servicios de interés económico general desempeñan en la promoción de la cohesión social y territorial (art. 14 TFUE).

3. En el caso de España, la norma fundamental en materia de cohesión territorial la constituye el art. 138.1º de la Constitución, en el que se garantiza por el Estado la efectiva realización del principio de solidaridad territorial. En concreto, esta disposición establece lo siguiente: “El Estado garantiza la realización efectiva del principio de solidaridad, consagrado en el artículo 2 de la Constitución, velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo, entre las diversas partes del territorio español, y atendiendo en particular a las circunstancias del hecho insular”. Esta norma es la que sirve de fundamento, junto con las oportunas disposiciones de la UE, para la imposición de medidas que garanticen un desarrollo armónico desde el punto de vista económico y social de los diferentes territorios del Estado, en especial, de las islas. Asimismo, el art. 19 de la Constitución Española reconoce el derecho fundamental a la libre circulación por el territorio nacional, derecho que se encuentra estrechamente relacionado con el principio de la cohesión territorial, por cuanto la libre circulación de los ciudadanos deberá garantizarse en las diferentes regiones de España, para que pueda materializarse el equilibrio territorial en los planos social y económico.

¹ Como advierten, entre otros, S.ZUNARELLI, “Servizi aerei e continuità territoriale”, en M. FOLCHI, M.M. COMENALE, U. LA TORRE, F. MORANDI Y R. TRANQUILLI-LEALI, *XXXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Aeronáutico y Espacial*, Milano, 2010, pp. 349 a 351; y P. FOIS, “La continuità territoriale e l’insularità nell’Unione Europea”, en M.M. COMENALE (Dir.), G. PRUNEDDU (Coord.), *La continuità territoriale della Sardegna. Passageri e merci, low cost e turismo*, Roma, 2015, pp. 37 y ss.

² En este sentido, refiriéndose específicamente a los territorios insulares, M.M. COMENALE, “La continuità territoriale della Sardegna ai tempi dell’Autorità di regolazione dei trasporti”, en M.M. COMENALE (Dir.), G. PRUNEDDU (Coord.), *La continuità territoriale della Sardegna...*, cit., p. XI.

³ Así, V. CORONA, “El turismo y el transporte aéreo en las islas”, en I. NADAL GÓMEZ (Dir.), F.J. BAUZÁ MARTORELL (Coord.), *La aviación al servicio del desarrollo económico de la sociedad. Los nuevos retos de su regulación jurídica*, Madrid, 2019, pp. 418 y 419.

4. Para superar las desventajas estructurales que presentan ciertas regiones, debido a sus características geográficas (en especial, las islas), demográficas, económicas, etc., y poder así cumplir con el objetivo de garantizar un equilibrio territorial, la conectividad aérea juega un papel fundamental⁴. A este respecto, cabe destacar que la existencia de conexiones aéreas produce el efecto de mejorar el crecimiento económico, el empleo y la cohesión social de las regiones, ciudades o países⁵. En este sentido, la Unión Europea y los Estados miembros tienen un particular interés en garantizar la conectividad aérea de las regiones alejadas o aisladas, de las rezagadas económicamente y de las que presenten una baja densidad de tráfico, en la medida que esta conectividad producirá un impacto económico y social positivo en dichas regiones. Precisamente, una herramienta de gran utilidad para que los Estados puedan mantener las conexiones aéreas con estas regiones, cuando el mercado por sí solo no pueda proporcionar unos niveles aceptables de servicio de transporte aéreo, lo constituyen las denominadas obligaciones de servicio público, que serán examinadas a continuación.

II. Obligaciones de servicio público frente a libertad de competencia

5. Existen intereses públicos que podrían verse perjudicados si se dejase que fuesen únicamente el mercado y los operadores privados los encargados de su protección, lo que justifica la intervención por parte de las instituciones nacionales y de la Unión Europea con la finalidad de salvaguardar dichos intereses⁶. Efectivamente, principios como la libre prestación de servicios, la libre competencia o la libertad de empresa, no deben impedir la consecución de intereses públicos como el desarrollo regional, el avance económico y social o la libre circulación de las personas⁷. Resulta necesario, por tanto, coordinar intereses públicos y libertad de mercado, como se pone de manifiesto en el caso del servicio de transporte aéreo.

En concreto, la aplicación de la libre competencia en el sector aéreo podría producir el efecto de que determinadas rutas quedasen desatendidas por falta de rentabilidad económica para las compañías aéreas, pero concurriendo un interés público en el mantenimiento de esas rutas y, en definitiva, un interés en que se preste un servicio esencial de transporte aéreo⁸. Para evitar este tipo de efectos perjudiciales para los usuarios y con la finalidad de garantizar la prestación del servicio esencial de transporte aéreo, el Reglamento (CE) n. 1008/2008, prevé la posibilidad de que los Estados adopten *obligaciones de servicio público*, es decir, medidas que limiten o excluyan el libre acceso de las compañías aéreas al

⁴ Como reconoce la Comisión Europea en su Comunicación: *Directrices interpretativas sobre el Reglamento (CE) n.º 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo — Obligaciones de servicio público (OSP)*, DOUE, C/194, 17.6.2017, punto 2, p. 1; y en la Comunicación: *Una estrategia de aviación para Europa*, COM (2015) 598 final, 7.12.2015, p. 9.

⁵ La relevancia económica y social de la conectividad aérea ha sido puesta de manifiesto, entre otros estudios, en: INTERVISTAS, *Economic Impact of European Airports – A Critical Catalyst to Economic Growth*, 2015, pp. 1 y ss (disponible en <http://www.intervistas.com/downloads/reports/Economic%20Impact%20of%20European%20Airports%20-%20January%202015.pdf>; consultado por última vez el 3 de abril de 2020); PwC, *Connectivity and growth. Directions of travel for airport investments*, 2014, pp. 1 y ss (disponible en: <https://www.pwc.com/gx/en/capital-projects-infrastructure/publications/assets/pwc-connectivity-growth.pdf>; consultado por última vez el 3 de abril de 2020). Asimismo, la Comisión Europea afirma en las *Directrices interpretativas sobre el Reglamento (CE) n.º 1008/2008*..., cit., punto 2, p. 1, que un incremento del 10% en conectividad “estimula el PIB (per cápita) en un 0,5 % adicional y la tasa de crecimiento del PIB en un 1 %, propiciando un aumento general de la productividad laboral”.

⁶ Vid., por todos, M.M. COMENALE, op. cit., p. XX.

⁷ Así, entre otros, M. DEIANA, “Liberalización del transporte aéreo en la Unión Europea y obligaciones de servicio público”, en F. MARTÍNEZ SANZ y M.V. PETIT LAVALL (Dir.), F. JUAN Y MATEU (Coord.), *Estudios sobre Derecho y economía del transporte: reforma y liberalización*, Madrid, 2009, p. 615; S. ZUNARELLI, op. cit., pp. 351 y 352; E. ORRÚ, *Gli aiuti di Stato nel settore del trasporto aereo. Inquadramento normativo e giurisprudenziale alla luce dell'acquis communautaire e delle recenti tendenze a livello comunitario*, Bologna, 2010, p. 120; y M.V. PETIT LAVALL, “Las obligaciones de servicio público (OSP) en el Reglamento CE n. 1008/2008 y su aplicación en España”, en M.M. COMENALE (Dir.), G. PRUNEDDU (Coord.), *La continuità territoriale della Sardegna*..., cit., p. 133.

⁸ Son los denominados fallos del mercado o de la competencia, cfr. A.M. GONZÁLEZ SANFIEL, *Las obligaciones de servicio público en el transporte aéreo*, Madrid, 2010, p. 36, refiriéndose específicamente al servicio de transporte aéreo como servicio de interés económico general.

mercado de la UE⁹. En este sentido, las obligaciones de servicio público constituyen una excepción al principio de libre competencia¹⁰, que se adoptan con el objetivo de asegurar la prestación del servicio de transporte aéreo, en la medida que la aplicación de las reglas de mercado por sí solas no garantizan que se proporcione dicho servicio¹¹.

III. Régimen jurídico de las obligaciones de servicio público

1. Concepto y justificación

6. Las obligaciones de servicio público no se encuentran definidas en el mencionado Reglamento (CE) n. 1008/2008, lo que facilitaría su delimitación jurídica. No obstante, el precedente de dicha norma, el Reglamento (CEE) 2408/92 del Consejo, de 23 de julio de 1992, relativo al acceso de las compañías aéreas de la Comunidad a las rutas aéreas intracomunitarias, sí que contemplaba un concepto de obligación de servicio público, que sigue resultando válido con carácter general¹²: “cualquier obligación impuesta a una compañía aérea para que adopte, con respecto a cualquier ruta para la que un Estado miembro le haya expedido una licencia, todas las medidas necesarias para garantizar la prestación de un servicio que cumpla determinadas normas relativas a continuidad, regularidad, capacidad y precio que la compañía aérea no asumiría si únicamente tuviera en cuenta su interés comercial” (art. 2 letra o). Ahora bien, el alcance de esta definición debe completarse y precisarse con lo dispuesto en los vigentes arts. 16 a 18 del Reglamento (CE) n. 1008/2008, en especial, con lo previsto en su art. 16.1, en el que se fijan los requisitos para la adopción de la obligación de servicio público y que serán examinados a continuación.

2. Requisitos

7. La imposición por un Estado de la Unión Europea de obligaciones de servicio público, ante el inadecuado funcionamiento del mercado, con la finalidad de garantizar que determinadas rutas aéreas serán atendidas, en defensa del interés público (progreso económico y social de ciertas regiones, movilidad de sus ciudadanos...), queda sometida al cumplimiento de diversos requisitos previos, contemplados en el art. 16 Reglamento 1008/2008:

- 1º) Servicios aéreos regulares. Las obligaciones de servicio público solamente pueden imponerse en relación con servicios aéreos regulares. Para la correcta delimitación de lo que debe entenderse por servicios aéreos regulares, resulta preciso tener en cuenta las definiciones que aporta el propio Reglamento en su art. 2. Así, el servicio aéreo es considerado como un vuelo o una serie de vuelos para el transporte de pasajeros, carga o correo a cambio de una remuneración o del pago de un alquiler (art. 2 apartado 4). Posteriormente, este mismo precepto define el servicio aéreo regular señalando que se trata de una serie de vuelos que reúna dos características: a) que en cada vuelo haya asientos o capacidad de carga disponibles para su adquisición de forma individualizada por el público; b) que se encuentre organizado el tráfico conforme a un horario publicado o con una regularidad o frecuencia que conformen una serie sistemática evidente (art. 2 apartado 16). Por lo tanto, quedan excluidos los servicios no aéreos y los servicios aéreos no regulares, mientras que las obligaciones de servicio

⁹ Como advierte, M.V. PETIT LAVALL, en M.J. MORILLAS JARILLO, M.V. PETIT LAVALL y M.J. GUERRERO LEBRÓN, *Derecho aéreo y del espacio*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2014, p. 223.

¹⁰ Conforme señalan, en un plano general, S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El Derecho administrativo privado*, Madrid, 1996, pp. 491 a 493; y S. MUÑOZ MACHADO, “Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación”, en S. MUÑOZ MACHADO y J. ESTEVE PARDO (Dirs.), *Derecho de la regulación económica, I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Madrid, 2009, pp. 68 y ss.

¹¹ En este mismo sentido, *Directrices interpretativas sobre el Reglamento (CE) n° 1008/2008...*, cit., punto 1, p. 1.

¹² Cfr. S. ZUNARELLI, op. cit., p. 352.

público podrán imponerse para los servicios aéreos –regulares–, tanto de pasajeros, como de carga. Asimismo, las rutas podrán ser internas, con origen y destino en aeropuertos del mismo Estado, o ser rutas con origen y destino en diferentes países de la UE, pero no rutas con terceros países de fuera de la UE¹³.

- 2º) Aeropuertos. Los servicios aéreos regulares deben prestarse entre un aeropuerto situado en la UE y un aeropuerto que sirva a una región periférica o en desarrollo de su territorio o en una ruta de baja densidad de tráfico que sirva a un aeropuerto de su territorio¹⁴. Dado que el Reglamento no define lo que debe entenderse por *región*, ni se exige una determinada entidad territorial o una estructura política u organizativa, el aeropuerto podrá estar situado en una isla, en una ciudad, en una comunidad autónoma o en una provincia española, en un departamento francés, en una región italiana, en un *länder* alemán, en una región o un lugar sin entidad territorial propia, etc¹⁵. Por lo que se refiere a su carácter *periférico*, tampoco se define en el Reglamento, si bien debería interpretarse en el sentido de región alejada o mal comunicada con la capital o con otras ciudades relevantes del país. Asimismo, la región a la que sirva el aeropuerto puede ser una región *en desarrollo*, es decir, con un menor desarrollo económico, atendiendo a su nivel de desempleo o su PIB per cápita¹⁶.

En todo caso, la imposición de obligaciones de servicio público no queda reservada únicamente para los aeropuertos que sirvan a regiones periféricas o en desarrollo, sino que también pueden adoptarse para cualquier otra ruta con *baja densidad de tráfico* que sirva a un aeropuerto situado en el territorio del Estado. El Reglamento no precisa lo que debe entenderse por *ruta de baja densidad de tráfico*, si bien la Comisión Europea ha señalado que una ruta con un tráfico superior a 100.000 pasajeros al año, en principio, no puede considerarse de baja densidad de tráfico, si bien esto no quiere decir que, automáticamente, las rutas con un número inferior a 100.000 pasajeros sean de baja densidad¹⁷.

- 3º) Esencial. Que la ruta se considere esencial para el desarrollo económico y social de la región servida por el aeropuerto. Nótese que la finalidad de la medida no se limita únicamente al desarrollo económico de la región, sino que la finalidad será también la del desarrollo social de la región a través, por ejemplo, de la movilidad de las personas mediante el transporte aéreo.
- 4º) Necesidad. La medida debe ser necesaria. En concreto, la obligación se impondrá solamente cuando sea necesaria para garantizar en dicha ruta una prestación mínima de servicios aéreos regulares que cumplan determinados requisitos en materia de continuidad, regularidad, precios o capacidad mínima que las compañías aéreas no asumirían si únicamente tuvieran en cuenta su interés comercial. En este sentido, se afirma que la obligación de servicio público constituye una medida subsidiaria¹⁸, al imponerse únicamente en defecto de compañías que quieran asumir la prestación del servicio aéreo, dada la ausencia de rentabilidad de la ruta.

8. A este respecto, cabe señalar que le corresponde al Estado determinar si la medida es o no necesaria, y para ello tendrá que valorar los siguientes extremos (art. 16.3):

- a) La proporcionalidad entre la obligación prevista y las necesidades de desarrollo económico de la región de que se trate [art. 16.3.a)]. Ciertamente, este precepto se refiere únicamente

¹³ Vid. *Directrices interpretativas sobre el Reglamento (CE) n° 1008/2008...*, cit., punto 21, p. 5.

¹⁴ Igualmente, M.V. PETIT LAVALL, “El acceso al mercado de transporte aéreo en el ámbito europeo”, en S. AREAL LUDEÑA, *Actividad aeronáutica: nuevos retos y reflexiones desde un punto de vista multidisciplinar*, Vitoria-Gasteiz, 2013, p. 30.

¹⁵ Tal y como precisan, A.M. GONZÁLEZ SANFIEL, op. cit., p. 58; y M.V. PETIT LAVALL, “Las obligaciones de servicio público...”, cit., p. 135.

¹⁶ En este sentido, *Directrices interpretativas sobre el Reglamento (CE) n° 1008/2008...*, cit., punto 20.a), p. 5, en las que se precisa cómo las regiones con un PIB per cápita menor al 75% de la media de la UE, normalmente, cumplirían con este requisito.

¹⁷ Cfr. *Directrices interpretativas sobre el Reglamento (CE) n° 1008/2008...*, cit., punto 20, p. 5.

¹⁸ Así, M. GÓMEZ PUENTE, *Derecho administrativo aeronáutico (régimen de la aviación y el transporte aéreo)*, Madrid, 2006, p. 543.

al desarrollo económico. No obstante, la promoción de la cohesión económica, social y territorial, es decir, no solamente económica, constituye uno de los objetivos de la política de la Unión Europea, como ponen de manifiesto, entre otros, los arts. 4, 14 y 174 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, prestándose una especial atención a las regiones insulares, debido a sus desventajas naturales¹⁹. Precisamente, el transporte aéreo constituye una herramienta fundamental para la consecución de la mencionada cohesión territorial de las islas, al facilitar la movilidad de las personas y el transporte de las mercancías entre las islas y de las islas con el continente. De este modo, el transporte aéreo presenta un interés general o público, dado que resulta necesario para alcanzar el objetivo de la cohesión económica, social y territorial de las islas, lo que justifica la posibilidad de excepcionar la libre competencia mediante la adopción de obligaciones de servicio público. Ahora bien, estas obligaciones pueden justificarse en la necesidad de cohesión social, teniendo en cuenta, por tanto, a los usuarios del servicio de transporte aéreo, y sin que sea preciso fundamentar la medida exclusivamente en la necesidad de cohesión económica²⁰.

9. La decisión del Estado que imponga la obligación de servicio público debe ajustarse a los límites que fija el citado art. 16 y, en consecuencia, no puede ser arbitraria²¹. En este sentido, la vigente regulación elimina la referencia al criterio del *interés público*, para justificar la adopción de la medida, lo que constituye un acierto dado que se trata de un parámetro demasiado genérico y discrecional²². No obstante, el margen de actuación de los Estados para tomar la medida sigue siendo amplio, si bien limitado a los contornos que fija el art. 16²³. Así, la proporcionalidad entre la obligación prevista y las necesidades de desarrollo económico de la región, constituye el primer elemento a valorar por el Estado y al que debe sujetarse su decisión²⁴. La obligación de servicio público no puede ser desproporcionada, si bien es cierto que para precisar si una determinada medida es o no proporcionada será necesario examinar el caso concreto, mediante el denominado test de proporcionalidad. De acuerdo con este test, la medida debe ser idónea o adecuada y necesaria (en el sentido de que no exista otra menos lesiva) para alcanzar el objetivo perseguido, y de su aplicación deben derivarse más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto²⁵.

10. En esta línea, resulta de interés el pronunciamiento que realizó la Comisión Europea²⁶ en torno a la proporcionalidad de las obligaciones de servicio público previstas por Italia para diversas rutas con origen y destino en Cerdeña, considerando desproporcionadas, entre otras imposiciones, la continuidad en la duración de la prestación del servicio por un periodo mínimo de tres años (al considerar que no debería exceder de un año) o la obligación de ofrecer tarifas preferentes a las personas nacidas en Cerdeña pero que no residen en la isla.

- b) La posibilidad de recurrir a otros modos de transporte y la capacidad de estos modos de satisfacer las necesidades de transporte consideradas, en particular, cuando existan servicios ferroviarios que cubran la misma ruta en un tiempo inferior a tres horas y con frecuencias y

¹⁹ Para los detalles, *vid.* P. FOIS, *op. cit.*, pp. 37 y ss.

²⁰ Igualmente, A.M. GONZÁLEZ SANFIEL, *op. cit.*, p. 55.

²¹ Cfr. J.F. FALCÓN, “Las compañías de transporte aéreo. Régimen de autorización y control. Libertad de comercio y tráfico (las cinco libertades). Régimen jurídico de la aviación deportiva. Los servicios en tierra. El handling”, en A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ (Dir.), *Régimen jurídico del transporte aéreo*, Cizur Menor, 2005, p. 375.

²² Como afirma, G. RINALDI BACELLI, “Gli oneri di servizio pubblico nel trasporto aéreo”, en G. SILINGARDI, A. ANTONINI y B. FRANCHI (Dir.), *L'attività di trasporto aereo dopo la liberalizzazione del cabotaggio*, Milano, 1998, p. 98.

²³ Igualmente, M.V. PETIT LAVALL, en M.J. MORILLAS JARILLO, M.V. PETIT LAVALL y M.J. GUERRERO LEBRÓN, *op. cit.*, p. 226.

²⁴ Sobre el principio de la proporcionalidad, *vid.* J.M. MORAL SORIANO, “Proporcionalidad y servicios de interés económico general”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 3, 2002, pp. 387 y ss.

²⁵ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional español, 48/2005, de 3 de marzo (Fundamento Jurídico 7º).

²⁶ Decisión de la Comisión de 23 de abril de 2007, sobre la imposición de obligaciones de servicio público en algunas rutas con origen y destino en Cerdeña, en virtud del artículo 4 del Reglamento (CEE) no 2408/92 del Consejo, relativo al acceso de las compañías aéreas de la Comunidad a las rutas aéreas intracomunitarias (DOUE L 125, 15.5.2007). Cfr. S. ZUNARELLI, *op. cit.*, p. 356.

conexiones suficientes y horarios convenientes. La norma presta especial atención al transporte ferroviario como alternativa al transporte aéreo, lo que no podrá considerarse en el caso de conexiones entre islas o entre las islas y el continente. En este tipo de conexiones debería examinarse si el transporte marítimo podría ser una alternativa real al transporte aéreo en cuanto a tiempo y condiciones (número de conexiones, comodidad...). En la generalidad de los supuestos, este transporte marítimo no constituirá una alternativa al transporte aéreo, por su mayor duración y por su incomodidad²⁷, si bien es cierto que en determinados casos de conexiones marítimas interinsulares de corta distancia, el transporte marítimo, en la temporada de verano, puede constituir una alternativa al aéreo²⁸, pues no olvidemos que al tiempo de duración del vuelo hay que sumar la antelación con la que se debe acudir al aeropuerto y el tiempo que debe emplearse para desplazarse desde el aeropuerto de destino hasta la ciudad de destino.

- c) Las tarifas aéreas y las condiciones que puedan proponerse a los usuarios. La existencia de conexiones aéreas en una determinada ruta no impide que puedan adoptarse obligaciones de servicio público para dicha ruta, debido, por ejemplo, a que el régimen de tarifas se considere particularmente elevado²⁹.
- d) El efecto combinado de todas las compañías aéreas que operen o vayan a operar en la ruta. La imposición de obligaciones de servicio público se realiza con el objetivo de garantizar que se presten servicios regulares en determinadas rutas que no son rentables económicamente. En este sentido, resulta razonable que el Reglamento 1008/2008 exija que sean objeto de estudio los servicios de transporte aéreo que oferten las diferentes compañías en relación con la ruta concreta de que se trate. Ahora bien, se trata de un elemento más a valorar por el Estado, de forma que, conforme se ha señalado en el párrafo anterior, la existencia de conexiones aéreas en una determinada ruta, no excluye la posibilidad de que sea declarada una obligación de servicio público, en la medida que la oferta existente sea inadecuada en cuanto a tarifas (por ejemplo, por excesivas)³⁰, frecuencias (insuficientes) u otras condiciones (como puede ser el número de plazas o la regularidad del servicio). Podrá examinarse, igualmente, la oferta de vuelos a otros aeropuertos cercanos, si bien no podrá considerarse, normalmente, como alternativa un aeropuerto situado a más de 100 km y/o cuyo tiempo de transbordo sea superior a una hora en transporte público³¹.

5º) Adecuación. Tal y como dispone el art. 16.3 del Reglamento 1008/2008, para fijar la obligación de servicio público, los Estados miembros deberán evaluar no solamente la necesidad de la medida, sino también la adecuación de la misma: “Los Estados miembros evaluarán la necesidad y la adecuación de la obligación de servicio público prevista”. El examen de la adecuación de la medida se realizará tomando en consideración los criterios de continuidad, regularidad, precios o capacidad³².

3. Procedimiento

11. En lo que se refiere al procedimiento previsto en el Reglamento 1008/2008, debe diferenciarse entre, por una parte, el procedimiento para la imposición de obligaciones de servicio público por un Estado miembro y, por otra, el acceso posterior de las compañías aéreas a la prestación del servicio aéreo en rutas objeto de obligaciones de servicio público.

²⁷ Como afirma, A.M. GONZÁLEZ SANFIEL, op. cit., p. 56.

²⁸ Vid. M.V. PETIT LAVALL, “Las obligaciones de servicio público...”, cit., p. 136.

²⁹ Lo que puede suceder, por ejemplo, en las temporadas de mayor afluencia de turistas a las islas, cfr. V. CORONA, op. cit., p. 420.

³⁰ Cfr. A.M. GONZÁLEZ SANFIEL, op. cit., p. 56.

³¹ Así, *Directrices interpretativas sobre el Reglamento (CE) n° 1008/2008...*, cit., punto 42, p. 9.

³² Igualmente, M.V. PETIT LAVALL, “Las obligaciones de servicio público...”, cit., p. 136.

A) La imposición de obligaciones de servicio público

12. El punto de partida del procedimiento para imponer las obligaciones de servicio público lo constituye la comunicación previa que el Estado miembro que pretenda fijar dichas obligaciones debe realizar a la Comisión, a los Estados miembros interesados, a los aeropuertos de que se trate y a las compañías aéreas que operen en esa ruta (art. 16.1 y 4)³³. En concreto, la consulta (“tras consultar”) e información (“después de haber informado”) a las que alude el apartado 1 del art. 16, coincidirían con la comunicación (“comunicará”) previa del texto completo de la obligación de servicio público que contempla el apartado 4 de dicho precepto, por cuanto los destinatarios de la información y comunicación son los mismos, y dado que ambos apartados se refieren a la misma fase previa a la adopción de la medida por el Estado³⁴.

13. La comunicación deberá realizarse únicamente a los Estados miembros interesados, es decir, a los Estados entre los que se efectúe el trayecto aéreo (art. 2.20) y a los Estados que dispongan de aeropuertos en la zona fronteriza cercana al aeropuerto en el que esté previsto imponer una ruta de servicio público³⁵, no a todos los Estados miembros de la UE; así como, exclusivamente, a las compañías aéreas que operen en esa ruta, no a otras que puedan operar en los aeropuertos implicados³⁶.

14. Tras la mencionada comunicación previa y una vez que se haya adoptado la decisión por el Estado de imponer la obligación de servicio público, la Comisión publicará una nota informativa en la que deberán constar, como mínimo, las informaciones siguientes: los dos aeropuertos conectados por la ruta en cuestión y posibles puntos intermedios de escala; la fecha de entrada en vigor de la obligación de servicio público; y la dirección completa en la que el Estado miembro interesado ofrecerá sin demora y gratuitamente el texto y cualquier otra información o documentación relativa a la obligación de servicio público de que se trate (art. 16.4). Esta nota informativa se publicará en el DOUE en el caso de rutas cuyo número previsto de pasajeros sea superior a 10.000 al año, mientras que si el número previsto fuese inferior a 10.000 al año la nota podrá publicarse, bien el DOUE, o bien solamente en el Diario Oficial del Estado miembro de que se trate (art. 16.5). Adviértase que la entrada en vigor de la obligación de servicio público no podrá ser anterior a la publicación de la mencionada nota informativa (art. 16.6).

15. No se ha previsto en el Reglamento 1008/2008, tras la comunicación por el Estado que pretende adoptar la medida, el trámite de audiencia previa de los Estados miembros interesados o de las compañías aéreas que operen en la ruta afectada, ni tampoco la posibilidad de que la Comisión considere que la decisión de imponer obligaciones de servicio público no se encuentra debidamente justificada en cuanto a su necesidad y/o su oportunidad, y decida denegar la medida³⁷. Ante esta ausencia de regulación, se entiende que será el procedimiento interno articulado por cada Estado el que determinará si existe o no esa audiencia previa y, en caso afirmativo, cuáles son los plazos previstos para ello y sus efectos. Por otra parte, lo que sí prevé el Reglamento (art. 18) es la revisión de la medida ya adoptada por parte de la Comisión y la posibilidad de que tome la decisión de que no continúe aplicándose la obligación de servicio público.

³³ El anexo I de las *Directrices interpretativas sobre el Reglamento (CE) n° 1008/2008...*, cit., contiene un formulario/cuestionario con la información y datos a suministrar por el Estado a la Comisión (en concreto a la Dirección General de Movilidad y Transportes: MOVE-PSO@ec.europa.eu), en virtud de los arts. 16 y 17 Reglamento 1008/2008.

³⁴ Tal y como precisa, A.M. GONZÁLEZ SANFIEL, op. cit., pp. 64 y 65.

³⁵ A este supuesto específico de aeropuerto situado en otro Estado, pero cercano al aeropuerto en el que se pretendan establecer las obligaciones de servicio público, se refieren las *Directrices interpretativas sobre el Reglamento (CE) n° 1008/2008...*, cit., punto 61, p. 11.

³⁶ Conforme indica, A.M. GONZÁLEZ SANFIEL, op. cit., pp. 65 y 66.

³⁷ Cfr. M.V. PETIT LAVALL, “Las obligaciones de servicio público...”, cit., p. 137.

B) El acceso a la prestación del servicio

16. Con posterioridad a la imposición de obligaciones de servicio público en la ruta o rutas aéreas en cuestión, se deberá precisar el régimen de acceso de las compañías a la prestación del servicio aéreo en dicha ruta o rutas. En concreto, el Reglamento 1008/2008, contempla tres vías diferenciadas de acceso a la prestación del servicio³⁸: 1ª) Acceso abierto a la prestación del servicio (“OSP abiertas”). 2ª) Prestación del servicio en exclusiva tras la licitación pública y la oportuna adjudicación (“OSP restringidas”). 3ª) Selección directa por el Estado miembro en caso de interrupción súbita del servicio.

1ª) Acceso abierto. En aquellos supuestos en los que se hayan impuesto obligaciones de servicio público en una determinada ruta o rutas, todas las compañías aéreas que tengan interés y que cumplan con los requisitos de la obligación de servicio público previstas por el Estado, podrán prestar el servicio aéreo en esa ruta o rutas, sin compensación económica (art. 16.8)³⁹. Esta primera opción no es la preferida por las compañías aéreas, lo que resulta razonable si tenemos en cuenta que la imposición de obligaciones de servicio público se justifica, precisamente, en que la ruta presenta una baja densidad de tráfico y los operadores no tienen interés en prestar servicios aéreos regulares en dicha ruta por no ser rentable económicamente. Por tal motivo, en la práctica, la mayoría de las obligaciones de servicio público que suelen adoptar los Estados contemplan derechos de exclusiva para el operador aéreo que resulte adjudicatario de la ruta en cuestión⁴⁰, con el objeto de que la propuesta resulte atractiva para alguna compañía aérea.

2ª) Exclusiva. Cuando ninguna compañía tuviese interés en iniciar o continuar la prestación del servicio aéreo regular en una ruta declarada de servicio público y, por tanto, la vía de acceso libre no resultase atractiva para ninguna compañía, el Estado miembro puede limitar el acceso a los servicios aéreos regulares en dicha ruta a una sola compañía aérea comunitaria (art. 16.9)⁴¹. Esta compañía aérea tendrá reconocido el incentivo de poder explotar la ruta en régimen de monopolio, pero durante un tiempo limitado. En concreto, la exclusiva se reconocerá por un período máximo de cuatro años, período que podrá extenderse hasta cinco años si la obligación de transporte público se impone en una ruta a un aeropuerto que de servicio a una región ultraperiférica (de acuerdo con la definición del art. 349 TFUE, anterior art. 299.2 TCE)⁴².

³⁸ Vid. M.V. PETIT LAVALL, “Las obligaciones de servicio público...”, cit., p. 138.

³⁹ Esta posibilidad de que los portadores aéreos puedan prestar, en cualquier momento, servicios aéreos de línea en rutas gravadas con obligaciones de servicio público es reconocida por el Reglamento 1008/2008, tal y como advierte, S. ZUNARELLI, op. cit., p. 356.

⁴⁰ En concreto, A.M. GONZÁLEZ SANFIEL, op. cit., p. 138, cifra en alrededor de un 70% los supuestos de rutas objeto de obligaciones de servicio público en las que se reconocen derechos de exclusiva.

⁴¹ Como establecen las *Directrices interpretativas sobre el Reglamento (CE) n° 1008/2008*..., cit., punto 71, p. 13. Así ha sucedido, por ejemplo, en la ruta Menorca-Madrid. En concreto, la Resolución de 28 de febrero de 2014, de la Secretaría General de Transportes, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de febrero de 2014, por el que se modifica el de 15 de junio de 2012, por el que se declaran obligaciones de servicio público en la ruta aérea Menorca – Madrid (BOE n. 63, 14 de marzo de 2014), dispone en su apartado 1º que “En el caso de que ninguna compañía aérea presente un programa de servicio conforme con las obligaciones de servicio público impuestas para la ruta sin solicitar compensación económica alguna, se limitará el acceso a la ruta afectada a una sola compañía aérea a la que se le compensará con la cantidad necesaria para que acepte dar cumplimiento a las obligaciones de servicio público”, resultado adjudicatario Air Nostrum Líneas Aéreas del Mediterráneo S.A. Igualmente, se ha limitado el acceso a una única compañía aérea en las rutas Gran Canaria-Tenerife Sur, Gran Canaria-El Hierro, Gran Canaria-La Gomera y Tenerife Norte-La Gomera, conforme prevé el apartado 1º de la Resolución de 25 de noviembre de 2011, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de octubre de 2011, por el que se modifica el de 2 de junio de 2006, por el que se declaran obligaciones de servicio público en rutas aéreas entre las Islas Canarias, y se limita el acceso a determinadas rutas (BOE n. 290, 2 de diciembre de 2011), siendo adjudicataria Navegación y Servicios Aéreos Canarios, S.A. En esta línea, se declararon obligaciones de servicio público en la ruta Almería-Sevilla, (BOE n. 96, 20.4.2009) siendo una única compañía aérea adjudicataria, Air Nostrum Líneas Aéreas del Mediterráneo S.A. De la misma forma, se declararon obligaciones de servicio público en las rutas Melilla-Almería, Melilla-Granada, Melilla-Sevilla (BOE n. 255, 22.10.2018) siendo una única compañía aérea adjudicataria, Air Nostrum Líneas Aéreas del Mediterráneo S.A.

⁴² Cfr. A. FORTES MARTÍN, *La ordenación y el control administrativo del tráfico aéreo*, Cizur Menor, 2012, pp. 159 y 160.

17. El derecho a la explotación en exclusiva de los servicios aéreos regulares en régimen de obligaciones de servicio público se ofrecerá, mediante licitación pública⁴³, a cualquier compañía aérea comunitaria habilitada para prestar el servicio en las condiciones propuestas, tal y como señala el art. 16.10 Reglamento 1008/2008, y dando así cumplimiento a lo dispuesto en el considerando 12 de dicha norma, en el que se exige que los procedimientos de licitación estén “abiertos a la participación de un número suficiente de competidores”⁴⁴. Esta licitación pública podrá realizarse, bien de forma individualizada, para una ruta concreta, o bien para una pluralidad o grupo de rutas, cuando exista una justificación para hacerlo así en virtud de criterios de eficacia operativa⁴⁵.

18. No obstante, son los Estados miembros los que tendrán que establecer el procedimiento concreto de licitación que deba aplicarse para establecer las obligaciones de servicio público, debido a que el citado Reglamento no contempla un procedimiento específico al respecto, sino que se limita a prever diversos deberes formales de comunicación previa a la adopción de la decisión en la que se impongan las obligaciones de servicio público y de publicidad posterior a su imposición⁴⁶.

19. En todo caso, la norma de la UE exige que el Estado miembro interesado comunique a la Comisión el texto íntegro del anuncio de licitación⁴⁷, excepto para las rutas con un número previsto de pasajeros inferior a 10.000, en las que será suficiente con la publicación de la información en el Diario Oficial nacional (art. 17.2). Seguidamente, la Comisión dará a conocer la licitación mediante una nota informativa que publicará en el DOUE (art. 17.4)⁴⁸.

20. El contenido del anuncio de licitación no resulta con claridad del Reglamento 1008/2008, debido a que en el mismo se recogen, por una parte, los datos del anuncio de licitación que el Estado comunica a la Comisión y, por otra, los elementos que debe contener la nota informativa que publica la Comisión⁴⁹. A este respecto, cabe entender que el contenido del anuncio de licitación lo conformarán, como mínimo, los datos que el Estado comunica a la Comisión, así como los que se incorporan a la nota informativa⁵⁰. En concreto, nos referimos a la siguiente información mínima: los niveles de servicio requeridos por la obligación de servicio público; las reglas relativas a la modificación y finalización del contrato, en particular con el fin de tener en cuenta cambios imprevisibles; el plazo de validez del contrato; las sanciones en caso de incumplimiento del contrato; parámetros objetivos y transparentes, basándose en los cuales se calculará, si procede, la indemnización por ejecución de las obligaciones de servicio público⁵¹; Estado o Estados miembros interesados; ruta aérea de que se trata; duración del contrato; dirección

⁴³ Lo señalan expresamente las *Directrices interpretativas sobre el Reglamento (CE) n° 1008/2008*..., cit., punto 72, p. 13.

⁴⁴ La licitación pública para el supuesto de limitación del acceso al servicio a una única compañía se estableció expresamente para la ruta Menorca-Madrid: Vid. Apartado 1° de la Resolución de 28 de febrero de 2014, de la Secretaría General de Transportes, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de febrero de 2014, por el que se modifica el de 15 de junio de 2012, por el que se declaran obligaciones de servicio público en la ruta aérea Menorca – Madrid (BOE n. 63, 14 de marzo de 2014).

⁴⁵ Así, S. ZUNARELLI, op. cit., p. 357.

⁴⁶ En este sentido, M.V. PETIT LAVALL, “Las obligaciones de servicio público...”, cit., pp. 136 y 137.

⁴⁷ El anexo I de las *Directrices interpretativas sobre el Reglamento (CE) n° 1008/2008*..., cit., contiene un formulario/cuestionario con la información y datos a suministrar por el Estado a la Comisión (en concreto, a la Dirección General de Movilidad y Transportes), en virtud de los arts. 16 y 17 Reglamento 1008/2008.

⁴⁸ En el supuesto de que la licitación se refiera a una ruta cuyo acceso ya estuviera limitado a una compañía aérea (de conformidad con el artículo 16.9), el anuncio de licitación se publicará por la Comisión en el DOUE al menos seis meses antes del comienzo de la nueva concesión, con la finalidad de valorar si tal restricción de acceso sigue siendo necesaria, por disponerlo así el art. 17.4.

⁴⁹ Las notas informativas de la Comisión pueden consultarse en: https://ec.europa.eu/transport/modes/air/internal-market/pso_es (revisado por última vez el 25 de marzo de 2020).

⁵⁰ En la línea de lo manifestado por A.M. GONZÁLEZ SANFIEL, op. cit., p. 150.

⁵¹ La licitación de la ruta Menorca-Madrid se realizó para los periodos de temporada baja (enero-mayo y octubre-diciembre), con la previsión de una compensación económica para la compañía aérea adjudicataria en los siguientes términos: “Las ofertas presentadas por las empresas licitantes especificarán la cantidad solicitada en concepto de compensación por la explotación de los servicios para cada uno de los dos periodos de ocho meses por los que serían licitados los servicios establecidos en el presente Acuerdo. Los importes de las licitaciones que pudieran llevarse a cabo en virtud de este Acuerdo no superarán

completa en la cual el Estado miembro pondrá a disposición de los interesados toda información o documentación relativa a la licitación pública y la obligación de servicio público; y el plazo de presentación de las ofertas (apartados 3 y 5 del art. 17). Este plazo para la presentación de ofertas será, como mínimo, de dos meses desde la fecha de publicación de la nota informativa de la licitación en el DOUE.

21. Las compañías aéreas interesadas en concurrir al procedimiento de licitación pública podrán solicitar al Estado miembro toda la información y documentación pertinentes acerca de dicha convocatoria. En concreto, la solicitud deberá cursarse a través de la dirección que los Estados facilitarán en el anuncio de licitación y que constará en la nota informativa de la Comisión. La información y documentación solicitada deberá ser comunicada por los Estados a los interesados que la hayan solicitado, sin demora y de forma gratuita (art. 17.6). Se trataría de documentación e información adicional a la que con carácter mínimo contienen el anuncio de licitación y la nota informativa de la Comisión.

22. El fallo de la licitación se realizará lo antes posible y tomando en consideración los siguientes aspectos: la adecuación del servicio ofrecido, los precios y condiciones que pueden proponerse a los usuarios y el coste de la compensación que sea necesario aportar por el Estado o Estados miembros interesados, si fuese necesario (art. 17.8)⁵². La norma no prioriza unos criterios sobre otros, de forma que será el contenido del anuncio de licitación el que determinará los criterios en los que se fundamentará el fallo y la ponderación concreta de dichos criterios. En este sentido, el criterio fundamental en el que suele fundamentarse el fallo de la licitación es el de la compensación económica⁵³. No obstante, y pese a que prevalezca el criterio de la compensación económica, otros criterios (tarifas, frecuencias, capacidad...) también deberían valorarse a fin de seleccionar la oferta que mejor satisfaga los intereses públicos que tratan de protegerse con la declaración de obligaciones de servicio público⁵⁴.

23. Tras la adjudicación, el Estado deberá informar por escrito y sin demora a la Comisión acerca de los resultados de la licitación pública y de la selección realizada, haciendo constar en la oportuna comunicación que se envíe a tal efecto los siguientes datos (art. 17.9): números, nombres e información empresarial de los licitadores; elementos operativos que figuren en las ofertas; indemnizaciones solicitadas en las ofertas; nombre del licitador seleccionado. Asimismo, la Comisión podrá solicitar a los Estados miembros, por iniciativa propia o previa solicitud de otro Estado miembro, que le transmitan toda la documentación relativa a la selección de una compañía aérea para la explotación de una obligación de servicio público. En caso de que los documentos solicitados no se transmitan en el plazo de un mes, la Comisión podrá suspender la licitación (art. 17.10).

como compensación máxima la cantidad de 1,2 millones de euros por cada uno de los periodos de ocho meses anteriormente mencionados". Vid. Apartado 1º de la Resolución de 28 de febrero de 2014, de la Secretaría General de Transportes, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de febrero de 2014, por el que se modifica el de 15 de junio de 2012, por el que se declaran obligaciones de servicio público en la ruta aérea Menorca – Madrid (BOE n. 63, 14 de marzo de 2014).

⁵² De modo similar a lo dispuesto en la normativa anterior [en el derogado Reglamento (CEE) 2408/92]. Para los detalles, vid. G. SILINGARDI, "Gli oneri di pubblico servizio nel trasporto aereo comunitario", *Diritto dei trasporti*, 2000-I, pp. 53 y ss.

⁵³ Tal y como advierte, S. ZUNARELLI, op. cit., p. 358.

⁵⁴ Sobre esta cuestión, las *Directrices interpretativas sobre el Reglamento (CE) n° 1008/2008...*, cit., punto 78, p. 14, precisan que "Los Estados miembros son libres, en principio, para definir la ponderación de los criterios utilizados en la adjudicación, por ejemplo atribuyendo un 70% a la cuantía de la indemnización y un 30% a la calidad" y añadiendo que "Entre los aspectos cualitativos que pueden tenerse en cuenta figuran la experiencia en operaciones con OSP; el mantenimiento de las aeronaves y los mecanismos de apoyo; la adecuación de los horarios y la duración de la estancia en destino en viajes de un día; las opciones de interlínea ofrecidas; las tarifas promedio ofrecidas; el funcionamiento de las ventas y la publicidad; la promoción de los servicios y la solidez financiera de la compañía. Por ejemplo, la publicidad de una ruta puede ser muy importante para garantizar su éxito inicial y la viabilidad a largo plazo del desarrollo de una ruta con el objetivo final de reducir y, en última instancia eliminar las subvenciones".

Así, por ejemplo, para las rutas Melilla-Almería, Melilla-Granada, y Melilla-Sevilla, para las que se declararon obligaciones de servicio público, se emplearon los criterios de adjudicación y las ponderaciones siguientes: "Criterios de adjudicación: 18.1) Importe de compensación solicitada (Ponderación: 70%). 18.2) Capacidad de respuesta (Ponderación: 30%). 18.3) Condiciones tarifarias (Ponderación: 30%). 18.4) Conectividad (Ponderación: 30%). 18.5) Continuidad del servicio (Ponderación: 30%). 18.6) Frecuencias (Ponderación: 30%)", (BOE n. 176, 24.7.2019).

- 3ª) Interrupción súbita del servicio. En los casos de interrupción súbita del servicio por parte de la compañía aérea que hubiese sido adjudicataria de una ruta en régimen de exclusiva, y por razones de urgencia, el Estado miembro podrá seleccionar directamente a otra compañía con la finalidad de que preste el servicio en dicha ruta objeto de obligaciones de servicio público, durante un período máximo de siete meses, no renovables (art. 16.12). La necesidad de garantizar la continuidad y regularidad del servicio justifica que se adopte este procedimiento de urgencia⁵⁵, en el que el Estado miembro contrata al nuevo operador, si bien la selección de este nuevo operador deberá realizarse entre compañías aéreas de la UE, respetando los principios de transparencia y no discriminación, y mediante una nueva licitación.

4. Contenido

24. El contenido de la obligación de servicio público no es objeto de regulación específica en el Reglamento 1008/2008. En todo caso, de las disposiciones previstas en dicha norma cabe deducir diferentes elementos que integrarán el contenido mínimo del contrato de adjudicación resultante tras la licitación pública: la ruta o rutas aéreas objeto de servicio público (art. 17.5.b), los niveles de servicio requeridos por la obligación de servicio público (art. 17.3.a), la duración del contrato (art. 17.5.c), las reglas relativas a la modificación y finalización del contrato, en particular con el fin de tener en cuenta cambios imprevisibles (art. 17.3.b), las sanciones en caso de incumplimiento del contrato (art. 17.3.d), en su caso, la indemnización a la compañía aérea por los gastos que les ocasione el dar cumplimiento a las obligaciones de servicio público impuestas (art. 17.8).

25. Las características concretas de la prestación del servicio aéreo en las rutas objeto de obligaciones de servicio público las fija el Estado⁵⁶. Ahora bien, la delimitación del contenido y alcance del servicio aéreo por parte de los Estados miembros debe respetar las limitaciones previstas en el Reglamento 1008/2008. Así, las características del servicio deberán establecerse de manera transparente y no discriminatoria (art. 16.1). De modo similar, se incide en la necesidad de que se definan de forma clara e inequívoca las condiciones de las obligaciones de servicio público⁵⁷.

26. Igualmente, las condiciones que se impongan deberán ser las necesarias y adecuadas para garantizar en la ruta o rutas una prestación mínima de servicios aéreos regulares que cumplan determinados requisitos en materia de continuidad, regularidad precios o capacidad mínima (art. 16.1 y 3). Efectivamente, los Estados fijan unos mínimos en cuanto al contenido y alcance de la prestación del servicio, a fin de conciliar los intereses de los prestadores en conseguir una rentabilidad económica y los intereses de los usuarios en disponer de una adecuada prestación del servicio⁵⁸. Dado este carácter mínimo, el operador no podrá incumplir las características mínimas establecidas, pero no existe inconveniente alguno para que las compañías aéreas ofrezcan unos servicios que vayan más allá del mínimo, en cuanto a frecuencias, capacidad, etc⁵⁹.

27. Por otra parte, cuando otros modos de transporte no puedan asegurar un servicio ininterrumpido con al menos dos trayectos diarios, los Estados miembros interesados podrán incluir en la obliga-

⁵⁵ Conforme indica, A.M. GONZÁLEZ SANFIEL, op. cit., p. 153.

⁵⁶ Tal y como señala, M.V. PETIT LAVALL, en M.J. MORILLAS JARILLO, M.V. PETIT LAVALL y M.J. GUERRERO LEBRÓN, op. cit., p. 225.

⁵⁷ El considerando 12 del Reglamento 1008/2008 dispone que “Las condiciones en que pueden imponerse obligaciones de servicio público deben estar definidas de forma clara e inequívoca”.

⁵⁸ Sobre el carácter mínimo de las prestaciones objeto de servicio público, en un plano general, con la finalidad de conciliar intereses de usuarios y prestadores, vid. J.M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, “Tres postulados para el nuevo servicio público”, en G. ARIÑO, J.M. DE LA CUÉTARA y J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, *El nuevo servicio público*, Madrid, 1997, pp. 150 a 152.

⁵⁹ Conforme ponen de manifiesto las *Directrices interpretativas sobre el Reglamento (CE) n° 1008/2008*..., cit., punto 56, p. 11; y, en doctrina, A.M. GONZÁLEZ SANFIEL, op. cit., p. 78.

ción de servicio público la exigencia de que cualquier compañía aérea de la UE que se proponga explotar servicios en dicha ruta deposite una garantía en concepto de continuidad en la explotación de dicha ruta durante un período determinado, que deberá especificarse, de conformidad con las demás condiciones de la obligación de servicio público (art. 16.2). Con la imposición de esta garantía se pretende evitar el denominado *market skimming*, que consiste en aceptar las condiciones para la prestación del servicio durante el periodo de tiempo en el que sea rentable económicamente, para suspenderlo en aquellos otros periodos en los que el servicio no sea rentable, con el consiguiente perjuicio para los usuarios⁶⁰.

28. La compañía aérea que acceda a prestar el servicio en rutas con obligaciones de servicio público lo hará en régimen de ventas solo asiento, es decir, que podrá vender asientos, pero sin ningún otro servicio añadido, como pueda ser el alojamiento, bien directamente al público por la compañía aérea, o bien mediante su agente autorizado o un fletador (arts. 16.7 y 2.15)⁶¹.

29. El Reglamento 1008/2008 (art. 17.8) permite a los Estados que hayan fijado las obligaciones de servicio público que contemplen indemnizaciones a favor de la compañía aérea adjudicataria en exclusiva, por los gastos que les haya ocasionado el cumplimiento de las condiciones impuestas. Ahora bien, esta indemnización no podrá exceder del importe necesario para cubrir los costes netos derivados de la ejecución de cada obligación de servicio público, teniendo en cuenta los correspondientes ingresos conservados por el operador y unos beneficios razonables⁶².

30. Por otra parte, cabe destacar que el otorgamiento de la exclusiva a una compañía aérea para una determinada ruta o rutas es compatible con que esta celebre acuerdos de código compartido con otras compañías aéreas, a condición de que se respete la normativa sobre competencia, y con la posibilidad de subcontratar total o parcialmente los servicios aéreos a otra compañía aérea de la UE, si bien, las responsabilidades por la ejecución del contrato recaerán siempre sobre la compañía seleccionada mediante licitación⁶³.

5. Examen posterior a su imposición

31. Durante el plazo de vigencia de las obligaciones de servicio público, podrá examinarse y revisarse el cumplimiento de los requisitos que deben concurrir para su adopción⁶⁴. Con ello se pretende garantizar el respeto al principio de legalidad y, en definitiva, que las medidas de servicio público establecidas por el Estado se ajustan a las limitaciones legales previstas para su imposición⁶⁵. En concreto, el art. 18 del Reglamento 1008/2008, dispone que los Estados de la Unión Europea tomarán las medidas precisas para garantizar que las decisiones adoptadas, acerca de las obligaciones de servicio público, al amparo de lo establecido en los artículos 16 y 17 se revisen efectivamente y, en particular, lo antes posible cuando pueda alegarse que tales decisiones han infringido la legislación de la UE o las normas nacionales que apliquen dicha legislación. En consecuencia, los Estados deberán revisar de oficio las obligaciones de servicio público impuestas. No es necesario, por tanto, que los Estados esperen a que la Comisión requiera previamente al Estado o a que sea la Comisión quien inicie el oportuno procedimiento de revisión de las condiciones de servicio público adoptadas.

32. Junto a esta imposición a los Estados del deber de actuar de oficio cuando se identifique una posible infracción de la normativa sobre obligaciones de servicio público, el Reglamento 1008/2008

⁶⁰ Advierte acerca de esta práctica, M. DEIANA, op. cit., p. 619, y de cómo se pretende evitar con la imposición al operador de la mencionada garantía financiera.

⁶¹ Cfr. M.V. PETIT LAVALL, en M.J. MORILLAS JARILLO, M.V. PETIT LAVALL y M.J. GUERRERO LEBRÓN, op. cit., p. 224.

⁶² Así, S. ZUNARELLI, op. cit., p. 358.

⁶³ Conforme disponen las *Directrices interpretativas sobre el Reglamento (CE) n° 1008/2008*..., cit., puntos 81 y 82, p. 15.

⁶⁴ Como precisa, M.V. PETIT LAVALL, "Las obligaciones de servicio público...", cit., p. 142.

⁶⁵ Así, A.M. GONZÁLEZ SANFIEL, op. cit., p. 68.

contempla que la Comisión europea, a solicitud de un Estado miembro o por iniciativa propia, pueda solicitar al Estado que haya adoptado la medida que aporte documentación, con la finalidad de comprobar que efectivamente la obligación de servicio público impuesta se encuentra justificada y se ajusta a los límites legales⁶⁶. Concretamente, la Comisión podrá solicitar a los Estados miembros que hayan impuesto la medida que le faciliten, en el plazo de dos meses, la siguiente documentación: a) un documento en el que se justifique la necesidad de la obligación de servicio público y su conformidad con los criterios citados en el artículo 16; b) un análisis de la economía de la región; c) un análisis de la proporcionalidad entre las obligaciones previstas y los objetivos de desarrollo económico; d) un análisis de los servicios aéreos existentes, en su caso, y de los demás modos de transporte disponibles que podrían considerarse sustitutos de la imposición prevista.

33. Por lo tanto, el Reglamento viene a permitir que la Comisión efectúe un control *a posteriori* de la obligación de servicio público impuesta por el Estado miembro. La obligación está ya adoptada, cuando la Comisión solicita la mencionada documentación al Estado. De esta forma, puede afirmarse que existe una confianza en que el Estado impone la obligación de servicio público cumpliendo con los requisitos legales para ello, al no exigirse a dicho Estado que justifique con carácter previo los motivos de la adopción de su decisión y que aporte la documentación (los análisis...) que avalan la necesidad de la misma⁶⁷. Ahora bien, esa confianza previa no impide que la Comisión pueda realizar las oportunas comprobaciones posteriores a fin de precisar si las obligaciones de servicio público se encuentran realmente justificadas y si se ajustan a la legalidad. Aunque la documentación se solicite con posterioridad a la adopción de la medida, el Estado debería disponer de dicha documentación con anterioridad a su adopción, precisamente porque para imponer dicha medida el Estado habrá tenido que examinar y valorar este tipo de documentos, y, a la vista de ellos, motivar su decisión. No obstante, cabría la posibilidad de que, tras el requerimiento efectuado por la Comisión, el Estado elabore una documentación específica para atender a dicho requerimiento⁶⁸.

34. En esta línea de control posterior de la obligación de servicio público previamente impuesta, el Reglamento (art. 18.2) prevé la posibilidad de que la Comisión inicie un procedimiento de investigación, de oficio o previa denuncia de un Estado miembro, a fin de conocer si la medida adoptada por el Estado está o no limitando indebidamente el desarrollo de una ruta. Este procedimiento, que se tramitará de conformidad con lo dispuesto en la Decisión 1999/468/CE, concluirá con una decisión en la que se precisará si debe o no continuar aplicándose la obligación de servicio público a la ruta aérea en cuestión.

IV. Aplicación en España de las obligaciones de servicio público

1. Fundamento jurídico

35. La imposición de obligaciones de servicio público en España se realiza al amparo de lo dispuesto sobre esta materia en el vigente Reglamento (CE) n. 1008/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad (en particular, arts. 16 a 18). Con anterioridad a su entrada en vigor (el 1 de noviembre de 2008), era el Reglamento (CEE) n° 2408/92 del Consejo, de 23 de julio de 1992, relativo al acceso de las compañías aéreas de la Comunidad a las rutas aéreas intracomunitarias (en especial, art. 4.1.a), el que servía de fundamento para la fijación de las obligaciones de servicio público en España. De acuerdo con esta normativa, es el Estado miembro el competente para imponer las obligaciones de servicio público (art. 16.1 Reglamento 1008/2008), así como para adoptar el procedimiento concreto para su fijación, y

⁶⁶ Vid. M.V. PETIT LAVALL, en M.J. MORILLAS JARILLO, M.V. PETIT LAVALL y M.J. GUERRERO LEBRÓN, op. cit., p. 226.

⁶⁷ Tal y como señala, A.M. GONZÁLEZ SANFIEL, op. cit., p. 70.

⁶⁸ A este respecto, A.M. GONZÁLEZ SANFIEL, op. cit., p. 71, afirma que “el Estado afectado podría construir una motivación *ad hoc a posteriori*”.

quien, por lo tanto, deberá examinar si se cumplen o no los requisitos (necesidad, adecuación...) cuya concurrencia exige la citada normativa para su imposición⁶⁹. Igualmente, las obligaciones de servicio público se fundamentan en la aplicación por el Estado del principio de solidaridad y equilibrio entre las diferentes regiones del territorio español que contempla el art. 138.1 de la Constitución Española.

36. En concreto, será el Gobierno de la Nación (y no las Comunidades Autónomas) el encargado de fijar estas obligaciones de servicio público, en la medida que la competencia exclusiva en materia de aeropuertos de interés general, control del espacio aéreo, tránsito y transporte aéreo, le corresponde al Estado, conforme indica el art. 149.1.20ª de la Constitución Española⁷⁰. Así lo indica el art. 103 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, al atribuir al Gobierno la competencia para establecer las obligaciones de servicio público. En esta línea, el art. 95 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, precisa que la competencia para declarar las obligaciones de servicio público en servicios de transporte de interés público de competencia estatal, le corresponde al Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Fomento, y previo informe de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. A continuación, esta disposición añade que el establecimiento de las condiciones de prestación de dicho servicio y de las compensaciones económicas que procedan, le corresponde al Ministro de Fomento (actual Ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana). Asimismo, debe precisarse que, en el seno de este Ministerio, será la Dirección General de Aviación Civil la encargada de proponer cambios, revisar, gestionar y controlar las obligaciones de servicio público.

2. Rutas interinsulares en Canarias

37. En el caso de las Islas Canarias se declararon obligaciones de servicio público, mediante Resolución de 21 de julio de 2006⁷¹, en los servicios aéreos regulares prestados en las siguientes rutas interinsulares: Gran Canaria-Tenerife Norte, Gran Canaria-Tenerife Sur, Gran Canaria-Lanzarote, Tenerife Norte-Lanzarote, Gran Canaria-Fuerteventura, Gran Canaria-El Hierro, Gran Canaria-La Palma, Tenerife Norte-Fuerteventura, Tenerife Norte-El Hierro, Tenerife Norte-La Palma, La Palma-Lanzarote, Gran Canaria-La Gomera y Tenerife Norte-La Gomera.

38. El régimen de acceso previsto para la prestación del servicio de transporte aéreo en las rutas objeto de obligaciones de servicio público fue el de mercado abierto, de forma que cualquier compañía aérea comunitaria que lo deseara podía operar en esas rutas, cumpliendo con los requisitos contemplados en la mencionada Resolución de 21 de julio de 2006. En este sentido, las compañías debían disponer de una licencia de explotación en vigor y debían presentar ante la Dirección General de Aviación Civil el programa de operaciones. Este programa tenía que incluir la información siguiente: rutas que desea operar; periodos de operación de las temporadas de tráfico correspondientes, establecidas por la Asociación Internacional del Transporte Aéreo (IATA); número de identificación del vuelo; horarios de operación; oferta de capacidad; periodo y días de operación; tipo de aeronave/ número de asientos/ capacidad de carga; configuración de la cabina de pasajeros, en su caso; escrito de conocimiento y aceptación de las condiciones de continuidad y prestación del programa de servicios que se encuentren dentro del marco de las obligaciones de servicio público previstas en la citada Resolución. Por otra parte, las compañías aéreas tenían que asumir el compromiso de operar, conforme al citado programa, durante un periodo de

⁶⁹ Cfr. M.V. PETIT LAVALL, "Las obligaciones de servicio público...", cit., p. 143.

⁷⁰ La distribución de competencias aéreas entre el Estado y las Comunidades Autónomas puede consultarse en E. SIERRA NOGUERO, *Manual de Derecho aeronáutico*, Valencia, 2020, pp. 41 y 42, precisando el autor cómo las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias, al amparo del art. 148.1.6ª de la Constitución Española, en materia de aeropuertos deportivos y, en general, de aeropuertos que no desarrollen actividades comerciales, "si así lo prevé el respectivo Estatuto de Autonomía".

⁷¹ Resolución de 21 de julio de 2006, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de junio de 2006, por el que se declaran obligaciones de servicio público en rutas aéreas entre las Islas Canarias (BOE n. 178, 27.7.2006).

tiempo mínimo de doce meses consecutivos. Ahora bien, en el caso en que una nueva compañía entrase a operar en una ruta o cuando se incrementase de modo significativo el programa de vuelos del operador de una ruta concreta, el resto de compañías que operen en dicha ruta podrán elegir entre mantener su programación o realizar ajustes en la misma, pero siempre cumpliendo con las obligaciones de servicio público.

39. Por lo que se refiere a las tarifas, se optó por tarifas de referencia para cada una de las rutas, con la posibilidad de introducir tarifas promocionales con descuentos de, al menos, un 10% sobre la tarifa de referencia, con la previsión de tarifas sociales para determinados colectivos (menores de 22 años, personas que hayan cumplido los 65 años...) y con la posibilidad de solicitar tarifas flexibles con descuentos que no podían superar el 20% en el año 2006 y el 25% a partir del año 2007, sin que las plazas ocupadas con estas tarifas pudiesen superar el 50% de las plazas ofertadas.

40. Posteriormente, con ocasión de la crisis financiera internacional del año 2008, tuvo lugar una importante disminución del número de pasajeros en el tráfico interinsular canario, que derivó en la ausencia de interés por parte de la única compañía que prestaba el servicio (Binter Canarias), tras la previa desaparición de la otra compañía que venía operando en estas rutas (Islas Airways)⁷². Por tal motivo, y considerando que las rutas afectadas presentaban un interés fundamental para garantizar la movilidad y conectividad de los ciudadanos con el resto del archipiélago, se acordó restringir el acceso a los servicios aéreos regulares a una única compañía, con compensación económica, en las rutas siguientes: Gran Canaria-Tenerife Sur, Gran Canaria-El Hierro, Gran Canaria-La Gomera y Tenerife Norte-La Gomera⁷³. Tras el oportuno anuncio de licitación⁷⁴ resultó adjudicataria Navegación y Servicios Aéreos Canarios, S.A. (Naysa) con una compensación económica de 6.149.904€⁷⁵.

3. Rutas en Baleares

41. La necesidad de garantizar la prestación de servicios de transporte aéreo dentro del archipiélago balear en condiciones de continuidad, frecuencia, capacidad y calidad justificó la adopción de obligaciones de servicio público en las rutas Mallorca-Ibiza, Mallorca-Menorca, Menorca-Ibiza, mediante Resolución de 28 de noviembre de 2003⁷⁶. La particularidad del archipiélago balear radica, de modo similar a lo que sucede en Canarias, en que si bien es cierto que se trata de un destino turístico, no existe en determinados casos (particularmente, en las conexiones de Menorca e Ibiza) una demanda interna suficiente que haga rentable económicamente para las compañías aéreas la prestación del servicio, lo que en ausencia de intervención por las autoridades públicas determina una disminución de las frecuencias y un incremento de las tarifas⁷⁷. Precisamente, la declaración de obligaciones de servicio público en las rutas interbaleares pretende superar esta situación, con la finalidad de hacer posible una oferta de servicios de transporte aéreo suficiente y con unas tarifas asequibles.

42. Se optó por un régimen de acceso abierto a cualquier compañía aérea comunitaria que tuviese interés en prestar el servicio, siempre que asumiese las obligaciones de servicio público impuestas.

⁷² Vid. M.V. PETIT LAVALL, "Las obligaciones de servicio público...", cit., p. 145.

⁷³ Vid. Resolución de 25 de noviembre de 2011, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de octubre de 2011, por el que se modifica el de 2 de junio de 2006, por el que se declaran obligaciones de servicio público en rutas aéreas entre las Islas Canarias, y se limita el acceso a determinadas rutas (BOE n. 290, 2 de diciembre de 2011).

⁷⁴ El anuncio se publicó en el BOE n. 57, 7 de marzo de 2014.

⁷⁵ Los datos pueden consultarse en el BOE n. 189, 5 de agosto de 2014.

⁷⁶ Nos referimos a la Resolución de 28 de noviembre de 2003, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros de 21 de noviembre de 2003, por el que se declaran obligaciones de servicio público en rutas aéreas entre las islas Baleares (BOE n. 290, 4 de diciembre de 2003).

⁷⁷ Como ya advirtiese, J.M. SEGUÍ PONS, *Informe emitido al Consejo Económico y Social de Illes Balears sobre la propuesta de declaración de obligaciones de servicio público en las rutas aéreas interbaleares, con la península y marítimas*, 2002, p. 4 (disponible en: <https://www.caib.es/sites/ces/es>, consultado por última vez el 3 de abril de 2020).

Estas compañías debían presentar un programa de operaciones en las rutas sometidas a obligaciones de servicio público, para un período mínimo de 12 meses consecutivos, diferenciando las temporadas de tráfico de invierno y verano. En las condiciones específicas de las obligaciones de servicio público se fijan, entre otros aspectos, las frecuencias, los horarios, la capacidad mínima y las tarifas máximas para cada una de las rutas. Este sistema de tarifas máximas fue sustituido por el de tarifas de referencia en el año 2008⁷⁸. El motivo de este cambio radicaba en que el sistema de tarifas máximas se consideraba insatisfactorio para las necesidades de movilidad, por cuanto no había incentivado la incorporación de nuevas compañías al mercado aéreo interbalear, para lo que resultaba preciso un régimen de tarifas flexible que propiciase un mercado abierto similar a cualquier otro mercado competitivo y que facilitase el acceso de nuevos operadores.

43. Una vez fijadas las tarifas de referencia, las compañías aéreas podrán solicitar la aplicación de tarifas flexibles, es decir, tarifas que se aparten de las de referencia, con las condiciones de que estas tarifas flexibles no superen en un 25% el precio de la tarifa de referencia, y que el número de plazas ocupadas en cada vuelo con las tarifas flexibles no supere el 50% de las plazas ofertadas. En esta línea, las compañías aéreas tendrán que aplicar precios inferiores a los de referencia para compensar a los viajeros por los ingresos adicionales obtenidos con la aplicación de precios superiores a los de referencia. Asimismo, se fija un umbral de capacidad del 75% para el periodo de verano o invierno en una ruta, que si resulta superado de forma continuada, obliga al operador a incrementar la oferta de vuelos para volver a situar ese nivel por debajo del 75%. Por otra parte, se prevén tarifas sociales con un descuento mínimo respecto de los precios de referencia del 20% para jóvenes menores de 24 años y personas que hayan cumplido los 65 años de edad, y del 10% para equipos deportivos federados en competiciones oficiales de las Islas Baleares y enfermos necesitados de asistencia hospitalaria en la isla de Mallorca con origen en las islas de Ibiza, Menorca y Formentera.

44. En cuanto a la ruta Menorca-Madrid, fueron declaradas obligaciones de servicio público en virtud de Resolución de 22 de junio de 2012⁷⁹, con fundamento en la reducción del número de pasajeros en esta ruta en la temporada baja (entre el 1 de octubre y el 31 de mayo), debido al impacto de la crisis económica, junto con la subida del precio del petróleo, unido al cese de operaciones de Spanair en enero del año 2012, lo que propició el abandono de la ruta Madrid-Mahón por los operadores durante la temporada baja. Ahora bien, este enlace aéreo resulta esencial para la conectividad de los ciudadanos que residen en Menorca con el resto del territorio nacional, ante la inexistencia de alternativas al transporte aéreo, lo que determinó la declaración de obligaciones de servicio público en dicha ruta, con un sistema de tarifas de referencia. En esta declaración ya se contemplaba la posibilidad de que se limitase el acceso a la ruta a una sola compañía, con la oportuna compensación económica, para el caso de que ninguna mostrase su interés en acceder sin compensación. Finalmente, la compañía Air Nostrum Líneas Aéreas del Mediterráneo, S.A. resultó adjudicataria, en exclusiva, con una compensación económica de 1.519.293€⁸⁰. El descenso de pasajeros tras la adjudicación motivó una revisión de las condiciones de las obligaciones de servicio público en el año 2014, resultando adjudicataria, nuevamente, Air Nostrum, por 2,4 millones de euros⁸¹. Tras la finalización del contrato 2014-2016, el ascenso del número de pasajeros y el descenso del precio del combustible, permitió que el nuevo contrato se adjudicase a Air Nostrum,

⁷⁸ Orden Fom/1085/2008, de 7 de abril, por la que se sustituye el sistema de tarifas máximas por tarifas de referencia en las obligaciones de servicio público en rutas aéreas entre las islas de Baleares (BOE n. 95, 19 de abril de 2008).

⁷⁹ Vid. Resolución de 22 de junio de 2012, de la Secretaría General de Transportes, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de junio de 2012, por el que se declaran obligaciones de servicio público en la ruta aérea Menorca-Madrid (BOE n. 175, 23 de julio de 2012).

⁸⁰ Cfr. Anuncio de formalización de contratos de: Dirección General de Aviación Civil. Objeto: Prestación de servicios de transporte aéreo regular sometidos a obligaciones de servicio público en la ruta Menorca-Madrid, en la temporada baja de ocho meses de cada anualidad (meses de enero a mayo y de octubre a diciembre), de conformidad con lo establecido en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de junio de 2012, por el que se declaran obligaciones de servicio público en la ruta aérea Menorca-Madrid. Expediente: 197/A12 (BOE n. 49, 26 de febrero de 2013).

⁸¹ Como precisa, M.V. PETIT LAVALL, "Las obligaciones de servicio público...", cit., p. 148.

por un importe de 2,07 millones de euros, para los años 2016-2018. Posteriormente, y con ocasión de la notable recuperación del mercado doméstico, se decidió modificar las condiciones de las obligaciones de servicio público, entre otros aspectos, para reducir el periodo de temporada baja del 1 de noviembre al 30 de abril⁸². Actualmente y hasta el 30 de abril de 2021, presta el servicio la UTE formada por Iberia y Air Nostrum, por un importe de 1.389.821€⁸³.

4. Ruta Almería-Sevilla

45. Con la finalidad de mejorar la cohesión territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía y la comunicación entre las ciudades de Almería y Sevilla, así como de reforzar el desarrollo económico y social de la provincia de Almería, se consideró necesario declarar obligaciones de servicio público, para garantizar una prestación mínima de servicios regulares de transporte aéreo, lo que se realizó mediante Resolución de 27 de marzo de 2009⁸⁴ y al amparo, en particular, del Reglamento 1008/2008. Entre las condiciones previstas se contempló que debían prestarse dos frecuencias diarias (dos vuelos diarios de ida y vuelta en cada sentido) durante todo el año, de lunes a viernes, y una frecuencia los sábados y domingos. La capacidad mínima que debía ofrecerse era de 30.000 asientos al año en cada sentido. Asimismo, el sistema de tarifas previsto fue el de tarifa máxima, con un importe de 117€, con posibilidad de establecer tarifas promocionales. Ante la ausencia de propuestas para acceder a la prestación del servicio en régimen de libre competencia, se adjudicó el contrato en exclusiva a Air Nostrum, compañía que ha venido operando en esta línea desde el año 2010 hasta la actualidad, adjudicándose los sucesivos contratos para la prestación del servicio en exclusiva. Las obligaciones de servicio público del año 2009 fueron modificadas en el año 2013⁸⁵, fijándose una tarifa máxima de 130€ y reduciéndose las frecuencias⁸⁶.

5. Rutas aéreas de Melilla

46. Debido al carácter esencial para el desarrollo económico y social de la región y de la ciudad autónoma de Melilla, y con la finalidad de reforzar la cohesión territorial de Melilla con el resto del territorio nacional, fueron declaradas obligaciones de servicio público en las rutas aéreas Melilla/Almería, Melilla/Granada y Melilla/Sevilla, mediante Resolución de 15 de octubre de 2018⁸⁷. Asimismo, la imposición de estas obligaciones se justificó en la condición de Melilla como región periférica, con baja densidad de tráfico, cuya conectividad a través de otros modos de transporte distinto al aéreo resultaba insuficiente, junto al hecho de tratarse de una región “de transición” desde el punto de vista económico (regiones con un PIB per cápita entre el 75% y el 90% del PIB medio de las regiones europeas), lo que le permite acceder a un régimen de financiación especialmente favorable para el desarrollo de la región.

⁸² Los detalles pueden consultarse en Resolución de 31 de julio de 2018, de la Secretaría General de Transporte, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de julio de 2018, por el que se declaran obligaciones de servicio público en la ruta aérea Menorca-Madrid (BOE n. 185, 1 de agosto de 2018).

⁸³ Vid. Anuncio de formalización de contratos de: Dirección General de Aviación Civil. Objeto: Servicios de transporte aéreo sometidos a obligaciones de servicio público en la ruta aérea Menorca-Madrid. Expediente: 123A2019 (BOE n. 284, 26 de noviembre de 2019).

⁸⁴ En concreto, se trata de la Resolución de 27 de marzo de 2009, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 13 de marzo de 2009, por el que se declaran obligaciones de servicio público en la ruta Almería-Sevilla (BOE n. 96, 20 de abril de 2009).

⁸⁵ Mediante la Orden FOM/2457/2013, de 27 de diciembre, por la que se modifican las condiciones de operación en la ruta aérea Almería - Sevilla, declarada obligación de servicio público por Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de marzo de 2009 (BOE n. 313, 31 de diciembre de 2013).

⁸⁶ Cfr. M.V. PETIT LAVALL, “Las obligaciones de servicio público...”, cit., p. 147.

⁸⁷ Se trata de la Resolución de 15 de octubre de 2018, de la Secretaría General de Transporte, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de octubre de 2018, por el que se declaran obligaciones de servicio público en las rutas aéreas Melilla/Almería, Melilla/Granada y Melilla/Sevilla (BOE n. 255, 22 de octubre de 2018).

47. Al amparo, entre otras disposiciones, del Reglamento (CE) 1008/2008, de las Directrices interpretativas de la Comisión del año 2015, de la Constitución Española (art. 149.1.20ª), de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, y del Real Decreto 953/2018, de 27 de julio, se adopta un sistema de tarifas de referencia, con posibilidad de tarifas flexibles y de tarifas promocionales. Igualmente, para las rutas Melilla/Granada y Melilla/Almería se contempla un servicio de cinco frecuencias semanales, con una capacidad mínima anual de 26.000 asientos; mientras que para la ruta Melilla/Sevilla el servicio establecido es de tres frecuencias semanales, con una capacidad mínima anual de 15.600 asientos.

El régimen previsto de acceso a las rutas fue de mercado abierto, sin compensación económica, de modo que cualquier compañía aérea interesada en prestar los servicios aéreos en esas rutas podía presentar su programa de servicios a la Dirección General de Aviación Civil. Ahora bien, con la previsión de que si el mercado abierto no permitiese dar cumplimiento a las obligaciones impuestas se adoptase un acceso a las rutas en mercado restringido, limitando el acceso a una única compañía, con la oportuna compensación económica, como así sucedió. En concreto, las rutas fueron adjudicadas a Air Nostrum, por un importe de 2.099.699€⁸⁸

⁸⁸ Vid. Anuncio de formalización de contratos de: Dirección General de Aviación Civil. Objeto: Servicios de transporte aéreo sometidos a obligaciones de servicio público en las rutas aéreas Melilla-Almería, Melilla-Granada y Melilla-Sevilla. Expediente: 162A2020 (BOE n. 267, 6 de noviembre de 2019).

LA INMUNIDAD ABSOLUTA DEL ÁRBITRO: UNA EQUIVOCACIÓN CON ORÍGENES HISTÓRICOS

THE ABSOLUTE IMMUNITY OF THE ARBITRATOR: A MISTAKE WITH HISTORICAL ORIGINS

PEDRO J. MARTÍNEZ-FRAGA*

*Profesor Adjunto de Derecho Internacional
New York University*

Recibido: 08.05.2020 / Aceptado: 26.05.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5621>

Resumen: Este texto explora el desarrollo de la doctrina de la inmunidad del árbitro y su situación actual en el marco del derecho consuetudinario de los Estados Unidos. Para ello, examina la forma en que la doctrina se ha desarrollado en otras jurisdicciones del *common law* y de derecho civil, proporcionando un contexto y un contraste. Asimismo, indaga por qué Estados Unidos es el único país que concede una inmunidad absoluta al árbitro. Se analizan las decisiones posteriores a la guerra civil que desempeñaron un papel fundamental en la formación de la doctrina. Finalmente, se hace hincapié en la cuestión del “por qué” en lugar del “qué”, así la metodología y el razonamiento jurídico adquieren mayor relevancia que las propias conclusiones.

Palabras clave: inmunidad, árbitro, doctrina, responsabilidad civil.

Abstract: This text explores the development of the arbitrator immunity doctrine and its current status under United States common law. In doing so, it examines the manner in which the doctrine has developed in other common law and civil law jurisdictions to provide both a context and a contrast. The text also explores why the United States stands alone in the international community in according arbitrators absolute immunity from civil claims. The text analyzes post-civil war decisions that played a key role in the formation of the doctrine. Finally, it emphasizes the “why” instead of the “what”, and in thus doing posits that methodology and legal reasoning are more important than final conclusions.

Keywords: immunity, arbitrator, doctrine, civil claims.

Sumario: Introducción. I. Los orígenes de la Doctrina de Inmunidad Absoluta que se asocia a los jueces: Comienzos de una asunción no probada. 1) El rey no puede hacer nada mal: Una palabra sobre la inmunidad judicial. 2) La inmunidad judicial que dio lugar a la inmunidad del árbitro: Un paradigma falso. 3) La Corte Suprema de Estados Unidos aborda la inmunidad judicial: El magistrado Stephen J. Field y los casos emblemáticos *Randall v. Brigham* y *Bradley v. Fisher*. II. El

* Pedro J. Martínez-Fraga es socio de la firma Bryan Cave Leighton Paisner LLP, donde se desempeña como Codirector del Grupo de la práctica de Arbitraje Internacional. En 2015, el presidente Barack Obama designó al Sr. Martínez-Fraga para formar parte del Panel de Conciliadores del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones del Banco Mundial. Asimismo, se ha desempeñado como asesor principal de nueve países en disputas internacionales. Ha publicado ocho libros y ha sido publicado en quince países, en cinco idiomas. Es profesor adjunto de Derecho en la Universidad de Nueva York y profesor visitante de Derecho en la Universidad de Navarra, en Pamplona, España. El Sr. Martínez-Fraga es graduado de St. John's College (Annapolis) (B.A., *Institutional Honors*), egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia (J.D., *Harlan Fiske Stone Scholar*), y posee un doctorado en Derecho Internacional Privado y Público de la Universidad de Madrid (*Cum Laude*).

efecto de la reconstrucción de la guerra civil en el desarrollo de la doctrina. 1) *Ex Parte Milligan*. 2) Los casos de juramento de prueba: *Cummings v. Missouri* y *Ex Parte Garland*. 3) *Bradley v. Fisher*: La maduración de la inmunidad judicial. III. La transposición de la inmunidad judicial a la inmunidad arbitral: el cambio de paradigma que conduce a la sobreprotección sin fundamento normativo, histórico o de políticas. Conclusión.

I. Introducción

1. Los Estados Unidos se erige en solitario como el único país en la comunidad internacional de naciones que proporciona inmunidad absoluta a los árbitros respecto de las acciones civiles. Mientras que la mayoría de los países se suscriben a un modelo contractual, Estados Unidos sigue un paradigma de adjudicación judicial, que interpreta lo privado como público y desecha un análisis de proveedores de servicios de mercado. Este estatus anómalo es útil. Obliga a hacer las preguntas difíciles.

2. ¿Es la divergente postura que los Estados Unidos han adoptado sobre esta cuestión una consecuencia de políticas sociopolíticas intencionalmente diseñadas para ser establecidas? ¿Por qué los Estados Unidos son la singular nota disonante en comparación con el resto del mundo? ¿Cómo se ha desplegado el desarrollo doctrinal de la inmunidad del árbitro en los Estados Unidos de tal manera, que sólo el derecho consuetudinario de los Estados Unidos concede a los árbitros inmunidad absoluta al enjuiciamiento civil? ¿Es una cuestión de derecho consuetudinario versus el desarrollo conceptual del derecho civil? Si es así, ¿por qué, entonces, la posición de Estados Unidos sobre el tema está también en desacuerdo con todas las demás jurisdicciones de derecho consuetudinario? En la medida en que una política de este tipo no sea la consecuencia explícita y deliberada del diseño, ¿cómo de otra forma pudo haberse desarrollado? Por supuesto, no hay una sola respuesta.

3. Una confluencia de eventos y accidentes al principio tuvo que alinearse perfectamente como un predicado para producir este acorde discordante. Primero, la naturaleza misma de la adjudicación del árbitro es algo así como una especie híbrida. Los árbitros son actores privados que presiden disputas privadas, generalmente derivadas de transacciones comerciales que individuos han celebrado en condiciones de mercado. Sin embargo, su principal compromiso es *adjudicar* tales disputas.

4. La inevitable e inconfundible analogía con la adjudicación judicial es seductivamente acogedora. Al igual que sus contrapartes judiciales, los árbitros serían privados del ejercicio de un juicio independiente si estuvieran preocupados por posibles, si no totalmente probables, demandas contra ellos provenientes de descontentas partes no prevalecientes. Aunque no ha sido corroborado en absoluto por los datos empíricos que pueden encontrarse en las jurisdicciones de derecho civil, la adjudicación del árbitro se vería negativamente comprometida si éstos estuvieran sujetos a juicios civiles con base en la negligencia o el incumplimiento de obligaciones contractuales.

5. La necesidad de garantizar la independencia y el justo criterio en la adjudicación arbitral, dice el argumento, comanda una absoluta protección contra reclamos civiles que no se proporciona a ningún otro tipo de profesional que se involucre en mala praxis, viole expresamente una obligación contractual o, simplemente, sea negligente. En este sentido, los árbitros son únicos. Su "singularidad", a su vez, requiere una inmunidad especial o calificada como una cuestión de derecho. Así, la dualidad inherente al papel de un árbitro en parte puede haber contribuido a la inmunidad absoluta de que el derecho consuetudinario de los Estados Unidos subvenciona a tales actores. Sin embargo, el peso que debe concederse a este factor sigue siendo menos claro.

6. Un segundo elemento que contribuye al tratamiento idiosincrásico del derecho consuetudinario de los Estados Unidos sobre el tema se puede rastrear en el Derecho consuetudinario inglés. El axioma de Henry de Bracton y más tarde el de William Blackstone sobre que "el rey no puede hacer

mal", e incluso es incapaz de pensar lo que está en contra de los mejores intereses del bien común, puede de hecho haber contribuido a la naturaleza *absoluta* de la protección contra acciones civiles que el derecho consuetudinario de los Estados Unidos extiende a los árbitros. La inmunidad absoluta del rey fue extendida a aquellos más inmediatamente encargados de ejecutar los imperativos monárquicos. Como administradores directos de la justicia que los monarcas proporcionan a sus súbditos, parece simplemente "natural" que a los jueces se les invista de un nivel absoluto de protección. La absoluta inmunidad *judicial* contra las acciones civiles está sólo a la mitad de un paso de la inmunidad absoluta del árbitro. Después de todo, ciertamente, a primera vista, la adjudicación del árbitro no parece diferente de su contraparte judicial.

7. Un tercer factor contribuyente para el desarrollo de la doctrina de la inmunidad del árbitro del derecho consuetudinario de los Estados puede encontrarse en un razonamiento jurídico (i) con base en la analogía que (ii) vio oscurecidas las características definitorias de ambos, árbitros y jueces. Por lo tanto, la doctrina de la "inmunidad judicial" fue aplicada reflexivamente a los árbitros.

8. Más adelante en el tiempo, sin identificar las razones o motivos, la aplicación de la inmunidad judicial a los árbitros, bloqueando de manera absoluta las reivindicaciones civiles, se convirtió en la doctrina de *inmunidad del árbitro*. Sin mucha fanfarria *inmunidad del árbitro* sustituyó a *la aplicación de la inmunidad judicial a los árbitros*. Por lo tanto, la aplicación indiscriminada de una doctrina a los árbitros, a través de un uso mecánico del lenguaje y el cambio prácticamente imperceptible en el uso, dio lugar a una nueva doctrina con nombre propio que pronto se puso de moda.

9. Tomando prestado como idéntico el análisis relativo a la doctrina de la inmunidad judicial contra el procesamiento civil, y reforzándolo con el brillo de una argumentación sólo sustentada en la analogía, la inmunidad absoluta del árbitro contra los procedimientos civiles asumió una vida propia. El atractivo de la argumentación por analogía y el trato, algo flojo y habitual, por parte de los tribunales de la aplicación indiscriminada de la inmunidad judicial a los árbitros, ciertamente contribuyeron a la posición única del derecho consuetudinario de los Estados Unidos sobre esta cuestión.

10. Un cuarto factor contribuyente es quizás fácilmente identificable en el "regla hecha regla aplicada" propio de la cultura del derecho consuetudinario. La *inconsciente* repetición por parte de los tribunales que participan en la aplicación del "*stare decisis*", asumida implícitamente y, más generalmente, derivada suposiciones no probadas, está en el corazón de la singular la perspectiva del derecho consuetudinario de los Estados Unidos sobre este problema.

11. Véase la aplicación de precedentes como un asunto táctico y no como un asunto estratégico, que invita al pensamiento crítico del principio a aplicar, constituye un régimen judicial común en la formación de la ley. Una vez que un problema se identifica fácilmente para la adjudicación, no es raro que un tribunal repita los errores derivados del uso mecánico del lenguaje. En este contexto, la estructura interna de las reglas es no analizada. Las reglas no se revisan. En cambio, la regla aplicable a la adjudicación es simplemente aplicada. Por lo tanto, los "árbitros son *como* jueces." ¿Cómo son "diferentes de los jueces"? Nunca realmente se considera y, mucho menos, las razones por las que los jueces son tratados de una manera específica.

12. La metodología continúa. Debido a que los jueces adjudican, se les debe otorgar una inmunidad absoluta contra las acciones civiles que los litigantes descontentos *probablemente* presentarán. Los árbitros son *como* los jueces y, por lo tanto, a los árbitros también les debe conceder inmunidad absoluta al enjuiciamiento civil.

13. La republicación de premisas falsas, suposiciones no probadas, modelos de adjudicación sin base empírica, y una mecánica en el tratamiento del lenguaje, en conjunto, conspiran para dar lugar a una "inconsciente adjudicación" que se basa históricamente, pero que en realidad no considera los

efectos de la historicidad en el análisis judicial y la elaboración de la ley. Estos elementos de la adjudicación del derecho consuetudinario de los Estados Unidos, también puede haber desempeñado el papel protagonista como causa de que el derecho consuetudinario de los Estados Unidos se destaque en solitario sobre este asunto.

14. Un quinto factor importante que afecta este desarrollo doctrinal único concierne a la Corte Suprema Estados Unidos de la reconstrucción post guerra civil. Debido a que los orígenes y el desarrollo de la doctrina de la inmunidad judicial no pueden separarse de la historia conceptual de la doctrina de la inmunidad del árbitro, la preocupación de la Corte de Estados Unidos de la reconstrucción post guerra civil por reforzar una rama judicial del gobierno, debe identificarse como un factor muy importante en el desarrollo de la doctrina de la inmunidad del árbitro. De notable importancia en este sentido fue la contribución del juez Stephen J. Field en los casos emblemáticos de *Randall v. Brigham* y *Bradley v. Fisher*.¹

15. Cuando la elaboración judicial de la ley surgida de la repetición y la aplicación de suposiciones no probadas subyacentes a la doctrina, se transfieren de la inmunidad judicial a los árbitros, la historicidad relativa a la inmunidad judicial, sin consideración alguna, se importó al proceso de adjudicación del árbitro. Sin embargo, la historia que configura el desarrollo doctrinal de la inmunidad judicial simplemente no es, ni puede ser, aplicable a la doctrina de la inmunidad del árbitro.

16. Los acontecimientos, las políticas, los objetivos y el funcionamiento técnico de la doctrina de la inmunidad judicial son únicos para el poder judicial. Forman parte de un todo que contextualiza adecuadamente el alcance absoluto de la inmunidad judicial. Ninguno de estos elementos, sin embargo, puede ser injertado justificadamente en la doctrina de la inmunidad del árbitro.

17. La pregunta no es una que se refiera a un conflicto del derecho consuetudinario de los Estados Unidos con el resto del mundo, en un esfuerzo por determinar qué política se adapta mejor al objetivo de proteger la adjudicación del árbitro, promoviendo la independencia del pensamiento y juicio. En cambio, la postura única del derecho consuetudinario de los Estados Unidos sobre este problema sirve como una rica y acogedora placa de Petri para el análisis de la metodología de elaboración de la ley del derecho consuetudinario, que no puede estar en absoluto divorciado del contexto histórico y el razonamiento jurídico.

18. Este texto analiza el derecho consuetudinario de los Estados Unidos que aborda la inmunidad del árbitro en el marco de las cinco proposiciones identificadas anteriormente. Estas premisas no se presentan en ningún orden jerárquico. La importancia relativa evaluada desde la perspectiva de la causalidad es un desafío tanto insalvable como insignificante para los propósitos actuales. Lo que importa es la medida en que la historia y la "rutinaria" elaboración de la ley han contribuido a la formación y perpetuación de una doctrina de inmunidad que se encuentra en desacuerdo con los logros sobre el tema de todos los Estados que la han considerado. Por lo tanto, el texto aspira a ser más que una mera narrativa de desarrollo doctrinal.

19. Pretende invitar al derecho consuetudinario de los Estados Unidos a que siga reflexionando sobre sí mismo, pero para llevar a cabo esa introspección y autoexamen más allá de los limitados parámetros prácticos de análisis. En juego está más que sólo el alcance de la inmunidad que se concederá a los árbitros. Lo que es de consecuencia es cómo se forman los principios iniciales y la medida en la cual se someten al pensamiento crítico o son simplemente asumidos como verdaderos. En este mismo sentido, se vuelve igualmente crítico cuestionar hasta qué punto las premisas subyacentes del *stare decisis* deben ser revisadas en situaciones en las que no hay un cambio ostensible en circunstancias que *aparentemente* garantizan revisión.

¹ *Randall v. Brigham*, 74 U.S. 523 (1869); *Bradley v. Fisher*, 80 U.S. 335 (1871).

20. Aquí la premisa de que la adjudicación del árbitro no es materialmente diferente de la adjudicación judicial, a los fines de la protección de inmunidad, ha sido abrazada como una verdad intuitiva y evidente. Parece casi ocupar el estatus de *jus cogens*. Por lo tanto, al igual que con todas las verdades evidentes, someterla a los rigores del razonamiento discursivo sólo puede servir para nublar y distanciar lo que es ya claro e inmediato.

21. La historia del desarrollo doctrinal de la inmunidad del árbitro sirve como pretexto e invitación para ver lo particular como pertinente sólo en la medida en que puede servir para enriquecer la comprensión de lo general. El recorrido conceptual de la doctrina de la inmunidad del árbitro es solo el más pequeño de los microcosmos a través de los cuales se puede estudiar la contribución gradual, y a veces no tan gradual, del derecho consuetudinario de los Estados Unidos a la formación y transformación de la doctrina. También es un incentivo a la conciencia para reflexionar sobre sí misma, pero sin perder la dirección del propósito.

II. Los orígenes de la doctrina de inmunidad absoluta que se asocia a los jueces: los comienzos de una asunción no probada

22. La dualidad conceptual que se encuentra en las jurisdicciones de derecho civil sobre la cuestión de la inmunidad-responsabilidad del árbitro no forma parte de la autoridad del derecho consuetudinario de los Estados Unidos sobre el tema. El esquema doctrinal de los Estados Unidos sobre la cuestión no tiene vestigios, tal vez en su detrimento, en una teoría contractual que sirva como base normativa para la inmunidad-responsabilidad del árbitro. La jurisprudencia sobre el tema se aferra al paradigma de la función judicial-resolutiva. Esta formulación, a su vez, ha conducido a un desarrollo doctrinal que proporciona una inmunidad absoluta a los árbitros indistinguible de la aplicable a los jueces, en relación con el desempeño de su función jurisdiccional judicial. Sin duda, este desarrollo conceptual y doctrinal encuentra su origen en el derecho consuetudinario inglés. Comprensiblemente, ha generado un considerable debate académico abordando los relativos méritos de lo que se ha identificado como una "sobrepotección." Esa preocupación invita a una revisión exhaustiva. Sin embargo, antes del examen de la cuestión, es necesario examinar los orígenes históricos de la inmunidad absoluta concedida a los árbitros.

1. El rey no puede hacer nada mal: una palabra sobre la inmunidad judicial

23. La palabra "absoluta" es desalentadora. La consistencia no calificada que no conoce excepción alguna es rara. Incluso lo que parecían ser verdades físicas absolutas como (i) la tasa de caída de los objetos, (ii) la relación orbital entre el sol y la tierra, y (iii) la posición relativa de la tierra con respecto al universo de los cuerpos celestes, mientras que una vez absoluto, eventualmente traspasó ese estatus a nuevas reglas que también reclamaban el manto de ser absolutas y libres de excepciones. Sin embargo, cada uno de estos tres ejemplos descansa en suposiciones no probadas que, con el paso del tiempo, ya sea por casualidad o diseño (en algunos casos ambos), no fueron sometidas a los efectos del razonamiento discursivo.

24. El componente "absoluto" de lo que eventualmente se convirtió en la doctrina de inmunidad del árbitro, de manera similar, tiene sus orígenes en un punto de partida casi divino, o eso se creía que era. Este curioso origen sigue siendo relevante. Por esta razón demanda atención.

25. El origen de la teoría de la inmunidad absoluta del árbitro es tan antiguo como la propia ley consuetudinaria. Sus raíces se remontan a la inmunidad judicial. El análisis de su fundamento normativo es aún más arcano y lineal en su desarrollo. La inmunidad judicial absoluta de derecho consue-

tudinario, que los árbitros heredan más tarde, se basa en el principio semi religioso de la infalibilidad monárquica.²

26. En la contribución clásica, *Commentaries on the Laws of England*, Blackstone argumenta con cada pedacito de la pasión de un monárquico que "[a]demás de los atributos de la soberanía, la ley también atribuye al rey, en su capacidad política, absoluta perfección."³ Por lo tanto, el inmortal axioma de que "[e]l rey no puede hacer nada mal."⁴ El principio es aún más amplio. Según Blackstone, "el rey, por otra parte, no sólo es incapaz de *hacer* nada mal, sino incluso *pensar* mal: nunca puede hacer una cosa inapropiada: en él no hay locura o debilidad."⁵

27. Central a la doctrina monárquica de la infalibilidad de Blackstone es la calificación de que este estado de perfección se atribuye al rey por "la ley" y sólo se aplica al rey en "su capacidad política", y es sólo en ese estatus que él disfruta de "absoluta perfección."⁶ En este sentido, la infalibilidad del rey es, en cierto sentido, comparable a la calificación de infalibilidad de los pronunciamientos del Papa, según la cual el Papa es infalible sólo en cuanto a los asuntos de dogma y otras circunstancias calificadas.⁷ En consecuencia, la infalibilidad del rey está muy relacionada con su papel de soberano en la ejecución de la soberanía. Por lo demás, es imperfecto.

28. Esta distinción (soberano en la ejecución de la soberanía) importa más allá del valor de una mera premisa histórica. Aunque aparece como una cláusula subordinada aparentemente inocua en una frase espectacular, su influencia en la teoría del derecho consuetudinario de los Estados Unidos sobre la inmunidad absoluta del árbitro será primordial, aunque implícita.⁸

29. De hecho, representará el principio doctrinal con respecto al cual la teoría de la inmunidad absoluta del árbitro sería desafiada y tímidamente rendida a menos que absoluta.⁹

30. Ciertamente, la formulación de la infalibilidad monárquica de Blackstone no monopoliza en conjunto la formación y la transformación de la ley consuetudinaria, incluso con respecto a los supuestamente perfectos trabajos gubernamentales del rey. Dos razones parecen ser primordiales. Primero, el propio Blackstone luchó contra la disonancia entre la proposición que invoca la perfección, y el ejercicio menos que perfecto o sano de la soberanía por parte de la propia monarquía. Por lo tanto, su esfuerzo

² EDWIN M. BOUCHARD, *Government Liability and Tort*, 34 YALE LJ 1, 2 (1924 – 25); EDWIN M. BOUCHARD, *Government Liability and Tort*, 34 YALE LJ 1, 17 – 41 (1926 – 27).

³ 1 SIR WILLIAM BLACKSTONE, KNT., *Commentaries On The Laws Of England In Four Books, With Notes Selected From The Editions Of Archibald, Christian, Coleridge, Chitty, Stewart, Kerr & Others, Barron Field's Analysis And Additional Notes And A Life Of The Author, In Two Volumes – Books I & II* 246 (GEORGE SHARSWOOD ED., 1893).

⁴ *Id.* Este pasaje histórico en su totalidad dice:

El rey no puede hacer nada malo, máxima antigua y fundamental que no debe entenderse, como si todo lo que el gobierno transa es, por supuesto, justo y legal, sino significa sólo dos cosas. En primer lugar, que lo que sea excepcional en la conducción de los asuntos públicos, no debe ser imputado al soberano, ni tampoco éste es responsable personalmente ante su pueblo; por esta doctrina se destruiría totalmente esa independencia constitucional de la corona, que es necesaria para el equilibrio de poder en nuestra libre y activa, y por lo tanto amalgamada, Constitución. Y, en segundo lugar, significa que la prerrogativa de la corona no se extiende a ninguna lesión; se crea para el beneficio de la gente, y por lo tanto no puede ser ejercida en su perjuicio.

⁵ *Id.*

⁶ *Id.*

⁷ En 1870, Pío IX proclamó la doctrina de la infalibilidad papal con estas palabras "cuando el Romano Pontífice habla EX CATHEDRA, es decir, *cuando, en el ejercicio de su oficio de pastor y maestro de todos los cristianos, en virtud de su suprema autoridad apostólica, define una doctrina sobre la fe o la moral que debe tener toda la iglesia*, él posee, por la ayuda divina prometida a él en el Beato Pedro, esa infalibilidad que el Divino Redentor quiso que su iglesia disfrutara al definir la doctrina concerniente a la fe o la moral. Por lo tanto, tales definiciones del Romano Pontífice son en sí mismas, y no por el consentimiento de la iglesia, irreformables." *Primera constitución dogmática sobre la iglesia de Cristo Vaticano I, Sesión 4, 18 de julio de 1870* (cursiva agregada).

⁸ Véase *infra* ¶¶ 36 - 49.

⁹ Véase *Id.*

por cuadrar el círculo, postulando que incluso en los casos en que la realeza concede "cualquier franquicia o privilegio a un sujeto que contrario a la razón" resultase perjudicial para la comunidad, la ley presumirá que los terceros y no el rey deben ser considerados responsables.¹⁰ Aunque esta proposición lleva consigo el objetivo de la conveniencia política de preservar y perpetuar la monarquía, sus efectos prácticos sobre la mayoría de los temas no fueron particularmente acogidos.

31. En segundo lugar, al menos otro escritor influyente en el desarrollo y la transformación del derecho consuetudinario, que en realidad precedió a Blackstone, sostuvo una visión diametralmente opuesta de la cuestión. Henry de Bracton en su opus lapidario, *De legibus*¹¹ desautorizó hábilmente el axioma de que "el rey no puede hacer mal" más por medio de sutiles analogías y metáforas entre la monarquía y lo divino, que de acuerdo con el razonamiento silogístico que puede haberle costado su vida en la Inglaterra del siglo XIII. Los paralelismos que se trazan entre "el bendito padre de Dios" y el rey como soberano son sutiles y algo engañosos. El argumento está dirigido a subordinar al rey a las leyes del hombre y, de este modo, situar al monarca equidistante cada sujeto respecto de las restricciones normativas de la ley. El texto merece cita:

El rey mismo, sin embargo, no debe estar bajo el hombre, sino bajo Dios, y bajo la ley, porque la ley hace al rey. Por lo tanto, que el rey regrese a la ley lo que la ley le da, es decir, el dominio y el poder; porque *no hay rey donde la voluntad, y no la ley, empuña el dominio...* Así también el bendito padre de Dios, la Virgen María, madre del Señor, que por un privilegio singular estaba por encima de la ley, por el bien de dar un ejemplo de humildad no retrocedió a seguir ordenanzas legales. El rey debe actuar del mismo modo, no sea que su poder permanezca desenfrenado.¹²

32. Aunque la visión contemporánea es que muchas manos jugaron un papel en la autoría de *De legibus*¹³ no hay discusión alguna sobre que Bracton es responsable de favorecer *el estado de derecho* como el principio normativo principal, más destacado y de mayor autoridad de la monarquía. Además de las elegantes metáforas y símiles a "los bienaventurados padres de Dios", identificar a "la ley" como el fundamento y origen de la autoridad rey, en lugar del derecho divino, no debe pasarse por alto ni ser desechado.

33. El giro doctrinal cambiante del péndulo es severo. La identificación de la ley hecha por el hombre como la fuente normativa fundacional de la autoridad del monarca, pronto desafió el axioma de Bracton, y más tarde el de Blackstone, más enfático de que "el rey no puede hacer mal."¹⁴ El axioma públicamente se identificó en algunos sectores, de forma burlona, como una "perversión ridícula."¹⁵ Además se ha señalado que la historia establece de manera convincente que "el rey no sólo es capaz de hacer el mal, sino que es probable que haga más el mal que cualquier otro hombre si se le da la oportunidad."¹⁶

¹⁰ Véase *supra* ¶¶ 25 - 27.

¹¹ HENRY DE BRACTON, *Bracton De Legibus y Consuetudinibus Angliae* ("De legibus") (George E. Woodbine Ed., Yale University Press 1922).

¹² BRACTON *De Legibus* III, 0.2 – 1.56 (citado en JOHN C. H. WU, FOUNTAIN OF JUSTICE: A STUDY IN THE NATURAL LAW 71 n.85, 73 (1955) (énfasis en original)).

Se debe observar que Henry de Bracton erróneamente ha sido llamado "el padre del derecho consuetudinario." Véase, por ejemplo., NOEL P. FOX, *The King Must Do No Wrong: A Critique of the Current Status of Sovereign and Official Immunity*, 25 Wayne L. Rev. 193 (1979). Este error es una republicación de un, poco relacionado pero diferente, título atribuido a Bracton. 1 CANCELLER JAMES KENT, *Commentaries on American Law* 499 (O. W. HOLMES, JR. ED., 12TH ED., 1873) a/k/a "Comentarios de Kent", se refirió a Bracton como "El Padre de la Ley Inglesa."

El título "Padre del Derecho Consuetudinario" se ha otorgado más apropiadamente al rey Enrique II, bisnieto de Guillermo el conquistador, e hijo de Matilda, hija del segundo matrimonio de Enrique I de Inglaterra con Geoffrey de Anjou.

¹³ Véase MORRIS S. ARNOLD, *Book Review. De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, 91 Harv. L. Rev. 517, 518 (1997) (afirmando que "el profesor Thorne demuestra que el libro de notas de Bracton (se ha llamado así desde hace casi 100 años) no tiene relación alguna con el Tratado. Aún más sorprendente, parece que Bracton no escribió la mayor parte del De Legibus").

¹⁴ *Supra* ¶¶ 25 - 31.

¹⁵ Fox, *supra* n. 13 (citado por WU, *supra* n. 13, en 71, 161 n. 85).

¹⁶ *Id.* (citando a A.P. HERBERT, UNCOMMON 292 – 93 (1935)).

34. Bracton precedió a Blackstone por quinientos ochenta años. En el momento en que Blackstone estaba escribiendo disculpas y comentarios sobre la infalibilidad del rey, y ciertamente para 1688, el absolutismo real que los *Stewarts* reclamaron fue sustituido por el absolutismo parlamentario. La abstracción más general de la infalibilidad del rey es, en efecto, la *inmunidad soberana*. El axioma "[e]n tiempos modernos, se explica más a menudo como una regla de la política social, que protege al Estado contra la interferencia gravosa en el desempeño de sus funciones gubernamentales y preserva su control sobre los fondos, la propiedad y los instrumentos estatales. La inmunidad se extiende también a los funcionarios y agencias del Estado que se dedican a llevar a cabo sus funciones gubernamentales, y una demanda contra dicho funcionario o agencia se considera como una contra el propio Estado." (citadas omittidas)¹⁷ Comprensiblemente, la inmunidad que protege al rey fue transmitida a todos los representantes de la corona, en el ejercicio de la soberanía regulatoria, administrativa, real o legislativa. Por supuesto, en esta categoría estaban principalmente los jueces.

35. De hecho, antes de la adopción de la ley de arbitraje 1996, el Reino Unido concedió una inmunidad prácticamente absoluta a los árbitros, y mucho más a los jueces.¹⁸ La ley inglesa se mantuvo como un parangón judicial¹⁹ y la inmunidad absoluta del árbitro antes de la aprobación de la ley de arbitraje de 1996,²⁰ pese a la naturaleza absoluta de la inmunidad soberana, que los Estados Unidos disfrutaron hasta 1976 con la aprobación de la ley de inmunidad soberana extranjera,²¹ es significativamente menos clara.²² El derecho consuetudinario inglés dio lugar al derecho consuetudinario de los Estados

¹⁷ *Glassman v. Glassman*, 309 N.Y. 436, 440 (1956) (citando a *Estados Unidos v. Lee*, 106 U.S. 196, 206 (1882)); Véase también JOSEPH D. BLOCK, *Suits Against Public Officers and the Sovereign Immunity Doctrine*, 59 HARV. L. REV. 1060, 1061 (1946); *Pstay v. Duryea*, 306 N.Y. 413 (1954); *Breen v. Mortgage COMM.*, 285 N.Y. 425, 429 – 30 (1941); *Volk v. Nueva York*, 284 N.Y. 279, 285 – 87 (1940).

¹⁸ La ley de arbitraje del Reino Unido. 29 (1996) en la parte pertinente dice:

29 inmunidad del árbitro

(1) Un árbitro no es responsable de nada hecho u omitido en el desempeño o supuesto desempeño de sus funciones como árbitro, a menos se demuestre que el acto u omisión que ha sido de mala fe.
(2) la subsección (1) se aplica a un empleado o agente de un árbitro, como se aplica al propio árbitro.
(3) esta sección no afecta a ninguna responsabilidad en la que haya incurrido un árbitro en razón de su renuncia (ver sección 25).

En aras de la exhaustividad, la sección 25 establece:

Renuncia del árbitro.

(1) Las partes son libres de acordar con un árbitro en cuanto a las consecuencias de su renuncia en lo que respecta a:
(a) su derecho (si lo hubiera) a honorarios o gastos, y
(b) cualquier responsabilidad incurrida por él.
(2) Si, o en la medida en que no exista tal acuerdo, se aplicarán las siguientes disposiciones.
(a) para hacer el pedido que considere adecuado con respecto a su derecho (si lo hubiera) a honorarios o gastos o al reembolso de cualquier cargo o gasto ya pagado.
(3) Un árbitro que renuncia a su nombramiento puede (previa notificación a las partes) aplicar a la corte –
(a) Para que le conceda alivio de cualquier responsabilidad, ya sea incurrida por él, y
(4) Si el Tribunal está convencido de que, en todas las circunstancias, era razonable que el árbitro renunciara, puede otorgar tal alivio, como se menciona en el inciso (3) (a) en los términos que considere aptos.
(5) La licencia del Tribunal se requiere para cualquier apelación de una decisión del Tribunal bajo esta sección.

Véase también Varapnickas, Tadas Varapnickas, *Issues of Arbitrator's Liability as Regards the Right to Fair Trial: What Way to Choose for Policy-Makers*, 20 VJ 95, 103 (2016); EMMANUELA TRULI, *Liability v. Quasi-Judicial Immunity of the Arbitrator: A Case Against Absolute Immunity*, 17 AM. REV. INT'L ARB. 7 (2006).

¹⁹ *Bremer Vulkan v. South India Shipping (H.L.)*, [1981], AC 909 – 21.

²⁰ En *Bremer Vulkan v. South India Shipping (H.L.)* Donaldson, J. afirmó que "los tribunales y árbitros están en el mismo negocio, a saber, la administración de la justicia." *Bremer Vulkan v. South India Shipping (H.L.)*, [1981], AC 909 – 21.

²¹ 28 U.S.C. § § 1330, 1332, 1391 (f), 1441 (d), y 1602 – 11.

²² Históricamente, el derecho inglés parece haber sido más permisivo en la cuestión de la inmunidad soberana en general. Sobre este tema, Joseph Story observó:

Ha pasado algún tiempo pensándose que esta [posible indemnización para el ciudadano estadounidense por el gobierno de los Estados Unidos] es un grave defecto en la organización del Departamento Judicial del gobierno nacional... En este sentido, existe un marcado contraste entre los reales derechos y la práctica de la indemnización en el gobierno nacional, así como entre la mayoría de los gobiernos estatales y el derecho y la práctica mantenidos bajo la Constitución británica. En Inglaterra, si alguna persona tiene, en un asunto de propiedad, una demanda justa sobre el rey, puede pedirle en su corte de *chancery*, lo que se llama una petición de derecho,) donde el canciller administrará

Unidos sobre la inmunidad judicial. Es aquí donde la expresión más expansiva de la inmunidad absoluta del árbitro se ha desarrollado y sigue influyendo en el contenido doctrinal del derecho consuetudinario de los Estados Unidos.

2. La inmunidad judicial dio lugar a la inmunidad del árbitro: un paradigma falso

36. Los tribunales estadounidenses no han sido tímidos al desarrollo doctrinal inglés proporcionando a los jueces una inmunidad absoluta.²³ El juez Kent en *Yates v. Lansing*, presidió un caso de la Corte Suprema de Nueva York de 1810²⁴ sobre un recurso *hábeas corpus* interpuesto por un acusado que, después de haber sido liberado, fue re convicto con base en el supuesto daño que le había causado ser detenido, y posteriormente liberado, en primera instancia. El detenido del *hábeas corpus* después de haber sido re convicto e "injustamente e ilegalmente encarcelado por el Sheriff de Albany" durante dos días, de conformidad con una orden injusta derivada de un tribunal carente de jurisdicción, presentó una reclamación contra el Canciller de Nueva York, John Lansing, quien "a sabiendas, injustamente, y contrariamente a la ley [en cuestión] hizo que el demandante fuera re convicto y encarcelado por el mismo delito establecido en el mandamiento auxiliar inicial."²⁵ El estatuto específico sobre el que se basó la acción contra la Cancillería disponía:

Ninguna persona, en general, bajo cualquier *hábeas corpus*, será encarcelada de nuevo por el mismo delito, salvo por una orden legal o el procedimiento de la corte a la que está obligado a comparecer, u otro tribunal que tenga jurisdicción sobre la causa; y si alguna persona, a sabiendas, contrariando a esta norma, vuelve a enjuiciar o encarcelar, o arresta o encarcela a cualquier persona por el mismo delito, pagará a la parte afligida, \$1.250.²⁶

37. Al señalar que "[de] acuerdo al juicio del Tribunal, no puede haber un pretexto para esta demanda, incluso si el demandado fue de otra manera responsable de un ejercicio indebido o de una incorrecta aplicación de las facultades de su corte," el Canciller Kent pensó en explorar desechar las reclamaciones por otros motivos, y observó específicamente que "el punto que ahora quiero considerar principalmente es, si puede haber algún fundamento en la ley para la demanda, admitiendo que el demandado se equivocó al suponer que el descargo del demandante bajo el *Hábeas Corpus*, se hizo indebidamente."²⁷ Al responder a la pregunta negativa, el Canciller Kent se basó en el precedente del derecho consuetudinario inglés.

38. Concretamente, se observó que la doctrina que responsabiliza a los jueces en caso de una intrusión excediendo su jurisdicción y de un procedimiento *coram non iudice* no encontraba precedente vinculante de ningún tipo. En cuanto a este precepto, el tribunal afirmó que la "doctrina"²⁸ nunca ha

derecho, teóricamente, como una cuestión de gracia, y no bajo compulsión: pero, de hecho, como una cuestión de deber constitucional. Ningún procedimiento judicial de este tipo se reconoce como existente en ningún estado de esta Unión, como una cuestión de derecho constitucional, para hacer valer cualquier reclamo o deuda contra un Estado . . . Sin duda puede constituir una fuente desagradable de reflexión para un ciudadano estadounidense, orgulloso de sus derechos y privilegios, que en una monarquía el poder judicial esté revestido con amplios poderes para dar reparación al sujeto más humilde en una cuestión de un contrato privado o de propiedad contra la corona y que en una República haya, en tales casos, una denegación absoluta de justicia a cualquier ciudadano a través de la instrumentalidad de cualquier proceso judicial.

JOSEPH STORY, *Commentaries on the Constitution of the United States* sec. 1672 (1833), en John Devereux, Reports and Digest of Opinions, U.S. Court of Claims at appendix pp. 43–44 (1856). Véase también, JOHN E. SHERRY, *The Myth That the King Can Do No Wrong: A Comparative Study of the Sovereign Immunity Doctrine in the United States and New York Court of Claims*, 22 Admin. L. Rev. 39, 41 n.13 (1969).

²³ Véase *supra* ¶¶ 14 - 22.

²⁴ *J.V.N. Yates v. Lansing*, 5 Johns. 282 (NY sup. CT. 1810).

²⁵ *Id.*

²⁶ *Id.* en 288.

²⁷ *Id.*

²⁸ *Id.*

llevado a justificar una demanda contra los miembros de los tribunales superiores con jurisdicción general por cualquier acto realizado por ellos en capacidad judicial. No existe tal caso o decisión que [el Tribunal] [se haya] reunido, y [el Tribunal] encuentra que la doctrina es decididamente de otra manera."

39. Citando a Lord Ch. J. De Grey en *Miller v. Seeve*²⁹ el Tribunal razonó que "los jueces de los tribunales superiores del rey con jurisdicción general no estaban obligados a responder personalmente por sus errores de juicio. La protección para ellos era

40. *absoluta y universal*; con respecto a tribunales inferiores, *sólo cuando actúan dentro de su jurisdicción*."(énfasis añadido) El análisis distinguió además entre los jueces "solo actuando ministerial o extrajudicialmente fuera de la corte" y los actos "de un tribunal hechos en el expediente."³⁰

41. El Canciller Kent entendió la queja como un pretexto para explorar la historia de la jurisprudencia del derecho consuetudinario inglés que aborda la inmunidad judicial, sus elementos, el alcance de su aplicación respecto a los "tribunales superiores con jurisdicción general" y a los "tribunales inferiores", y las consecuencias en las políticas públicas de interpretar la legislación que establece una causa de acción contra los funcionarios judiciales como inaplicable a reales adjudicadores, con base en un principio más alto de la construcción estatutaria que proscribía una interpretación que violentaría al sistema judicial en su conjunto.³¹ El Canciller Kent identifica la inmunidad judicial como una piedra angular de la jurisprudencia inglesa. Además, lo describe como el principio que se ha mantenido constante, a pesar de los continuos cambios que forman parte de un sistema orgánico de derecho consuetudinario, y considera necesario revisar la larga y distinguida historia de la doctrina en el marco del derecho consuetudinario inglés:

La doctrina que mantiene a un juez exento de una demanda civil o de una acusación, por cualquier acto hecho u omitido por él, ejerciendo como juez, tiene una profunda raíz en el derecho consuetudinario. Se encuentra en los primeros registros judiciales, y ha sido mantenido constantemente por una corriente no perturbada de decisiones en las cortes *inglesas*, en el medio de cada cambio de política, y a través de cada revolución de su gobierno. Una breve visión de los casos nos enseñará a admirar la sabiduría de nuestros antepasados y a venerar un principio sobre el cual descansa la independencia de la administración de justicia. *Juvat accedere fontes atque haurire*.³²

42. *Yates v. Lansing*, decidida en 1810, sigue siendo de importancia tanto teórica como práctica y, por lo tanto, esencial para la academia sobre el tema por dos razones principales. En primer lugar, sirve como un documento histórico que narra el derecho inglés sobre el tema. A este respecto, supera con creces un mero catálogo de decisiones. En cambio, el Canciller Kent, tanto como un erudito como un jurista, selecciona de un tesoro de autoridad los casos más emblemáticos. Por lo tanto, no es de extrañar que Lord Ch. J. Wilmot y Lord Coke sean destacados de manera prominente.

²⁹ *Miller v. Seeve* (2 Black. Rep. 1141) citado en *J.V.N. Yates V. Lansing*, 5 Johns. 282 (NY Sup. CT. 1810).

³⁰ *Id.*

³¹ En cuanto a este punto, el Tribunal razonó:

La ley permite que la parte así liberada, sea encarcelada de nuevo por el mismo delito, siempre que sea por orden legal o el proceso de la Corte a la que está obligada por el reconocimiento a comparecer, *u otro tribunal que tenga jurisdicción sobre la causa*. Cualquier tribunal que tenga jurisdicción sobre el tema, puede reencarcelar, a pesar de la liberación. Para indicar un caso sencillo; Si una persona acusada en un tribunal *Oyer and Terminer*, o de Paz de un delito grave, y encarcelada en una prisión estatal, es liberada por un juez en *hábeas corpus*, sobre la base de que el Tribunal no tenía autoridad para encarcelar, o que la orden de encarcelamiento no era válida, ¿dudaría alguien que el Tribunal podría hacer que el convicto sea reencarcelado, ya sea por la misma orden, si la juzgó suficiente, o mediante la adjudicación de una nueva y mejor orden? *el estatuto nunca pretendió tal destrucción de principios, como confiar a un juez en receso, el poder de controlar la sentencia, o comprobar la jurisdicción de un tribunal de registro.* (cursiva agregada).

³² El Canciller Kent para el reenvío de la opinión procede a resumir no menos de diez casos que comienzan con la identificación del principio tan tempranos como *El libro de Asís*, 27 Ed. III, p.l. 18 que data de 1354.

43. Segundo *Yates v. Lansing* acentúa la doctrina y no sólo la articula. Especial cuidado y consideración es otorgada a la presentación de la doctrina como internamente fundacional al marco de referencia de la jurisprudencia y externamente a la relación de la doctrina con la integridad estructural del sistema judicial. Con todas las triquiñuelas del romanticismo de principios del siglo XIX, las líneas finales de la opinión apuntan a esta proposición:

Ningún hombre puede prever las consecuencias desastrosas de un precedente a favor de semejante traje. Siempre que sometamos a los tribunales establecidos de la tierra a la degradación del enjuiciamiento privado, sometemos su independencia y destruimos su autoridad. En lugar de ser venerables ante el público, se vuelven despreciables; y así envalentonamos a los licenciosos a pisotear todo lo sagrado en la sociedad, y a darle la espalda a las instituciones que, hasta ahora, han sido consideradas las mejores guardianas de la libertad civil.

44. La naturaleza absoluta de la inmunidad articulada en *Yates v. Lansing*, efectivamente, requieren cierta cualificación. El "Scinter" o "violación intencional de la ley", en cierta medida, perforaría la inmunidad. Sin embargo, en el caso de un juez, aún tal alegato no daría lugar a una causa privada de acción, sino más bien a un procedimiento de destitución. La creación de esta excepción se reiteró apenas cuatro años después de la emisión de la decisión *Yates v. Lansing*, en virtud de una configuración fáctica que encarnaba la *edad oscura* de la guerra civil americana.

45. En *Jenkins, et al. v. Waldron*³³ la Corte Suprema de Justicia de Nueva York ejerció *certiorari* de jurisdicción para revisar una sentencia a favor del demandante por "\$3 de daños y los costos."³⁴ En ese caso, la corte describió al demandante como "un hombre negro o de color; y que en el momento en que ofreció el voto presentó un certificado de ser un hombre libre, bajo la mano y el sello de Samuel Edmonds, uno de los jueces de la Corte de Súplicas Comunes del Condado de Columbia, fechado 9 Abril 1811, certificado que fue registrado en la oficina del secretario de la ciudad de Livingston, y cuya copia fue certificada por el secretario de la ciudad."³⁵

46. En pocas pocas, el demandante demandó a los inspectores electorales porque le negaron su derecho a votar, con base en el pretexto insostenible de que al momento de haberse convertido en "un hombre libre" Samuel Edmonds no era juez. Los inspectores de votación que se consideraba que actuaban en una capacidad cuasi judicial, apelaron alegando inmunidad.

47. El expediente en apelación reflejaba que "el demandante había, durante 8 o 10 años previos a la elección de 1811, votado por miembros de la asamblea, y en algunas de las elecciones durante ese período, algunos de los demandados eran inspectores de la votación y recibieron el voto del demandante."³⁶ (énfasis Añadido) A pesar del predicado fáctico de este caso, que habría justificado que se desestimara sumariamente la apelación, los jueces sostuvieron notablemente "que no había pruebas, que se hubieran dado en el juicio, para demostrar que los acusados, al rechazar el voto del demandante, actuaron por motivos corruptos o maliciosos hacia el demandante, o por cualquier otro deseo o voluntad que cumplir sus deberes como inspectores". Por otra parte, el juez Spencer, que emitió la opinión de la Corte, observó además que si el magistrado Edmonds era un juez activo en el momento en que el demandante recibió un certificado de libertad no era relevante porque "*no se alegó ni demostró que los inspectores fraudulenta o maliciosamente se negaron a recibir el voto de Waldron; y esto consideramos que es absolutamente necesario para el mantenimiento de una acción contra los inspectores de una elección.*"³⁷

³³ *Jenkins v. Waldron*, 11 Johns. 114 (NY Sup. CT. 1814).

³⁴ *Id.* en 116.

³⁵ *Id.* en 114.

³⁶ *Id.* en 115.

³⁷ *Id.* en 119 (cursiva agregada, énfasis en original).

48. La excepción a la inmunidad de *Yates v. Lansing*, que fue extraída del derecho consuetudinario inglés, encontró su camino a la opinión de *Jenkins, et al. v. Waldron*. La anomalía que impregna el razonamiento del juez Spencer difícilmente podría ser más clara. La inobservancia por el Tribunal de las constataciones fácticas materiales del expediente sencillamente no puede conciliarse. No se pueden explicar. La decisión equivale a una afirmación que una persona razonable estaría proscrita de inferir de la premisa de que "el demandante había, durante los 8 o 10 años previos a la elección en 1811 [la elección que dio lugar a esta acción] votado por los miembros de la Asamblea, y en algunas de las elecciones durante ese período, algunos de los acusados fueron inspectores de la votación y recibieron el voto del demandante", los inspectores actuaron sobre la base de "motivos maliciosos" o de la institucionalización "corrupta" de la discriminación racial. El uso del *Scinter* del derecho consuetudinario inglés o el "motivo malicioso" excepción a la inmunidad es nada alejado de moralmente indefendible.³⁸ Enmarcar la supuesta insuficiencia técnica como un defecto de la solicitud o de las pruebas, simplemente constituye la naturaleza de los lentes racistas a través de los cuales el juez Spencer pronunció la opinión del Tribunal.

49. Incluso en sus orígenes embrionarios el derecho consuetudinario de los Estados Unidos, la protección judicial, de la que se deriva la inmunidad absoluta del árbitro, ofrecía menos indicios sutiles de que la sobreprotección podía convertirse en un problema significativo que asegurando desarrollo doctrinal.

3. La Corte Suprema de Estados Unidos aborda la Inmunidad Judicial: El magistrado Stephen J. Field y los Casos Emblemáticos *Randall v. Brigham* y *Bradley v. Fisher*

50. En *Randall v. Brigham*³⁹ el recurrente apeló a la Corte Suprema de Estados Unidos el rechazo por un tribunal de circuito de una queja presentada contra un juez en las cámaras de la *Corte Superior de Massachusetts*, un tribunal con jurisdicción general, alegando una denegación indebida, con base en la ausencia de debido proceso bajo la Constitución de Massachusetts. El juez Field emitió la opinión del Tribunal confirmando el rechazo de la Corte de circuito por dos razones. En primer lugar, en parte, con base en el apoyo analítico de *Yates v. Lansing*, la Corte, en un único párrafo, resumió 400 años de jurisprudencia sobre la cuestión de la inmunidad judicial:

Ahora bien, es un principio general aplicable a todos los funcionarios judiciales, que no son responsables de una acción civil por cualquier acto judicial hecho dentro de su jurisdicción. En referencia a los jueces de autoridad limitada e inferior, se ha declarado que sólo están protegidos cuando actúan dentro de su jurisdicción, si este es el caso con respecto a ellos, no existe tal limitación con respecto a los jueces de autoridad superior o general. Éstos no son responsables de acciones civiles por sus actos judiciales, *incluso cuando tales actos superan su jurisdicción*, a menos, tal vez, que los actos, en exceso de jurisdicción, se hagan maliciosa o corruptamente. Esta doctrina es tan antigua como el derecho, y su mantenimiento es esencial para la administración imparcial de la justicia. Cualquier otra doctrina conduciría necesariamente a la degradación de la autoridad judicial y a la destrucción de su utilidad. A menos que los jueces, en la administración de la justicia, no estén influenciados por consideraciones personales sobre sí mismos, podrían brindar poca protección al ciudadano sobre su persona o propiedad. Y sin la influencia de tales consideraciones, no pueden, cada vez que se equivoquen en el juicio sobre su jurisdicción, cuya naturaleza y alcance están constantemente obligados a aprobar, ser sometidos a enjuiciamiento a instancias de cada parte que se imagina a sí misma afligida, y ser llamados a una acción civil en otro tribunal, y tal vez ante un juez inferior, para reivindicar sus actos.

51. Esta completa iteración de la doctrina contiene las calificaciones estándar relativas a los "jueces de autoridad superior o general" y a los "jueces de autoridad limitada e inferior", con respecto a "cualquier acto judicial que se haga dentro de su jurisdicción."

³⁸ *Id.* 115 – 16.

³⁹ *Randall v. Brigham*, 74 U.S. 523 (1869).

52. El desarrollo más sutil se refiere a las palabras "*a menos tal vez*" calificando el componente *Scinter* "maliciosa o corruptamente" de la excepción. La doctrina, según lo articulado por el juez Field en *Randall v. Brigham*, parece albergar una ambigüedad intencional que puede, a capricho de la discreción judicial, eviscerar por completo la excepción. Por lo tanto, el alcance casi absoluto de la doctrina comenzó a madurar a partir de esta opinión. La afirmación, sin más, de una formulación tan autoritaria, robusta e integral de la doctrina, habría sido suficiente para confirmar la sentencia de. Sin embargo, la Corte consideró que la Corte de Circuito había, en efecto, sido provista de una demanda suficientemente formal contra él como para dar lugar al ejercicio adecuado de su competencia sobre la causa. Por lo tanto, la afirmación del apelante relativa a la privación de derechos en virtud de la Constitución de Massachusetts careció de mérito y justificó una confirmación de la orden por la Corte Superior de Massachusetts.

III. El Efecto de la Reconstrucción de la Guerra Civil en el Desarrollo de la Doctrina

53. *Randall v. Brigham*, necesita ser contextualizada. La opinión fue emitida en 1869, apenas tres años *después* la promulgación de la ley de derechos civiles de 1866, y sólo dos años *antes* la promulgación de la ley de derechos civiles de 1871.⁴⁰ Más importante aún, esta época de reconstrucción posterior a la guerra civil marcó un período de cambio e incertidumbre. Algunos de los pilares más fundacionales de una joven República, *en realidad* fundada en un modelo económico con base en la esclavitud, habían sido desalojados y difícilmente reemplazados como una cuestión de derecho, cultura, práctica y relaciones rudimentarias de raza. Gran parte de este cambio recayó sobre la Corte. Los efectos fueron consecuentes y no pueden ser extraídos de casos que aparentemente podrían potencialmente abordar la solidez de la integridad institucional y la seguridad. Las Cortes no fueron una excepción.

54. La incertidumbre que rodeaba y realmente engulló la reconstrucción generó preguntas básicas a las que la Corte se volvería, dedicando todo su tiempo y la energía, con la que todavía las enfrenta hasta el día de hoy. ¿Cómo reaccionará el sistema estadounidense de gobierno y sus tribunales a la abolición de la esclavitud? ¿Cómo se reconstruirá la economía y su fuerza de trabajo? Específicamente, ¿qué sistema o sistemas de mano de obra reemplazarían a la mano de obra esclava? ¿Cómo se

⁴⁰ Ley de 20 de abril de 1871 Ch. 22, Sección, 17 stat. 13, también conocida como *La cuarta ley de 1871, o la ley Ku Klux Klan*.

Esta legislación fue la predecesora original de la actual iteración de 42 U.S.C. § 1983 ("acción civil por privación de derechos"). La predecesora de 1871 representó el último de los tres actos de observancia que el Gobierno Federal aprobó durante la era de reconstrucción de 1870 – 71. La legislación original, tal como se promulgó en 1871, dice:

Que cualquier persona que, bajo una legalidad aparente viole cualquier ley, estatuto, ordenanza, reglamento costumbre o uso del Estado, será responsable ante la parte lesionada en cualquier acción en derecho, demanda en equidad, u otro procedimiento apropiado para la reparación; tales procedimientos, en los distintos tribunales de distrito o de circuito de los Estados Unidos, estarán sujetos a los mismos derechos de apelación, revisión por error, y otros recursos previstos para casos semejantes en tales tribunales, de conformidad con las disposiciones de la [Ley de derechos civiles de 1866], y las demás leyes correctoras de los Estados Unidos que sean en su naturaleza aplicables en tales casos.

Esta legislación fue modificada en dos ocasiones adicionales: 1979-pub. L. 96-170 insertado "o el Distrito de Columbia" después de "territorio", y las disposiciones relativas a los actos del Congreso aplicables únicamente al Distrito de Columbia.

En 1996-pub. L. 104-317 la enmienda introducida antes del punto al final de la primera frase, "salvo en cualquier acción entablada contra un funcionario judicial por un acto u omisión adoptado en la capacidad judicial de dicho funcionario, que no se concederá una medida cautelar a menos que un decreto declaratorio fuese violado o el alivio declaratorio no estuviere disponible". En consecuencia, la iteración actual del 42 U.S.C. § 1983- *La acción civil por privación de derechos* establece que:

Cada persona que, bajo una legalidad aparente viole cualquier estatuto, ordenanza, regulación, costumbre o uso, de cualquier Estado o territorio o del distrito de Columbia, someta o cause que sea sometido cualquier ciudadano de los Estados Unidos o persona dentro de la jurisdicción del mismo a la privación de cualesquiera derechos, privilegios o inmunidades garantizados por la Constitución y las leyes, será responsable ante la parte lesionada bajo una acción judicial, demanda en equidad u otro procedimiento apropiado de reparación, excepto en cualquier acción entablada contra un funcionario judicial por un acto u omisión tomado en la capacidad judicial de dicho funcionario, donde no se concederá una medida cautelar a menos que se viole un decreto declaratorio o se haya incumplido el alivio declarativo. Para los fines de esta sección, se considerará que una ley del Congreso aplicable exclusivamente al Distrito de Columbia es un estatuto de ese Distrito.

transformarían las relaciones de raza de la esclavitud y de conformidad con cuáles modelos legales y éticos? ¿Los esclavos libres se convertirán automáticamente en ciudadanos estadounidenses, y todos los ciudadanos tendrían derecho a idénticos derechos? ¿Cuáles desafíos constitucionales derivarían de los "nuevos" paradigmas de "ciudadanía"? La naturaleza tan básica de estas pocas preguntas multiplicó exponencialmente la incertidumbre legislativa y judicial de aquellos tiempos.⁴¹ La pequeña maravilla de la inmunidad judicial tuvo que volverse absoluta.

55. Añada a esta incertidumbre la naturaleza muy embrionaria de la Corte, de la que el juez jefe Field era sólo uno de los cuatro demócratas del norte en el Tribunal. Además, el juez Field entregó las opiniones en *Randall v. Brigham*⁴² y *Bradley v. Fisher*⁴³ al comienzo de una nueva era en la historia de la Corte. Sólo los jueces Samuel Nelson y Robert Grier se habían sentado en la Corte durante más de un puñado de años con el jefe de justicia Roger Taney, y habrían de permanecer en el tribunal por un período de tiempo significativo. Entre 1858 y 1864 seis nuevos miembros serían nombrados para servir con los jueces Nelson y Grier. Cinco de ellos fueron designados por Lincoln y cuatro eran republicanos: Nathan Clifford, Noah J. Swayne, Samuel F. Miller, David Davis, Stephen J. Field, y el propio jefe de justicia Chase. De hecho, hasta la muerte de Chase en 1873, estos jueces servirían juntos.⁴⁴ Así, en el momento en que el juez Field emitió la opinión en *Randall v. Brigham*⁴⁵ había desempeñado un papel clave en tres casos transformadores, entregando la opinión de la Corte en dos de ellos.

56. La incertidumbre causada por la reconstrucción inspiró en el juez Field la necesidad de fortalecer y envalentonar la credibilidad normativa de la Corte y el compromiso inquebrantable del poder judicial con el Estado de Derecho. En consecuencia, es comprensible que en este clima de cambio y falta de valor predictivo, el juez Field encontrara no sólo convincente, sino realmente necesario, proporcionar al poder judicial una inmunidad prácticamente sin calificaciones. La tarea de interpretar las "Enmiendas de la Guerra Civil" invitaría a desafíos a la credibilidad judicial y a la legitimidad normativa, provenientes de los estados del sur, el Congreso, los detractores políticos en desacuerdo con la reconstrucción en general, y un número significativo de jueces de tribunales federales y estatales. En consecuencia, en el momento en que *Bradley v. Fisher* se adjudicó (1872) la Corte había comenzado ya a dedicar casi todo su tiempo y energía a la interpretación de las enmiendas decimotercera y decimo-

⁴¹ Véase ERIC FRONER, *The Supreme Court and the History of Reconstruction – And Vice-Versa*, 112 Colum. L. Rev. 1585, 1587 (2012).

⁴² *Randall v. Brigham*, 74 U.S. 523 (1869).

⁴³ *Bradley v. Fisher*, 80 U.S. 335 (1871).

⁴⁴ Véase DAVID P. CURRIE, *The Constitution in the Supreme Court: Civil War and Reconstruction, 1865-1873*, 51 U. CHI. L. REV. 131, 137 – 138 n. 1, citando un cuadro de la página 132 adaptado de G. GUNTHER, FROM G. GUNTHER, *Cases and Materials on Constitutional Law*, en a-2 a a-4 (10^o Ed. 1980), aquí reproducido:

		1864	1866	1868	1870	1872
James M. Wayne	(1835-1867)	-----				
John Catron	(1837-1865)	-----				
Samuel Nelson	(1845-1872)	-----				
Roberto C. Grier	(1846-1870)	-----				
Nathan Clifford	(1858-1881)	-----				
NOAH H. Swayne	(1862-1881)	-----				
Samuel F. Miller	(1862-1890)	-----				
David Davis	(1862-1877)	-----				
Stephen J. Field	(1863-1897)	-----				
Salmon P. Chase	(1864-1873)	-----				
William strong	(1870-1880)				-----	
Joseph P. Bradley	(1870-1892)				-----	
Ward Hunt	(1872-1892)					-----

⁴⁵ Currie, *Supra* n. 45.

cuarta. El papel protagónico del juez Field en *Ex Parte Milligan*⁴⁶ *Cummings v. Missouri*,⁴⁷ y *Ex Parte Garland*⁴⁸ (los casos de juramento de prueba) es conceptualmente, y no *simplemente* históricamente, gran parte del desarrollo de la doctrina de la inmunidad judicial que anunció al hablar por la Corte en *Randall v. Brigham* y *Bradley v. Fisher*.

57. Los cuatro demócratas del norte, Field, Nelson, Grier y Clifford se unieron a la opinión de Davis en *Ex Parte Milligan*, porque *Ex Parte Milligan* se decidió sólo tres años antes de que el juez Field entregara la opinión del Tribunal en *Randall v. Brigham*, así como en *Ex Parte Milligan* resuena el elogio al Estado de Derecho, es importante volver a visitar el caso para contextualizar mejor a *Randall v. Brigham*, y antes de estudiar a *Bradley v. Fisher*.

1. Ex parte Milligan

58. El 5 de octubre de 1864, mientras estaba en su hogar en Indiana, la vida de Lambdin P. Milligan cambiaría para siempre. En esa fecha fue arrestado en su casa de conformidad con una orden que el general Alvin P. Hovey, al mando del distrito militar de Indiana, había emitido.⁴⁹ Poco más de dos semanas después de su arresto, el 21 de octubre, Milligan "fue llevado ante una Comisión Militar convocada en Indianápolis, por orden del general Hovey, con ciertos cargos y especificaciones; encontrado culpable, y sentenciado a ser ahorcado; y la sentencia ordenó que se le ejecutara el viernes, 19 de mayo 1865."⁵⁰

59. Sólo nueve días antes del 9 de mayo de 1865, día de la ejecución, Milligan apeló al Tribunal de Circuito del Distrito de Indiana de los Estados Unidos para que fuera liberado de lo que alegaba era un encarcelamiento ilegal.⁵¹

60. Su argumento era simple y persuasivo. Milligan era un ciudadano estadounidense que vivió durante veinte años en el estado de Indiana. Lo más importante, sin embargo, es que en el momento de las acusaciones en cuestión no estaba, y nunca había estado, en las fuerzas armadas de los Estados Unidos.⁵² Por lo tanto, bajo ningún análisis, un tribunal militar tenía autoridad para enjuiciar a un ciudadano civil de los Estados Unidos por cualquier supuesta mala conducta, y mucho menos condenar y sentenciar a un civil a muerte por ahorcamiento. Milligan también insistió en que la comisión militar era ilegal porque violaba su derecho constitucional a un juicio por jurado.⁵³

61. El Tribunal enmarcó "[l]a pregunta de control" de manera concisa y elegante; "bajo los *hechos* declarados en la petición de Milligan, y las exposiciones presentadas, tenía legalmente la comisión militar, mencionada en la misma, *jurisdicción* para tratar de sentenciarlo?"⁵⁴ Después de enfatizar la ciudadanía estadounidense y el estatus civil de Milligan durante toda su vida, el Tribunal preguntó "[T]iene este Tribunal el poder *legal* y la autoridad para enjuiciar y castigar a este hombre?"⁵⁵ Davis, un amigo de

⁴⁶ *Ex parte Milligan*, 71 U.S. 2 (1866).

⁴⁷ *Cummings v. Missouri*, 71 U.S. 277 (1867).

⁴⁸ *Ex parte Garland*, 71 U.S. 333 (1867).

⁴⁹ *Milligan*, 71 U.S. 68.

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ *Id.*

⁵² *Id.*

⁵³ *Id.*

⁵⁴ *Id.* en 47.

⁵⁵ Currie con respecto a esta cuestión ha señalado que:

La pregunta se había evitado durante la propia guerra en *Ex Parte Vallandigham*, 68 U.S. (1 Wall.) 243 (1864), donde la Corte consideró que no era competente para examinar directamente la sentencia de una Comisión militar. De las diversas objeciones jurisdiccionales que se pincelan en *Milligan*, la única de interés era que el caso era discutible, porque debía presumirse que el peticionario había sido ahorcado como se había indicado. ' [I]ncluso la sugerencia [de que el ejército

Lincoln desde hacía mucho tiempo, de quien Gustave Koerner escribe que "Lincoln era, creo, más íntimo con él que con cualquier otro hombre", y que a mediados de la década de 1840 llevó casos con Lincoln y también contra él como adversarios legales",⁵⁶ emitió la opinión de la Corte. Currie observa que la discusión de "Davis" sobre la cuestión constitucional comienza con una de las afirmaciones de la corte más conmovedoras del Estado de Derecho. ⁵⁷ De hecho, la narrativa es una caracterizada por principios "demasiado simples y directos" como para invitar a la duda o ir más allá de la afirmación no calificada:

Este Tribunal nunca consideró cuestión alguna más grave, ni una que más concierna a los derechos de todo el pueblo; porque es el derecho de nacimiento de todo ciudadano americano, cuando se le acusa de un crimen, ser juzgado y castigado de acuerdo con la ley. El poder del castigo es, sólo a través de los medios que las leyes han provisto para ese propósito, y si son ineficaces, hay una inmunidad al castigo, no importa cuán grandioso delincuente el individuo pueda ser, o cuánto sus crímenes pueden haber conmocionado el sentido de Justicia del país, o puesto en peligro su seguridad. *Por la protección de la ley los derechos humanos están asegurados; retirada esa protección, están a merced de gobernantes malvados, o del clamor de un pueblo excitado.* Si había una ley para justificar este juicio militar, no está bajo nuestra responsabilidad interferir; si no la había, es nuestro deber declarar la nulidad de todo el procedimiento. *La decisión de esta pregunta no depende de argumentos o precedentes judiciales, numerosos y muy ilustrativos como son.* Estos precedentes nos informan de la magnitud de la lucha para preservar la libertad y para aliviar a aquellos de vida civil de los juicios militares. Los fundadores de nuestro gobierno estaban familiarizados con la historia de esa lucha; y aseguraron en una constitución escrita cada derecho que la gente había arrancado del poder durante un concurso de eras. Por esa Constitución y las leyes autorizadas *esta pregunta debe determinarse. Las disposiciones de este instrumento sobre la administración de la justicia penal son demasiado claras y directas, para dejar espacio para la mala construcción o la duda sobre su verdadero significado....*

La Constitución de los Estados Unidos es una ley para los gobernantes y los pueblos, igualmente en la guerra y en la paz, y cubre con el escudo de su protección a todas las clases de hombres, en todo momento, y bajo todas las circunstancias. Ninguna doctrina, que implique consecuencias más perniciosas, fue jamás inventada por el ingenio del hombre que cualquiera de sus disposiciones pueda suspenderse durante cualquiera de las grandes exigencias del gobierno. Tal doctrina conduce directamente a la anarquía o al despotismo, pero la teoría de la necesidad en la que se basa es falsa; porque el gobierno, dentro de la Constitución, tiene todos los poderes concedidos a ella, los cuales son necesarios para preservar su existencia; como felizmente se ha demostrado por el resultado del grandioso esfuerzo para desechar su justa autoridad.⁵⁸

había ejecutado a Milligan mientras su caso estaba pendiente], dijo Davis," es perjudicial para el Ejecutivo, y la descartamos de una nueva consideración. ' De hecho, Milligan había sido indultado y más tarde fue liberado de acuerdo con la decisión de la Corte Suprema.

Currie *Supra* n. 45, en 134, n. 16 (se omiten las citas).

Sobre la hipótesis de si el Tribunal hubiese llegado a la misma "decisión audaz sobre el fondo" mientras la guerra civil estaba en pleno apogeo, véase, por ejemplo, CARL B. SWISHER, STEPHEN J. FIELD, *Artesano de la Ley* (1930); LAURENCE H. TRIBE, *Ley Constitucional Americana* 181 (1978). Currie también cita 6 CHARLES FAIRMAN, *Historia de la Corte Suprema de los Estados Unidos: Reconstrucción y Reunión*, 1864 – 88, 185 – 237 (1971), sugiriendo una fuente que provea una narrativa completa y contextualización histórica del caso.

⁵⁶ Véase WILLARD L. KING, *Lincoln's Manager: David Davis* en XI, 53 (1960). notas del rey:

En el circuito, Davis conoció con frecuencia a Lincoln, cuya práctica legal había aumentado a medida que su actividad política declinaba. A veces sus intereses chocaron. Lincoln derrotó a Davis en el caso mencionado anteriormente, en el que Davis empleó a Baker en la Corte Suprema. El registro de un caso de difamación en el Tribunal de circuito de Woodford en este período muestra a Davis & Colton de un lado y a Lincoln en el opuesto; sin duda surgieron muchos de esos casos. Mientras Davis estaba en la legislatura, los papeles de St. Louis reportaron dos casos importantes siendo juzgados por Lincoln. La administración de Davis de la habilidad legal de Lincoln creció. En diciembre de 1845, Davis informó a Colton de un traje que había presentado para la firma en la corte de los Estados Unidos en Springfield. ' Lincoln, ' Davis afirmó ' piensa que el caso es claro. '

En casos específicos, Davis y Lincoln a veces se convirtieron en socios.

Id. en 53.

⁵⁷ Currie *Supra* n. 45.

⁵⁸ *Milligan*, 71 US. en 120 – 21.

62. En particular, ausente de este idioma, y de hecho de la mayor parte de la opinión, es *cualquier* referencia a la jurisprudencia, a los comentarios u otros análisis doctrinales. En cambio, encontramos una referencia resplandeciente y clarividente a los "derechos humanos" y la relación de estos derechos con la ley, la majestad de una Constitución inquebrantable, que es constante a través de la guerra y la paz, y al principio general del Estado de Derecho, al que todos los otros preceptos deben subordinarse. El tribunal volvió a la visión de los padres fundadores de una ley constitucional que es inalterable en su aplicación y que disipa, debido a principios evidentes, la necesidad de participar en cualquier otra forma de análisis legal. En este punto, la mayoría de los jueces son resonantemente claros; "la decisión de esta pregunta no depende de argumentos o precedentes judiciales, numerosos y muy ilustrativos como son." En este caso, por lo que el argumento sugiere, en sus artículos la Constitución "garantiza el derecho de juicio por jurado" y otros "valores para la libertad personal así encarnada", que simplemente no le fueron extendidos a Milligan. Es esta necesidad de reafirmar la libertad de los ciudadanos, la primacía constitucional y judicial, y el Estado de Derecho en un período de reconstrucción de una Unión fracturada a la que el juez Field se suscribió uniéndose a la mayoría.⁵⁹ Esta historicidad no puede extraerse de la evolución de la doctrina de la inmunidad judicial y, por lo tanto, de la inmunidad del árbitro en el arbitraje internacional.

63. La euforia de este razonamiento jurídico, en el que participó el juez Field y su historicidad contextual, impregnó su sentido de misión como más alto funcionario del orden, capaz de marcar la diferencia, reforzando la credibilidad de los tribunales en particular y de las instituciones nacionales de manera más general. Los célebres "casos de juramento de prueba", en los que el juez Field rindió el dictamen de la Corte, llevaron a su aprobación a los casos de inmunidad judicial seminal: *Randall v. Brigham* y posteriormente *Bradley v. Fisher*. Ambos casos demuestran ser fundamentales en el desarrollo del derecho consuetudinario de los Estados Unidos de la doctrina de inmunidad del árbitro.

2. Los Casos de Juramento de Prueba: *Cummings v. Missouri* y *Ex parte Garland*

64. *Cummings v. Missouri*,⁶⁰ fue el primero de los dos "casos de juramento de prueba" muy elogiados. De hecho, la opinión mayoritaria que el juez Field también entregó en *Ex parte Garland*⁶¹ descansa en *Cummings v. Missouri*, aunque ambos casos reflejan una fecha de presentación idéntica del

⁵⁹ Currie observa, y con considerable apoyo textual, que

Davis comenzó en la *dicta* a echar atrás gran parte de ella. En primer lugar, admitió, que los soldados no tenían derecho a juicios por jurado por delitos militares, o que la quinta enmienda excepciona de su requisito de gran jurado ' casos que surgen en las fuerzas terrestres o navales, o en la milicia, en el servicio, en tiempo de guerra o peligro público, ' y ' los redactores,... sin duda, quisieron limitar el derecho a un juicio por jurado, en la sexta enmienda, a aquellas personas que fueron sometidas a acusación o presentación en el quinta. ' [cita omitida] Aunque innecesaria a la decisión, esta concesión fue necesaria por la práctica de larga data y estaba de acuerdo con un dictum anterior [citando a *Dynes v. Hoover*, 61 U.S. (20 How.) 65, 79 (1858)]. Por otra parte, aunque uno puede sentirse intranquilo por la conclusión del Tribunal de que la excepción militar de la quinta enmienda se aplica también a la sexta, ayuda a conciliar la convicción de que los redactores no tenían la intención de abolir los tradicionales tribunales de guerra con el texto aparentemente inflexible de la Constitución.

Currie observa además que "[m]ás preocupante" es lo que sigue:

Si, en la invasión extranjera o la guerra civil, los tribunales están realmente cerrados, y es imposible administrar la justicia penal de acuerdo con la ley, *entonces* en el teatro de las operaciones militares activas, donde la guerra realmente prevalece, hay una necesidad de proporcionar un sustituto de la autoridad civil, por tanto derrocada, para preservar la seguridad del ejército y la sociedad; y como no queda poder, sino el ejército, se le permite gobernar por ley marcial hasta que las leyes puedan tener su curso libre. Como la necesidad crea la regla, por lo que limita su duración; , si este gobierno continúa *después* de que se restituyan los tribunales, es una usurpación bruta del poder... Debido a que, durante la última rebelión [la regla marcial] podría haber sido aplicada en Virginia, donde la autoridad nacional fue revocada y los tribunales expulsados, no se sigue que debió obtenerse en Indiana, donde esa autoridad nunca fue disputada, y la justicia siempre se administró.

Currie *Supra* Nota 44, 135 – 36 (cursiva agregada).

⁶⁰ *Cummings v. Missouri*, 71 U.S. 277 (1867).

⁶¹ *Ex parte Garland*, 71 U.S. 333 (1867).

14 de enero de 1867. No es necesario una larga recitación fáctica para los propósitos actuales. Algunos hechos clave justifican mención, a pesar de que se ha derramado tinta significativa en la narración de la historia de los "casos de juramento de prueba".

65. Durante la "guerra civil", una frase que está notablemente ausente del dictamen de la Corte (incluido el disenso) y que fue sustituida eufemísticamente por el término "rebelión", se celebró una convención constitucional en todo el estado y se adoptó la nueva Constitución después de que la guerra terminara.⁶² La nueva Constitución del estado prescribió un juramento bastante elaborado, "dividido en sus partes separables, abrazando más de treinta afirmaciones o pruebas distintas". Sin embargo, en particular, a los efectos de este análisis:

no se requiere que el declarante niegue no sólo que nunca ha "estado en hostilidad armada contra los Estados Unidos, o a las autoridades legales del mismo" sino, entre otras cosas, que nunca, "por acto o palabra", manifestó su adhesión a la causa de los enemigos de los Estados Unidos, extranjeros o domésticos, o el deseo de su triunfo sobre las armas de los Estados Unidos, o su simpatía con los que se dedican a la rebelión, o alguna vez ha albergado o ayudado a cualquier persona que se dedica a la guerra de guerrillas contra los habitantes leales de los Estados Unidos, o ha entrado o salido del Estado con el propósito de evitar la inscripción o el reclutamiento en el servicio militar de los Estados Unidos; o, para escapar a la ejecución del deber en la milicia de los Estados Unidos, ha indicado alguna vez, en cualquier términos, su descontento con el gobierno de los Estados Unidos en su concurso con la rebelión.⁶³

66. El apelante en el caso era un sacerdote de la iglesia católica romana, que fue acusado y condenado en un tribunal de juicio de Missouri "del crimen de enseñar y predicar como sacerdote y ministro de esa denominación religiosa sin haber tomado primero el juramento, y fue condenado a pagar una multa de \$500, y a ser confinado a la cárcel hasta que se pague el mismo."⁶⁴

67. El Tribunal enmarcó la cuestión no como una cuestión "en cuanto a la existencia del poder del Estado sobre asuntos de policía interna, sino si ese poder ha constituido en el presente caso un instrumento para la imposición de castigo contra una prohibición de la Constitución."⁶⁵

68. La Corte consideró que la disposición constitucional de Missouri exigía tomar el juramento como condición necesaria para servir como maestro o servir como predicador en "cualquier iglesia, religión sociedad, o congregación",⁶⁶ era inconstitucional por tres motivos. En primer lugar, la mayoría de la Corte que se une al juez Field constató que impedir a una persona el ejercicio de una profesión constituía un "castigo" y no un derecho reservado a los estados de crear una cualificación para un puesto. Ciertamente, la Corte fue realmente asistida en su formulación, debido a la construcción muy estrecha de castigo que el abogado de Missouri formuló; a saber, "que" castigar a uno es privarlo de la vida, la libertad, o la propiedad, y que quitarle algo menos que esto no es un castigo en absoluto".⁶⁷ La mayoría observó que "la descalificación de un cargo puede ser un castigo, como en los casos de condena tras la acusación. La descalificación de las actividades de una defensa legal, o de puestos de confianza, o del privilegio de comparecer en los tribunales, o de actuar como albacea, administrador o tutor, también puede, y a menudo se ha impuesto, como castigo." (cita omitida)⁶⁸

69. Habiendo concluido que el juramento de la Constitución de Missouri infligió un castigo y difícilmente un mero requisito previo o una cualificación para el ejercicio de una profesión o un puesto,

⁶² *Cummings*, 71 U.S. en 322.

⁶³ *Id.*

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ *Id.* en 319.

⁶⁶ *Id.* en 317.

⁶⁷ *Id.* en 320.

⁶⁸ *Id.*

el camino fue pavimentado para concluir que el juramento fue elaborado con el fin de infligir castigo a un acto que no se castigaba en absoluto en el momento en que se cometió. Además, el carácter punitivo de la disposición de la Constitución de Missouri rogó la pregunta. ¿Qué posible relación podría existir entre la toma de un juramento que certifique que una persona no ha sido una ayuda o forma parte del gobierno confederado, y la cualificación o competencia de ese individuo para cumplir con las obligaciones profesionales en cuestión?⁶⁹

70. En segundo lugar, habiendo llegado a la sólida conclusión de que las disposiciones de juramento de la Constitución de Missouri eran medidas punitivas, el Tribunal abordó la medida en que existía una prohibición en la Constitución de los Estados Unidos proscribiendo su observancia. Pidiendo prestado al juez jefe Marshall el lenguaje de *Fletcher v. Peck*,⁷⁰ concerniente a "las restricciones al poder legislativo de los estados,"⁷¹ junto con la afirmación de que "la Constitución de los Estados Unidos [afirmativamente] contiene lo que puede considerarse una declaración de derechos para el pueblo de cada estado", el Tribunal consideró que el juramento de la Constitución de Missouri constituía un proyecto de ley de negación de derechos civiles. Por lo tanto, caía expresamente en el ámbito del artículo I, § 10 de la cláusula 1 de la Constitución.⁷² El razonamiento jurídico sobre la sección del dictamen que aborda los motivos por los que la disposición pertinente de la Constitución de Missouri es, sin más, un proyecto de ley de negación de derechos civiles, se erige como un modelo de esclarecedor análisis jurídico que, en parte, se basa en paradigmas históricos e hipótesis elaboradas e intrigantes que es tanto una defensa legal como un razonamiento analítico:

Si las cláusulas del segundo artículo de la Constitución de Missouri, a las que nos hemos referido, hubieran declarado que el Sr. Cummings era culpable, o debía ser declarado culpable, o había estado en hostilidad armada hacia los Estados Unidos, había entrado en ese estado para evitar ser matriculado o reclutado en el servicio militar de los Estados Unidos, y, por lo tanto, debía ser privado del derecho a predicar como sacerdote de la iglesia católica, o de enseñar en cualquier institución de aprendizaje, no cabe duda de que las cláusulas constituirían una lista de negaciones de derechos civiles, en el sentido de la Constitución federal. Si estas cláusulas, en lugar de mencionar su nombre, hubieran declarado que todos

⁶⁹ El Tribunal de justicia razonó específicamente:

Las cualificaciones se refieren a la aptitud o la capacidad de la parte para una actividad o profesión en particular. Webster define que el término para referirse a 'cualquier dotación natural o cualquier adquisición que adapte a una persona para un lugar, oficina, o el empleo, o le permita sostener cualquier carácter, con éxito.' Es evidente por la naturaleza de las actividades y profesiones de las partes, puestas bajo discapacidad por la Constitución de Missouri, que muchos de los actos, de cuya mancha deben purgarse, no tienen relación posible alguna con su aptitud para las actividades y profesiones. No puede haber ninguna conexión entre el hecho de que el Sr. Cummings ingresó o abandonó el estado de Missouri para evitar la inscripción o el reclutamiento en el servicio militar de los Estados Unidos y su aptitud para enseñar las doctrinas o administrar los sacramentos de su iglesia; tampoco puede un hecho de este tipo o la expresión de palabras de simpatía con algunas de las personas atraídas a la rebelión constituir evidencia de la inadecuación del abogado o consejero para ejercer su profesión, o del profesor para enseñar las ramas ordinarias de educación, o de la carencia de conocimientos empresariales o de capacidad de negocios en el Gerente de una corporación, o en cualquier Director o fideicomisario. Es manifiesto bajo la simple declaración de muchos de los actos y de las profesiones y actividades, que no existe tal relación entre ellos como para negar de la comisión de los actos todo lo apropiado como condición para permitir el ejercicio de las profesiones y actividades. Por lo tanto, no se ha exigido el juramento como medio de determinar si las partes están calificadas o no para sus respectivos llamados o la confianza con la que fueron depositados. Era necesario para llegar a la persona, no al llamado. Se exigió, no a partir de alguna noción de que los varios actos designados indicaban inadecuación para los llamados, sino porque se pensó que los variados actos merecen castigo, y que para muchos de ellos no había manera de infligir el castigo, excepto privando a la partes, que los habían cometido, de algunos de los derechos y privilegios del ciudadano.

Id. 319 – 20.

⁷⁰ *Fletcher v. Peck*, 10 U.S. (6 Cranch) 87 (1810).

⁷¹ *Cummings*, 71 U.S. en 322.

⁷² El artículo I, § 10, cláusula 1 de la Constitución de Missouri dice:

Ningún estado entrará en ningún tratado, Alianza o Confederación; otorgará Patentes de Corso y Represalia; moneda de dinero; emitirá Cartas de Crédito; hacer cualquier Cosa, salvo el oro y la moneda de plata en una licitación en el pago de deudas; aprobar cualquier proyecto de ley, ex post facto o ley que perjudique la Obligación de Contratos, u otorgar cualquier Título de Nobleza.

los sacerdotes y clérigos del estado de Missouri eran culpables de estos actos, o debían ser declarados culpables de ellos, y por lo tanto, ser sometidos a una privación semejante, las cláusulas estarían igualmente abiertas a objeción. Y, además, si estas cláusulas hubieran declarado que todos los sacerdotes y clérigos debían ser declarados culpables, y ser así privados, siempre y cuando no hicieran, por un día designado, ciertos actos específicos, no estarían menos dentro de la prohibición de la Constitución federal.

En todos estos casos, la promulgación legislativa habría creado una privación sin ninguna de las formas ordinarias y guardias previstas para la seguridad del ciudadano en la administración de justicia por los tribunales establecidos.⁷³

71. Esta hipótesis se analizó estrictamente en el marco de la Constitución de Missouri. El tribunal declaró que "las cláusulas supuestamente difieren sólo en que declaran la culpabilidad en lugar de asumirla. La privación se efectúa con la misma certeza en un caso y en el otro, pero no con la misma franqueza." Llegó a la conclusión de que "[e]l propósito del legislador en los casos, supuestamente, sería abiertamente declarado; en el caso existente sólo se disfraza. El resultado legal debe ser el mismo, porque lo que no se puede hacer directamente no se puede hacer indirectamente. La Constitución se ocupa de la sustancia, no de las sombras. Su prohibición fue contra la cosa, no contra el nombre. Se pretendía que los derechos del ciudadano se aseguraran contra la privación por conductas pasadas mediante la promulgación legislativa, en cualquier forma disfrazada. Si la prohibición puede ser eludida por la vía de la promulgación, su inserción en la ley fundamental fue un proceso vano e inútil".⁷⁴

72. El juez Field era consciente de que la cláusula controvertida en la Constitución de Missouri era engañosa, incluso tras el examen de la superficie, cuando se veía a través de la óptica de un posible análisis *ex post facto* de la ley. De acuerdo con un paradigma legal ortodoxo, parecería que el juramento constitucional de Missouri no era una ley *ex post facto* porque no (i) proscribía un delito o (ii) bajo una construcción de significado llano pretendía imponer un castigo. Por lo tanto, el juramento constitucional de Missouri no parecía, a un nivel literal, satisfacer los elementos de una ley *ex post facto* porque no había una promulgación de ley definiendo un crimen y el castigo correspondiente. La propia Corte reconoció que "[p]or una ley *ex post facto* se entiende una que impone un castigo por un acto que no fue punible en el momento en que se cometió; o impone un castigo adicional al prescrito; o cambia las reglas de evidencia por las cuales un testimonio menor o diferente del que entonces se requería es suficiente para condenar".⁷⁵ Ciertamente la construcción estricta afirmará, al igual que la disidencia,⁷⁶ que el juramento, tanto en forma como en sustancia, no corresponde a la marca. Esto fue lo que la Corte pareció conceder.

73. De hecho, a pesar del reconocimiento de que "las cláusulas de la Constitución de Missouri, que son objeto de consideración, no definen, en sus términos, ningún delito, ni declaran que se infligirá ningún castigo", la opinión, sin embargo, aclara que "producen el mismo resultado sobre las partes, contra quienes se dirigen, como si fueran definidos los crímenes y el castigo *fuese declarado*."⁷⁷ (énfasis Añadido)

74. El análisis se centra en la aplicación práctica del lenguaje, no en su construcción literal. Además, al tiempo que se afirma la importancia y el alcance de las facultades reservadas a los estados, la mayoría reconoce que la solidez normativa de la Constitución, y por lo tanto de la teoría política y la institución de la joven República, más que nunca debe apoyarse. En consecuencia, la Corte revocó la sentencia de la Corte Suprema de Missouri y reenvió el asunto con la instrucción de emitir una sentencia que revierta a la Corte de Circuito, "y ordenando a dicha corte liberar al acusado de encarcelamiento, y permitirle salir sin orden de regreso."⁷⁸

⁷³ *Cummings*, 71 U.S. en 324 – 25.

⁷⁴ *Id.* en 325.

⁷⁵ *Id.* 325 – 26.

⁷⁶ Véase *Ex parte Garland*, 71 U.S. 333 (1867).

⁷⁷ *Cummings*, 71 U.S. en 327.

⁷⁸ *Id.* en 331.

75. *Ex parte Garland* planteó doctrinal y conceptualmente a la Corte una cuestión idéntica planteada en *Cummings v. Missouri*. En lugar de abordar un juramento de prueba en el contexto de una disposición constitucional estatal, la cuestión en el caso *Garland* surgió de conformidad con una ley federal de juramento de prueba que el Congreso había aprobado en 1862. A pesar de que el acto era prospectivo al exigir a todos los funcionarios federales que tomaran el cargo después de la promulgación de la legislación nunca haber portado armas contra los Estados Unidos luego de convertirse en un ciudadano, era sustancialmente tan comprensiva como su contraparte constitucional de Missouri. De hecho, el juramento proscribió cualquier simpatía previa, por afiliación o con lealtad, al gobierno Confederado.⁷⁹

76. En 1865, tres años después de su promulgación, el juramento fue enmendado para incluir a los "abogados y consejeros de los tribunales de los Estados Unidos."⁸⁰ Además de ser administrado bajo pena de perjurio, se prohibiría a un abogado o consejero de los tribunales de los Estados Unidos que tuviera una oficina "bajo los Estados Unidos" si declaraba falsamente haber jurado.⁸¹

77. Es evidente que la intención y el propósito de la ley original de 1862 era limpiar el gobierno, por lo que el argumento afirma, de individuos que de otra manera estarían estratégicamente colocados para ayudar y asistir a sus enemigos. El segundo acto fue menos estratégico y más remunerativo, pero para una clase especial de practicantes; a saber, los que habían permanecido leales a la Unión. Swisher describió de manera más adecuada y elocuente el segundo acto y su propósito como "el 'sistema de botín' aplicado a la situación de la posguerra."⁸²

78. El apelante, A. H. Garland había sido un abogado practicante ante la Corte Suprema a partir de diciembre de 1860. Más tarde, sin embargo, sirvió como miembro del Congreso en el gobierno Confederado al recibir un indulto presidencial completo. En 1865 solicitó a la Corte el permiso para reanudar su práctica y, por lo tanto, estar exento de tomar el juramento, al que no podía jurar y suscribirse sin incurrir en perjurio.⁸³ La administración del juramento operaría en cuanto al apelante y a los individuos en situación similar "como un decreto legislativo de exclusión perpetua".⁸⁴ Antes de buscar el apoyo analítico de *Cummings v. Missouri*, el único caso que la mayoría de la Corte citó como precedente, al entregar el dictamen de la Corte el juez Field señaló:

Como el juramento prescrito no puede ser tomado por las partes, el acto funciona, en su contra, como un decreto legislativo de exclusión perpetua. Y la exclusión por conductas pasadas, para muchas de las profesiones o cualquiera de las ocupaciones ordinarias de la vida, puede considerarse bajo ninguna otra luz que como castigo para tal conducta. La exigencia del juramento es el modo previsto para determinar las partes a las que el acto está destinado a operar y, en lugar de disminuir, aumenta su carácter objetable. Todas las representaciones de este tipo participan de la naturaleza de penas y sanciones, y están sujetas a la prohibición constitucional contra el paso de los proyectos de ley de negación de derechos, bajo la cual se incluyen las designaciones generales.⁸⁵

⁷⁹ El lenguaje de la ley federal de prueba de juramento de 1862 fue: "yo [-----] juro solemnemente (o afirmo) que nunca he dado voluntariamente ayuda alguna, aceptación, consejo o aliento a las personas que se dedican a la hostilidad armada misma."

⁸⁰ Véase *Cummings*, 71 U.S. en 317 ("ninguna persona, después de la expiración de los 60 días, está autorizada, sin tomar el juramento, 'para ejercer como abogado o consejero legal, ni después de ese período puede cualquier persona ser competente, como obispo, sacerdote, diácono, ministro, anciano o clérigo, de cualquier persuasión religiosa, secta, o denominación, para enseñar, o predicar, o solemnizar los matrimonios'").

⁸¹ *Id.* ("La multa y el encarcelamiento se prescriben como castigo por la tenencia o el ejercicio de cualquiera de las "oficinas, posiciones, fideicomisos, profesiones o funciones "especificadas, sin haber tomado el juramento; y falsamente jurar o afirmar tomarlo, es declarado como perjurio, castigable con prisión en la penitenciaría").

⁸² SWISHER, *Supra* n. 56, al 139.

⁸³ *Ex parte Garland*, 71 U.S. 333, 375 (1867).

⁸⁴ *Id.* en 377.

⁸⁵ *Id.*

79. La proximidad de *Ex parte Garland* para *Cummings v. Missouri* es tal que la opinión disidente para ambos casos sólo se publicó en *Ex parte Garland* y no puede encontrarse en *Cummings v. Missouri*. En ambos casos, el jefe de justicia Chase fue acompañado por los jueces David Davis, Samuel Miller y Noah Swayne de Ohio.⁸⁶ El papel del juez Field en *Ex parte Milligan*, como parte de la mayoría acompañando al juez Davis en la opinión, y como la justicia que habló por la mayoría de la Corte en los Casos de Juramento de Prueba, simplemente no puede entenderse como, conceptual y doctrinalmente, análoga a la mayoría de las opiniones que entregó a la Corte en el casos de inmunidad: *Randall v. Brigham* y *Bradley v. Fisher*. Estos tres casos, *Ex parte Milligan*, *Cummings v. Missouri*, y *Ex parte Garland*, mucho más allá de la cuestión particular abordada, fueron existenciales para la nueva República.

80. Los tres demostraron que si, de hecho, la Corte Suprema puede ser mal caracterizada como "la rama menos peligrosa", durante el período de reconstrucción, ciertamente demostró ser el centro de gravedad armonizador de la República. El juez Field era muy consciente de la necesidad de un poder judicial imparcial e independiente que fomentaría los fundamentos teóricos de un cambio de paradigma constitucional, social, económico e interracial en evolución. Los desafíos de la reconstrucción comandaban un sistema judicial inexpugnable. Es la historicidad del pensamiento del juez Field en *Ex parte Milligan*, *Cummings v. Missouri* y *Ex parte Garland* la que debía suministrar el marco conceptual en el que fueron decididos los casos seminales de inmunidad judicial.

81. Nada salvo una consolidación judicial absoluta podría haber sido considerada aceptable. Sin embargo, esa historicidad es ajena a la inmunidad del árbitro. Su relevancia, desarrollo doctrinal y configuración histórica no pueden importarse al por mayor y aplicarse a la inmunidad absoluta del árbitro, y mucho menos sobre la base de un argumento por analogía: es decir, que la similitud resolutive entre el juez y árbitro de alguna manera ordena injertar el desarrollo doctrinal de la inmunidad judicial en la inmunidad del árbitro. En pocas palabras, los acontecimientos históricos que dieron lugar a la inmunidad judicial simplemente no pueden aplicarse a la inmunidad del árbitro. Lamentablemente, lo han sido.

82. No se han dibujado las distinciones necesarias y apropiadas. Sobre la fuerza de la argumentación por analogía, la inmunidad del árbitro ha sido fundamentada, sin calificación, en la inmunidad judicial. Este desarrollo hace una vista ciega y un oído sordo a ambos (i) la naturaleza de la adjudicación judicial, y (ii) la historia de la inmunidad judicial.

3. Bradley v. Fisher: La Maduración de la Inmunidad Judicial

83. En 1872, apenas tres años después de su pronunciamiento sobre el alcance y los elementos de la inmunidad judicial en *Randall v. Brigham*, la Corte Suprema expresó su insatisfacción con la formulación de la doctrina anunciada en esa opinión. Aunque expansivos y funcionalmente casi absolutos, los contornos de la inmunidad tenían excepciones susceptibles de impugnación. La inmunidad parecía prácticamente absoluta, pero estaba lejos de ser imposible de contradecir. Estas cualificaciones, sin embargo, proporcionaron al campo de la justicia una razón suficiente para concluir que había espacio para reforzar la doctrina y, por lo tanto, el poder judicial como pilar institucional.

84. La formulación de *Randall v. Brigham* proporcionó dos cualificaciones para la recitación básica de la inmunidad, estableciendo que "es un principio general aplicable a todos los funcionarios

⁸⁶ Al concluir la opinión de la mayoría en *Cummings v. Missouri* el texto de la opinión dice: el MAGISTRADO JEFE, y LOS SRES. MAGISTRADOS SWAYNE, DAVIS, MILLER disidente.

En nombre de esta parte de la Corte, el Sr. Magistrado Miller dictó una opinión disidente. Este dictamen se aplica por igual o más al caso de *Ex parte Garland* (el caso siguiente), que involucró los principios de un carácter similar a los discutidos en este caso. Por lo tanto, el dictamen disidente se publica tras el dictamen de la Corte en dicho asunto [*Ex parte Garland*].

Cummings, 71 U.S. en 332.

judiciales, que no sean responsables a una acción civil por cualquier acto judicial hecho dentro de su jurisdicción."⁸⁷ Esta amplia formulación se clasificó primero añadiendo que "se ha sostenido que [los jueces de autoridad limitada e inferior] están protegidos sólo cuando actúan dentro de su jurisdicción."⁸⁸ En segundo lugar, a pesar de que se afirma que "no existe tal limitación con respecto a los jueces de autoridad superior o general,"⁸⁹ la proposición sostiene que la responsabilidad puede "tal vez"⁹⁰ cuestionarse "cuando los actos, en exceso de jurisdicción, se hacen maliciosa o corruptamente".⁹¹ Calificaciones en cuanto a la situación del juez y lo que parece ser el elemento *Scinter* se percibía que constituían debilidades doctrinales que obligaban a una reparación.

85. La oportunidad de abordar estas cuestiones, como parte del esfuerzo sistémico para fortalecer el poder judicial, reconstruir la nación y desarrollar las libertades civiles en el marco de la decimotercera y Decimocuarta Enmienda, surgió en la forma de lo que puede ser exactamente descrita como una placa de Petri de los hechos impares, históricos y traumáticos que comprenden *Bradley v. Fisher*. La importancia histórica del caso es tanto más significativa porque se desarrolla durante el juicio de junio 1867 de John H. Surratt, por el asesinato de Abraham Lincoln.⁹² El juicio por homicidio se celebró en la Corte Penal del Distrito de Columbia. El caso fue presidido por el juez George P. Fisher, un designado por Lincoln para servir en la recién creada Corte Suprema del Distrito de Columbia, después de haber servido en un tribunal de reclamaciones sobre Brasil en fomento de una comisión del Presidente Zachary Taylor, y como Procurador General del estado de Delaware. El juicio de Surratt por la conspiración del asesinato concluyó en agosto de 1867 cuando el jurado, incapaz de arribar a un veredicto,⁹³ fue dado de alta el 10 de agosto de 1868.

⁸⁷ *Randall v. Brigham*, 74 U.S. 523, 535 – 36 (1869).

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ *Id.*

⁹⁰ *Id.* (cursiva agregada).

⁹¹ *Id.*

⁹² *Bradley v. Fisher*, 80 U.S. 335, 344 (1871).

⁹³ La transcripción literal del controvertido juicio en el que se llevó a cabo claramente un aborto de la justicia dice lo siguiente con respecto a la aprobación de la gestión del jurado:

Sábado, 10 de agosto de 1867. A la una de la tarde, el fiscal distrito, y el prisionero y estando presente su abogado, el jurado apareció en la corte.

El secretario [p]uso las preguntas habituales: ' señores del jurado, ¿han acordado un veredicto? ' El Sr. Todd respondió con la negativa

el C] i: RT [ortografía en el original] dijo que había recibido esta mañana la siguiente comunicación por escrito del jurado:

Al Honorable Jorge P. Fisher, juez de la Corte Penal:

Señor: el jurado en el caso de los Estados Unidos vs John H. Surratt, muy respetuosamente, afirman que se encuentran precisamente ahora como cuando fueron elegidos por primera vez para entrar en el salón, casi igualmente divididos, y están firmemente convencidos de que no pueden hacer un veredicto. Consideramos que es nuestro deber para con la corte, para el país, y en vista de la condición de nuestros asuntos privados y la situación de nuestras familias, y en vista del hecho de que la salud de varios de nuestros miembros se está deteriorando gravemente bajo el prolongado confinamiento, y para hacer esta declaración, y pedirle a su Señoría que nos despidan de inmediato.

Muy respetuosamente presentado:

W. B. TODD

ROBT. Bola.

J. RUSSELL BARR.

Geo. A. BOHRER.

SCHNEIDER.

JAMES Y. DAVIS.

COLUMBUS ALEXANDER.

WM. McLEAN.

Benj. G. MORSELL.

B.E. GITTINGS.

W. W. NACIMIENTO.

El Tribunal preguntó si no había alguna cosa para ser dicha por el jurado debería ser dado de baja ahora.

El Señor Bradley dijo que el prisionero no dio su consentimiento a ninguna liberación del jurado. Si iban a ser dados de alta, él deseaba que entendieran que estaba en contra de su voluntad y protesta.

El fiscal del distrito, en nombre del gobierno, dejó todo el asunto a discreción de la corte.

86. El demandante en la acción subyacente fue Joseph H. Bradley, un abogado que practicaba ante la Corte Suprema del Distrito de Columbia. Bradley interpuso un reclamo contra el juez Fisher, en busca de daños por supuestas lesiones que el juez Fisher le hizo sufrir "por los actos deliberados, maliciosos, opresivos y tiránicos" del juez, que presumiblemente impidieron que Bradley ejerciera su derecho a practicar la abogacía ante la Corte Suprema del distrito de Columbia.

87. Específicamente, al descargar al jurado, el juez Fisher emitió una orden que prohibió a Bradley la práctica del derecho ante la Corte Penal del Distrito de Columbia. La orden contenía un recital narrando que el 2 de julio de 1867 durante el juicio de Surratt, "inmediatamente después de que el Tribunal había tomado un receso por el día, cuando [el juez Fisher] descendía del Banco, había sido abordado de una manera grosera e insultante por [Bradley, abogado del acusado John H. Surratt], acusando [al juez Fisher] de haber ofrecido [a Bradley] una serie de insultos desde el estrado desde el comienzo del juicio: que el juez entonces había negado toda intención de avanzar cualquier insulto en absoluto, y había asegurado al demandante que no le había animado ningún otro sentimiento más que el de respeto, pero que el demandante, lejos de aceptar esta explicación, o descargo de responsabilidad, había amenazado al juez con un castigo personal."⁹⁴

88. Una rareza adicional, que contribuye a la configuración fáctica extraordinaria del caso, es que la queja de Bradley se basó en un error fundamental por su parte, con respecto al cual, de alguna manera, concluyó que la orden del juez Fisher le impidió practicar ante la Corte Suprema del Distrito de Columbia, cuando de hecho, consonante con la orden, su nombre había sido eliminado del rol de abogado practicante ante el Corte Penal del Distrito de Columbia.⁹⁵ A pesar de la notoria frivolidad de la afirmación que se basaba en un simple error⁹⁶ la Corte aprovechó la oportunidad para reformular la doctrina de la inmunidad. Procedería a eviscerar (i) la limitación relativa a los jueces de la corte inferior, y (ii) el *Scinter*.

La Corte señaló que esta era la tercera comunicación de un tenor similar que había recibido del jurado. Si él pensara que había alguna posibilidad de que llegaran a un acuerdo en cuanto a la culpabilidad o la inocencia del prisionero, no tendría ninguna objeción a mantenerlos fuera más tiempo; pero suponiendo, a partir de la declaración hecha por ellos, que no se podía esperar ningún resultado, dirigió al jurado [ortografía original] ser descargado.

El prisionero fue enviado a la custodia del alguacil.

II JUICIO DE JOHN H. SURRETT EN EL TRIBUNAL PENAL PARA EL DISTRITO DE COLUMBIA, EL HONORABLE GEORGE P. FISHER, PRESIDIENDO, en 1379 (1867).

⁹⁴ *Bradley*, 80 U.S. en 344.

⁹⁵ El récord real que mantiene la Oficina de Asuntos Nacionales memorizando el pronunciamiento del juez Fisher refleja que la orden dice:

En el 2do día de julio pasado, durante el progreso del juicio de John H. Surratt por el asesinato de Abraham Lincoln, inmediatamente después de que la corte había tomado un receso hasta la mañana siguiente, cuando el juez que presidía descendía del estrado, Joseph H. Bradley, Esq., lo abordó de una manera grosera e insultante, acusando al juez de haberle ofendido (al Sr. Bradley) con una serie de insultos desde el estrado desde el comienzo del juicio. El juez negó cualquier intención de avanzar cualquier insulto en absoluto, y aseguró al Sr. Bradley que a él no le animaban otros sentimientos que los de respeto. El Sr. Bradley, lejos de aceptar esta explicación o descargo de responsabilidad, amenazó al juez con el castigo personal. Ningún tribunal puede administrar justicia ni vivir si sus jueces son amenazados con un castigo personal en todas las ocasiones, siempre que la irascibilidad del abogado se vea excitada por un insulto imaginario. El delito del Sr. Bradley es uno que ni siquiera sus años pueden paliar. No se puede pasar por alto ni quedar impune. Por lo tanto, se ordena que su nombre sea borrado del rol de abogados que practican en este Tribunal.

GEORGE P. FISHER

Juez de la Corte Suprema D.C.

Id. en 337.

⁹⁶ En cuanto a esta tesis, el Tribunal de Justicia manifestó ampliamente su conciencia del error, que a su vez da mayor peso al sentido de urgencia que se asocia a su percepción de la necesidad de complementar la norma de inmunidad judicial:

El demandante parece haber considerado esta orden del Tribunal Penal como una orden que lo desbararía de la Corte Suprema del distrito; y toda la teoría de la presente acción procede sobre esa hipótesis. La declaración en un conteo describe el Tribunal Penal como una de las ramas de la Corte Suprema, y en el otro recuento representa el orden del Tribunal Penal como una orden de retirar al demandante de la oficina de un abogado en la Corte Suprema de la Distrito. Y es por la supuesta expulsión de ese tribunal, y los supuestos daños consiguientes al respecto, que la acción es llevada.

Id. en 345.

89. Revisando su participación en *Randall v. Brigham*, en cuanto al idioma calificado de "a menos que, tal vez, cuando los actos en exceso de jurisdicción se hagan de manera maliciosa o corrupta", el Tribunal razonó que estas "palabras calificativas se insertaron bajo la sugerencia de que el idioma anterior establecía la doctrina de la exención judicial de responsabilidad a las acciones civiles en términos más amplios de lo necesario *para el caso bajo consideración*, y que si el idioma seguía sin estar calificado requeriría una explicación sobre algunas aparentemente conflictivas adjudicaciones encontradas en los reportes. No se pretendía como una expresión de opinión de que en supuestos casos tal responsabilidad existiría, sino para evitar la expresión de una doctrina contraria".⁹⁷ El principio de gobierno se formuló dentro de un marco de inmunidad absoluta. El principio aplicable que define ahora la inmunidad judicial reconoce que "los jueces de Cortes con jurisdicción superior o general no son responsables de acciones civiles por sus actos judiciales, *incluso cuando tales actos son superiores a su jurisdicción, y se alega que se han hecho maliciosa o corruptamente*".⁹⁸ En cuanto al término "en exceso de su jurisdicción" se trazó una distinción entre una "ausencia clara de toda jurisdicción sobre el tema" y un "exceso de jurisdicción". Se estableció un espacio estrecho para una posible responsabilidad en relación con casos extraordinarios, en los que la ausencia obvia e inequívoca de cualquier jurisdicción sobre la materia, obligaría a la conclusión de que se había usurpado la autoridad judicial, garantizando así la responsabilidad. En cambio, el "exceso de jurisdicción" se definió como un lugar común que justifica la protección contra la inmunidad:

Quando claramente no exista jurisdicción sobre la materia, toda autoridad ejercida es una autoridad usurpada, y para el ejercicio de dicha autoridad, *cundo el juez conoce la carencia de jurisdicción*, no hay excusa permitida. Pero cuando la jurisdicción sobre la materia sea investida por la ley en el juez, o en la Corte que él mantiene, la manera y el alcance en que se ejercerá la jurisdicción son, generalmente, preguntas para su determinación, tanto como cualquier otra pregunta involucrada en el caso, aunque sobre la exactitud de su determinación en estos detalles la validez de su juicio pueda depender. (énfasis añadido)⁹⁹

90. A pesar de su condición de caso seminal sobre la cuestión de la inmunidad judicial, la riqueza doctrinal de la decisión y del análisis correspondiente se ha pasado por alto. Ciertamente hay acuerdo en que *Bradley v. Fisher* es el caso seminal sobre la cuestión de la inmunidad judicial. La profundidad y la riqueza de su participación, sin embargo, se ha pasado por alto porque el principio del derecho, por el que se mantiene como una cuestión de conveniencia, ha sido abreviado a la proposición de que *a los jueces se les ha concedido inmunidad absoluta de enjuiciamiento civil*. Esta iteración de la orden en *Bradley v. Fisher* omite la única excepción que aborda la usurpación de la autoridad. Esta omisión es sumamente esencial para la comprensión de (i) el desarrollo de la inmunidad del árbitro, (ii) las razones por las que la importación al por mayor de la inmunidad judicial en la doctrina de la inmunidad absoluta del árbitro es disfuncional, y (iii) una premisa en apoyo de la afirmación de que la inmunidad absoluta del árbitro conduce necesariamente a la sobreprotección.

⁹⁷ *Id.* en 350.

⁹⁸ *Id.* en 350.

⁹⁹ *Id.* en 350 (cursiva agregada).

En aras de la exhaustividad, se proporcionó un ejemplo de un caso en el que "claramente no hay jurisdicción" y, por lo tanto, está presente la usurpación de la autoridad judicial:

Por lo tanto, si un tribunal de sucesiones, invertido sólo con la autoridad sobre los testamentos y la liquidación de las propiedades de las personas fallecidas, debe proceder a tratar a las partes por delitos públicos, la jurisdicción sobre el tema de los delitos que están totalmente queriendo en el Tribunal, *y esto es necesariamente conocido por su juez*, su Comisión no le daría protección en el ejercicio de la autoridad usurpada. Pero si, por el contrario, un juez de un Tribunal Penal, investido con la jurisdicción penal general sobre los delitos cometidos en un determinado distrito, debe tener un acto particular para ser un delito público que no es por la ley tipificada como delito, y proceder a la detención y TRIAL de una parte acusada de que tal acto, o debe sentenciar a una parte condenada a una sanción mayor que la autorizada por la ley en su debida construcción, ninguna responsabilidad personal a la acción civil por tales actos se adjuntaría al juez, aunque esos actos estarían en exceso de su jurisdicción, o de la jurisdicción del Tribunal de que dispone, ya que se trata de detalles para su consideración judicial, siempre que se invoque su jurisdicción general sobre el asunto.

Id.

91. La *usurpación de autoridad*, elemento de inmunidad judicial, no puede conceptualmente aplicarse a la inmunidad del árbitro. En los casos de arbitraje comercial internacional la doctrina de *Kompetenz-Kompetenz* haría que un análisis con base en la usurpación de la autoridad resultara prácticamente irrelevante, aun cuando la imaginación fuere a conjurar una configuración fáctica en la que dicho análisis se considerara aplicable.¹⁰⁰ Los límites doctrinales establecidos para la autonomía de las partes y la arbitrabilidad, casi con certeza, excluyen cualquier probabilidad razonable de casos similares a la usurpación de la autoridad judicial que la Corte explicó y describió en *Bradley v. Fisher*.¹⁰¹

IV. La Transposición de la Inmunidad Judicial a la Inmunidad Arbitral: El Cambio de Paradigma que Conduce a la Sobreprotección Sin Fundamento Normativo, Histórico o de Políticas

92. La inmunidad judicial absoluta prácticamente no calificada ha sido objeto de incorporación en la esfera del arbitraje internacional. Este desarrollo doctrinal ha madurado sin el beneficio de, al menos ocho, proposiciones no exhaustivas que configuraron y reconfiguraron el desarrollo y la expansión de los límites de la inmunidad judicial absoluta. El desarrollo, a su vez, dio lugar en el derecho consuetudinario a un grupo de inmunidades *judiciales* relacionadas.¹⁰² Desde un principio, ausente del desarrollo de la inmunidad arbitral está la rica historicidad que subyace en el desarrollo de la doctrina de la inmunidad judicial. Por lo tanto, la regla absoluta de inmunidad al árbitro carece de los momentos cruciales de la transformación histórica tanto inglesa como estadounidense, (i) las consecuencias naturales de la doctrina de que "el rey no puede hacer nada malo"¹⁰³ y (ii) el vector social-histórico de una Corte Suprema de los Estados Unidos de la era de la reconstrucción de la guerra civil que generó la doctrina de inmunidad judicial absoluta.¹⁰⁴

93. La doctrina de inmunidad absoluta al árbitro no es una heredera legítima de este legado histórico. En cambio, la doctrina fue el producto de un *tour de force* teniendo como causa y primer principio una analogía más que una serie de momentos históricos muy concretos, que se centraron en el funcionamiento específico de los tribunales judiciales como expresiones de la soberanía institucionalizada que debían salvaguardar a toda costa. Ningún alegato comparable puede atribuirse al papel de un árbitro en un arbitraje comercial internacional o en una disputa con base en tratados.

94. En segundo lugar, los casos estrechos que dan origen a la responsabilidad judicial en las reivindicaciones civiles, con base en una absoluta falta de jurisdicción, equivalen a un "abuso de jurisdicción", tanto teóricamente como prácticamente, ausente de los procedimientos arbitrales. Ninguna de esas excepciones a la responsabilidad puede formar parte de un marco basado en el consentimiento de las partes y circunscrito por las doctrinas de *arbitrabilidad* y competencia.

95. En tercer lugar, los sistemas de control comunes a los procedimientos judiciales minimizan la necesidad de acciones de daños civiles privados como un control apropiado de las infracciones judiciales. Los procedimientos de arbitraje carecen de sistemas de control y rendición de cuentas comparables por la mala conducta del árbitro. Por lo tanto, la utilización de causas privadas de acción como

¹⁰⁰ Véase *supra* n. 60.

¹⁰¹ El análisis no sería materialmente diferente con respecto a los arbitrajes inversionista-estado basados en tratados. De hecho, en cuanto a los procedimientos arbitrales presentados ante el centro internacional para la solución de controversias en materia de inversiones ("CIADI"), el proceso de cribado realizado como un predicado de registro de conformidad con el artículo 36 (3) del Convenio del CIADI y la regla de la institución 6, establecer además la inaplicabilidad de un análisis de la usurpación de la autoridad en el contexto del arbitraje internacional en general.

¹⁰² Ampliación de la inmunidad judicial a funcionarios, contadores, ingenieros, entre otros. Véase, por ejemplo., *Durham v. Reidsville Engineering Co.*, 120 S. E. 2D 564 (N.C. 1961); *Craviolini v. Scholer & Fuller Associated Architects*, 357 P. 2D 611 (Ariz. 1960); *Wilder v. Crook*, 34 So. 2D 832 (ala. 1948).

¹⁰³ Véase *supra* ¶¶ 23 - 35.

¹⁰⁴ Véase *supra* ¶¶ 50 - 63.

recurso apropiado para crear un efecto inhibitorio de la mala conducta del árbitro y para corregir los abusos de los árbitros es más justificada.

96. Cuarto, la inmunidad judicial y el grupo derivado de inmunidades que se adhieren al *sector público*, tienen actores cuyas responsabilidades son esenciales para el proceso judicial e igualmente necesarias para los fines de ejercer la soberanía del Estado a través de los sistemas judiciales y administrativos (reglamentarios). Están sujetos a controles y equilibrios jerárquicos sistémicos dentro de la estructura de las agencias. Todo este marco de referencia está ausente del arbitraje internacional y del papel de los árbitros. Además, estos funcionarios que forman parte del proceso judicial están (i) bajo el escrutinio oficial del gobierno y (ii) sujetos a restricciones de divulgación en registros públicos que hacen que sus decisiones sean susceptibles a las evaluaciones de rendimiento del público y a los efectos consecuentes de dichas evaluaciones públicas.¹⁰⁵ El arbitraje comercial internacional es privado y *Ad hoc*.¹⁰⁶ Por lo tanto, la necesidad de derechos de acción privados contra los árbitros está más reforzada.

97. Quinto, los contornos del desarrollo y la expansión de la doctrina de la inmunidad judicial, en parte, se basaron en el análisis de las fases de los procedimientos judiciales que (i) no tienen análogo alguno en los procedimientos arbitrales, y (ii) suelen exponer a los actores públicos que forman parte de la judicialidad, incluidos jueces y magistrados, a todo un universo de terceros no-partes con los que los árbitros no tienen tratos.¹⁰⁷

98. De ello se deduce que los funcionarios judiciales que son esenciales para la ejecución de las órdenes judiciales, por ejemplo, tienen el equivalente de una inmunidad judicial con base en una construcción expansiva de esa doctrina bajo la consideración de estos dos factores.¹⁰⁸ La ejecución de órdenes judiciales y juicios habitualmente concierne o afecta a terceros no-partes y, por lo tanto, crea una mayor exposición para los jueces y otros actores judiciales, los cuales son completamente ajenos a los procesos arbitrales. Independientemente de las voces que afirman que los procedimientos arbitrales son actos internacionales autónomos que no están sujetos a limitaciones geopolíticas,¹⁰⁹ el hecho es que los laudos internacionales de arbitraje comercial no son, ni pueden ser, autoejecutables. Debido a estas razones, naturaleza y construcción, su eficacia y aplicación práctica definitiva dependen totalmente de los tribunales judiciales.¹¹⁰

¹⁰⁵ Véase Ley de mejoramiento de la FOIA de 2016, señalando que las presentaciones judiciales y los registros públicos están abiertos al público. California, Colorado, Nueva Jersey, Texas y Washington, entre otros, tienen sus propios estatutos relativos a los registros públicos.

¹⁰⁶ *Supra* n. 3.

¹⁰⁷ *Supra* ¶¶ 7 – 9, 81 – 82.

¹⁰⁸ Véase *supra* ¶¶ 14 – 16, 80 – 82.

¹⁰⁹ Véase Sitio web del CIADI, descripción de los procesos (consultado el 12 de marzo de 2019), <https://icsid.worldbank.org/en/pages/process/overview.aspx>, estableciendo: "el Convenio del CIADI establece el marco procesal básico para la conciliación y el arbitraje de los litigios de inversión que surjan entre los Estados miembros del CIADI y los inversores que califican como nacionales de otros Estados miembros. *Es un tratado entre los Estados miembros que establece un sistema independiente, imparcial y autónomo.*" (cursiva agregada).

¹¹⁰ Véase Convención de las Naciones Unidas sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, en el artículo V, por la que se establece:

1. El reconocimiento y la ejecución de la adjudicación podrán denegarse, a petición de la parte contra la que se invoca, únicamente si dicha parte le suministra a la autoridad competente en la que se solicita el reconocimiento y la ejecución, prueba de que:
 - un Las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II eran, en virtud de la ley aplicable a ellos, bajo cierta incapacidad, o dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a la que las partes la sometieron o, en su defecto, en virtud de la legislación del país donde se realizó el laudo; O
 - (b) la parte contra la cual se invoca el laudo no recibió la debida notificación del nombramiento del árbitro o del procedimiento de arbitraje o de lo contrario no pudo presentar su caso; O
 - (c) El laudo se ocupa de una diferencia que no se contempla o no está comprendida en los términos de la sumisión al arbitraje, o que contiene decisiones sobre asuntos fuera del alcance de la sumisión al arbitraje, siempre que, si las decisiones sobre asuntos sometidos a arbitraje pueden separarse de los no presentados, la parte del laudo que contiene decisiones sobre asuntos sometidos a arbitraje puede ser reconocida y ejecutada; O

99. Sexto, la expansión de la doctrina a los no jueces *siempre* tuvo lugar en el contexto de la rúbrica e incidente historicidad del proceso judicial. Ni los elementos de ese proceso ni sus fundamentos históricos forman parte del arbitraje comercial internacional. Por lo tanto, la transposición de la inmunidad judicial a la inmunidad del árbitro, con la fuerza sólo de una analogía superficial relativa a aspectos *aparentemente* compartidos de adjudicación que, de hecho, no pueden resistir un análisis sostenido, es conceptualmente defectuoso y conduce a un funcionamiento práctico adverso. Los males de la sobreprotección no pueden ser vigilados.

100. Estas consecuencias, a su vez, dan lugar a mayores gastos, ineficiencias, preocupaciones materiales de divulgación y preguntas relativas a la legitimidad del proceso. El estándar "necesario para el proceso judicial" es completamente extrínseco a los procedimientos arbitrales.

101. En séptimo lugar, la consecuencia práctica de injertar la inmunidad judicial en los árbitros internacionales conduce a una disidencia sistemática de los principios más fundamentales y sacrosantos que el arbitraje pretende no sólo para salvaguardar sino avanzar: eficiencia y conveniencia. La sobreprotección derivada de la inmunidad absoluta provoca un cambio de costos imprevisto e involuntario. Como se ha señalado,¹¹¹ la sobreprotección fomenta la cobertura de riesgos por parte de los árbitros, así como la proliferación y aplicación de un criterio subjetivo propicio para la no divulgación y el abuso de discreción.

102. Octavo y finalmente, la adjudicación judicial es razonable y cuidadosamente restringida.¹¹² Incluso el estándar liberal del derecho consuetudinario de los Estados Unidos del "abuso de discreción" genera controles considerables sobre las resoluciones interlocutorias y dispositivas.¹¹³ Estas restricciones de responsabilidad de la apelación minimizan la necesidad de acciones de daños civiles privados como un medio para desalentar y controlar la mala conducta judicial intencional o negligente. Los árbitros no son susceptibles a los imperativos de una rendición de cuentas análoga, mucho menos idéntica. Por el contrario, la discreción del árbitro es práctica y teóricamente absoluta.¹¹⁴ Además, además de la naturaleza desenfrenada del poder inherente de la discreción del árbitro, el arbitraje carece de recurso de apelación.¹¹⁵

(d) la composición de la autoridad arbitral o el procedimiento arbitral no estaba de acuerdo con el acuerdo de las partes, o, en su defecto, no estaba de acuerdo con la ley del país donde se llevó a cabo el arbitraje; O

Y El premio aún no ha sido vinculante para las partes, o ha sido revocada o suspendido por una autoridad competente del país en el que, o bajo la ley de la cual, se hizo ese laudo.

2. El reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral también podrán denegarse si la autoridad competente del país en el que se solicita el reconocimiento y la ejecución constata que:

un El objeto de la diferencia no es capaz de liquidación por arbitraje bajo la ley de ese país; O

b El reconocimiento o la ejecución de la adjudicación sería contrario a la política pública de ese país.

Convención de Nueva York.

¹¹¹ *Supra* en ¶¶ 22, 49.

¹¹² *Id.*

¹¹³ Véase, por ejemplo., *Commonwealth v. Chism*, 476 Misa. 171 (2017); *Herman v. Hartford Life & Ins. co.*, 508 F. App'x 923 (11º CIR. 2013); *Reaves v. Tucker*, 800 S. E. 2D 188 (va. CT. app. 2017).

¹¹⁴ Véase PEDRO J. MARTÍNEZ-FRAGA, *Developing Equipoise between Party-Autonomy and the Inherent Power of Arbitrator Authority in the Gathering of Evidence in International Arbitration*, *En INHERENT POWERS OF ARBITRATORS*, 209 – 45 (Franco Ferrari & Friedrich Rosenfeld Eds., 2018).

¹¹⁵ Es la ley de la hornbook que los laudos arbitrales no son apelables. Sólo pueden ser reservados de conformidad con la legislación nacional del asiento (no necesariamente sede) del procedimiento de arbitraje. Así, a modo de ejemplo, la ley federal de arbitraje (9 U.S.C. § 1 – 14 (1964)), en la sección 10 se establece el caso *solamente* en cualquiera de los siguientes *Cinco* Motivos:

En cualquiera de los siguientes casos, el Tribunal de los Estados Unidos en y para el distrito en el que se hizo el laudo puede hacer una orden para descartar el laudo por solicitud de cualquier parte en el arbitraje.

- (1) cuando el laudo haya sido adquirido por corrupción, fraude o medios indebidos;
- (2) donde haya habido evidente parcialidad o corrupción en los árbitros, o cualquiera de ellos;
- (3) cuando los árbitros fueran culpables de mala conducta al negarse a posponer la audiencia, por la causa suficiente demostrada, o al negarse a escuchar pruebas pertinentes y materiales para la controversia; o de cualquier otro mal comportamiento por el cual los derechos de cualquier parte hayan sido perjudicados; o
- (4) donde los árbitros excedieron sus poderes, o los ejecutaron tan imperfectamente que no se hizo un laudo mutuo, definitivo y sobre el tema presentado.

103. Estas premisas, sin embargo, no han desempeñado papel alguno en la calificación o la templanza de la importación sin restricciones de la historicidad y los elementos doctrinales de la inmunidad judicial, en los procedimientos arbitrales. Los poderes seductores de una analogía ostensiblemente atractiva no pueden subestimarse. El brillo de la función resolutoria, incluso dentro del marco idiosincrásico de un procedimiento arbitral, distrae de los diferenciadores más sustantivos, pero menos evidentes. Lo que sutilmente apareció, por primera vez, como "la aplicación"¹¹⁶ de la doctrina de la inmunidad judicial a los árbitros," se convirtió en "la inmunidad del árbitro" del derecho consuetudinario.¹¹⁷

V. Conclusión

104. La historia enseña que, de hecho, el rey a menudo hace mal a sus súbditos, y tal vez con mayor regularidad, concibe la maldad. También aprendemos que, como en la era de la reconstrucción de la post guerra civil de Estados Unidos, existía un imperativo, y ciertamente uno justificado por la razón y la equidad, de fortalecer los fundamentos doctrinales de lucha de la institución judicial, asediada social, política y económicamente, cuyo trabajo era salvar la Unión y navegar por las aguas no codificadas de la aplicación de las enmiendas de la reconstrucción de la guerra civil.

105. Las relaciones de raza eran menos que claras en ese momento, incluso más de lo que son hoy en día. La configuración de una fuerza laboral posterior a la guerra civil era una completa desconocida. ¿Quién reemplazaría el trabajo de los esclavos? ¿Esto era posible? El estatuto y el significado sustantivo conceptual del término "ciudadano" suscitan interrogantes y generan incertidumbres para las que no hay respuestas o principios guías claros. Lo único que quedaba y parecía cierto era la *existencial* necesidad de tener un sistema judicial con la legitimidad suficiente para mantener unida a una nación con cicatrices. La inmunidad judicial se desarrolló legítimamente como una doctrina absoluta durante un período de relatividad fundacional.

106. Una revisión de las autoridades seminales establece múltiples capas de suposiciones no probadas y análisis equivocados, culminando en una doctrina de derecho común de la inmunidad absoluta del árbitro, indistinguible de su contraparte de primogenitura judicial.

(b) si se descarta un laudo y el momento en el que el acuerdo requirió que se hiciera el laudo no ha expirado, el Tribunal podrá, a su discreción, dirigir una re-audiencia por los árbitros.

La subsección (4) (c) proporciona un ejemplo del amplio Asistente de alcance para *Cualquier* procedimiento judicial debido a la medida en que tales acciones pueden hacer frente a los no-partes, en contraste con el arbitraje en virtud del cual los árbitros no tienen jurisdicción sobre los no-partes. De hecho, incluso con el limitado propósito de desalojar un laudo, un tribunal puede entretener documentos para caso presentados por no partes en el arbitraje, siempre y cuando se cumplan las normas rudimentarias permanentes. La sección 4) c) dice así:

(c) El Tribunal de distrito de los Estados Unidos para el distrito en el que se hizo un laudo que se emitió de conformidad con la sección 590 del título 5 puede hacer una orden de desalojo de la adjudicación sobre la aplicación de una persona, que no sea una parte en el arbitraje, que se ve afectada negativamente o agraviado por el laudo, si el uso del arbitraje o el laudo es claramente incompatible con los factores establecidos en la sección 582 del título 5.

Id.

Además de la ausencia de derechos de apelación y sólo la revisión para anular el laudo por motivos estrechos, mejorando así la necesidad de acciones privadas por daños civiles como medio para desalentar y controlar la mala conducta del árbitro, en los Estados Unidos, por ejemplo, las partes en un arbitraje están proscritas a aceptar la inserción de cláusulas en los acuerdos de arbitraje que piden un examen de apelación en cualquier terreno. Véase *Hall Street Assocs., L.L.C. v. Mattel, Inc.*, 552 U.S. 576 (2008) (sosteniendo que "se extendería [la FAA] principios interpretativos básicos para ampliar los fundamentos declarados hasta el punto de la revisión probatoria y jurídica en general. Las secciones 10 y 11, después de todo, abordan las desviaciones flagrantes del arbitraje acordado de las partes: "corrupción", "fraude", "parcialidad evidente", "mala conducta", "mal comportamiento", "exceder ... poderes", "error evidente del cálculo del material", "fallo material evidente", "laudo [s] sobre un asunto no presentado"; el único terreno con un enfoque más suave es el de 'iones imperfectos', y un tribunal puede corregirlos sólo si van a '[una] cuestión de forma que no afecte a los méritos").

¹¹⁶ *Supra* ¶¶ 15 – 16, 25, 50 – 56, 83 – 91.

¹¹⁷ *Id.*

107. La doctrina de la inmunidad judicial fue transportada al espacio del arbitraje sobre la superficie de un argumento con base en la analogía, que no intentó examinar las diferencias fundamentales entre las políticas pertenecientes al ejercicio por el Estado de la soberanía judicial y la contrastante adjudicación de disputas privadas entre ciudadanos individuales.

108. La doctrina de inmunidad del árbitro se desarrolló de maneras que son intrigantes. La metodología comenzó, por vez primera, con una premisa falsa basada en el argumento por analogía; es decir, la adjudicación del árbitro es materialmente indistinguible de la adjudicación judicial. La analogía como instrumento conceptual de análisis se asumió y nunca se probó. La historicidad relativa al desarrollo de una doctrina de la inmunidad judicial absoluta nunca se consideró en el segundo paso de la metodología aplicada en el desarrollo de la doctrina de inmunidad del árbitro.

109. Este segundo paso consistió en aplicar la inmunidad judicial de las acciones civiles a los árbitros. Cómo, cuándo y en qué circunstancias se concedió a la inmunidad judicial una protección absoluta contra las reivindicaciones civiles, nunca formó parte del análisis. La posición del poder judicial como tercera rama del gobierno nunca se comparó con el modesto papel que tiene el arbitraje. El arbitraje, no importa cuán pragmático sea, no es un ejercicio de soberanía. No puede ser un pilar del Estado.

LA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DEL CONVENIO ARBITRAL INTERNACIONAL EN EL MARCO DE LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA. UNA REALIDAD Y UN CONFLICTO CADA VEZ MÁS FRECUENTE.

THE SUSPENSION OF THE EFFECTS OF THE INTERNATIONAL ARBITRATION AGREEMENT WITHIN THE SCOPE OF THE CROSS-BORDER INSOLVENCY. A REALITY AND A CONFLICT INCREASINGLY MORE FREQUENT.

MARÍA DOLORES MARTÍNEZ MELÓN

*Doctora en Derecho. Profesora Asociada de Derecho Internacional Privado
Universidad de Cantabria*

Recibido: 15.01.2010 / Aceptado: 01.07.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5622>

Resumen: Este estudio analiza los puntos de fricción que se producen cuando interactúa un convenio arbitral internacional y un concurso de acreedores al albor de una sentencia dictada recientemente por el Juzgado de lo Mercantil de Santander en incidente concursal y que acuerda la suspensión de los efectos de la referida cláusula arbitral. Se hace un recorrido analítico en busca de la norma de conflicto y selección de ley aplicable para recalcar en el análisis del artículo 52.1 de la LC, con una visión crítica de la suspensión judicial acordada, de las posibilidades de nulidad de la cláusula compromisoria y la valoración del perjuicio para el concurso. Finalizamos con la problemática de los efectos extraterritoriales de la sentencia judicial.

Palabras clave: insolvencia, convenio arbitral internacional, declaración de concurso, suspensión y nulidad del convenio arbitral, perjuicio concursal.

Abstract: This study analyses the points of friction that arise as a consequence of the interaction between an international arbitration agreement and an arrangement of creditors in the light of a judgement recently passed by the Commercial Court of Santander during a bankruptcy proceeding and which agrees to suspend the effects of the previously mentioned arbitration clause. An in-depth analysis was carried out to identify the conflict-of-law rule and select the law to be applied, which led to the analysis of the article 52.1 of the LC. The analysis critically evaluated the agreed judicial suspension, the possibilities of nullity of the arbitration clause and the assessment of the negative effects to the arrangement of creditors. Finally, a review of the extraterritorial effects of the judicial sentence is presented.

Keywords: insolvency, international arbitration agreement, declaration of bankruptcy, suspension and nullity of the arbitration agreement, detriment to the arrangement of creditors.

Sumario: I- Introducción. II. El conflicto de la cláusula compromisoria arbitral y la insolvencia desde una perspectiva intracomunitaria. Enfoque general 1. Planteamiento del conflicto. 2. Dificultades de partida en el ámbito internacional. 3. Escenario en el que nos encontramos y enfoques del tratamiento. III. La búsqueda de la norma conflictual en el sistema de insolvencia transfronteriza de la UE, partiendo del asunto *DelFuego Booking*. 1. Asunto *DelFuego Booking*, S.L (Concursada)

y el artista *David Guetta*. Planteamiento de la cuestión. 2. La institución del arbitraje comercial internacional en relación con la *vis attractiva concursus* y el Reglamento (CE) nº 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia. 3. La innecesaria interpretación sistemática del Reglamento sobre procedimientos de Insolvencia nº 2015/848, de 20 de mayo de 2015. El acogimiento de la *vis attractiva concursus*. IV. La aplicación de la ley concursal española sobre el convenio arbitral internacional. 1.- De nuevo con la *vis attractiva concursus*. 2.- Tratamiento del arbitraje: sistema monista o dualista. 3.- ¿Puede entonces el juez concursal acordar la nulidad de la cláusula compromisoria con motivo del análisis de la suspensión de los efectos? V. A vueltas con la suspensión del convenio arbitral. Delimitación conceptual. 1.- La suspensión acordada en el asunto *DelFuego Booking y David Guetta*. 2.- La suspensión de los efectos del convenio: una medida cautelar. VI. El perjuicio para la tramitación del concurso como causa de la suspensión. 1. Valoración judicial del perjuicio en el asunto *DelFuego Booking y David Guetta*. 2. El fraude como causa de anulación de los convenios a tenor de la norma concursal. VII. A modo de cláusula de cierre, y a vueltas con la reverencia que el art. 52.1 in fine hace a los tratados internacionales. 1. Efectos de la resolución judicial acordando la suspensión frente a terceros Estados miembros de la UE. 2. Reconocimiento de los efectos de la resolución suspensiva frente a Estados no miembros de la UE. Una problemática añadida en el asunto *DelFuego Booking y David Guetta*. VIII. Conclusiones.

I. Introducción

1. El recurso por excelencia al arbitraje internacional como solución alternativa a la resolución de conflictos en el ámbito de la contratación internacional, y el inevitable problema de la insolvencia intracomunitaria, previsiblemente más concurrente a tenor de las circunstancias por todos conocidas, la pandemia originada por el virus denominado la Covid-19, han venido provocando, y provocarán, sin duda, situaciones problemáticas y complejas. Las mismas habrán de afrontarse con los recursos jurídicos de los que disponemos lo que no obsta para optar al merecimiento de una respuesta legislativa tanto a nivel nacional como internacional. Consideramos que este hubiera sido un momento óptimo dadas las deficiencias encontradas.

2. La nueva Directiva Europea nº 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019¹, en íntima relación con el Reglamento (UE) nº 2015/848, de 20 de mayo de 2015², en lo que respecta a la finalidad de promoción de la preconcursalidad, permitiría atenuar parcialmente la inseguridad jurídica que hasta este momento ha venido siendo atajada doctrinal y jurisprudencialmente, entre otros, por el asunto *Syska Elektrim S.A Vivendi Universal S.A*³, asunto *Pirelli y C.S.P.A*⁴ y recientemente(2019), por el asunto *DelFuego Booking, S.L*(Concursada) y el artista *David Guetta*⁵.

3. Este último asunto será objeto de tratamiento y análisis crítico en el presente trabajo toda vez que la sentencia parte de unos fundamentos jurídicos y jurisprudenciales que en parte entendemos superados, no solo al albor de la normativa posterior que fue dictada en el ámbito nacional e internacional, sino a tenor de la naturaleza de la pretensión instada por la entidad mercantil concursada al juez que declaro el concurso. En todo caso, sentimos la necesidad de un nuevo Reglamento de insolvencia transfronteriza que acoja la armonización de los aspectos esenciales como los que vamos a analizar.

¹ Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). DOUE» núm. 172, de 26 de junio de 2019.

² Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido) DOUE L 141/19.

³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de octubre de 2008 *Syska Elektrim v. Vivendi*, High Court of Justice (Queen's Bench Division). (www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2008/2155.html).

⁴ Auto de 29 de abril de 2009 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª). (EDJ 2009/260256). En España, el asunto *Pirelli* es el de mayor importancia.

⁵ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Santander, de 30 de septiembre de 2019, Cendoj (EDJ 2019/1003). ECLI: ES: JMS:2019:1003

II. El conflicto de la cláusula compromisoria arbitral y la insolvencia desde una perspectiva intracomunitaria. Un enfoque general

1. Planteamiento del conflicto

4. El planteamiento de la controversia obliga a partir del análisis del origen que es claramente de naturaleza conceptual y procedimental. El arbitraje es un mecanismo eminentemente privado de resolución de controversias cuyo régimen jurídico reconoce a las partes amplia autonomía contractual para decidir acerca de su existencia, diseño y funcionamiento. Por su parte, el derecho concursal se asienta en una concepción colectiva y universal del problema que lo desencadena, con una clara finalidad de maximizar las opciones de respuesta a los acreedores en situaciones de insuficiencia patrimonial, a la par que dotar de una nueva oportunidad al concursado, creando y facilitando opciones preventivas de reestructuración, e incluso ofertando posibilidades de exoneración parcial del pasivo al concursado, lo que inevitablemente viene alterando el principio de *pacta sunt servanda* y las relaciones jurídico-privadas del deudor⁶.

5. La traslación del mentado planteamiento al plano internacional imprime mayor complejidad cuando ambas instituciones interaccionan, ya que pueden darse situaciones en las que una de las partes en un convenio arbitral deviene insolvente, o se encuentre ante un peor escenario, ha sido judicialmente declarada en concurso de acreedores. Este escenario despliega generosas dudas respecto a las posibilidades de coexistencia entre una situación concursal y las obligaciones arbitrales internacionales contraídas⁷.

2. Dificultades de partida en el ámbito internacional

6. Los puntos de fricción relacionados exigen anunciar el primer escollo con el que nos encontramos, el referente a las normas que gobiernan los efectos de un procedimiento de insolvencia sobre el arbitraje internacional, pues ni la Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958⁸, ni el Convenio europeo sobre arbitraje internacional hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961⁹, contienen una regulación sobre los aspectos referidos¹⁰.

7. El segundo gran obstáculo hallado es el referente a que la institución concursal carece actualmente de un tratamiento específico, sistemático y unitario de la materia¹¹ tanto en el ámbito nacional como en el internacional, por lo que la búsqueda de la norma de conflicto y selección de ley aplicable se avecina tortuosa atendiendo a si en esa interacción institucional interfiere el derecho internacional privado y, en su caso, si podemos llegar a identificar la ley o la norma que debe ser empleada para analizar

⁶ Sobre los principios, *vid.* A. ROJO, “El Derecho concursal”, en R. URÍA / A. MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil II*, 2ª Ed., Civitas, Madrid, 2007, pp. 900-901.

⁷ Sobre la regulación del arbitraje en la Ley Concursal *vid.*, entre otros, E. VERDERA Y TUELLS, “Reflexiones preeliminares sobre el arbitraje en la Ley Concursal”, en: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 3295-3354; P. PERALES VISCASILLAS, “Los efectos del concurso sobre los convenios arbitrales en la Ley Concursal 22/2003 (I y II)”, *Diario La Ley*, Núms. 6035 y 6036, 8 y 9 de junio de 2004.

⁸ Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 junio 1958 (BOE núm. 164, 11 julio 1977).

⁹ Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra, el 21 abril 1961 (BOE núm. 238, 4 octubre 1961)

¹⁰ Sobre ambos instrumentos jurídicos internacionales *vid.* M. GÓMEZ JENE, *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: la eficacia del laudo arbitral*, Colex, Madrid, 2000, pp. 34-90.

¹¹ En el ámbito nacional ha habido grandes reformas, hasta 28 se han contabilizado desde que fue aprobada la Ley concursal por ley 22/2003, de 9 de julio, BOE núm. 164 de 10 de julio de 2003.

En reciente Texto refundido de fecha 6 de mayo de 2020 se ha codificado la normativa concursal, BOE número.127, de 7 de mayo de 2020.

la “eficacia” del convenio arbitral internacional una vez haya sido declarado el concurso de acreedores, ya sea este de carácter nacional o transfronterizo.

3. Escenario en el que nos encontramos y enfoques del tratamiento

8. Nos encontramos ante un escenario, el concursal y el arbitral, con numerosa doctrina y precedentes judiciales que apelan a la naturaleza de cada institución como forma de acaparar protagonismo, con diferentes regímenes de Derecho internacional privado y una lógica conflictual diferente que debiera llevarnos a un mismo resultado.

9. El enfoque del tratamiento obliga a partir de la ley concursal española toda vez que en el asunto objeto del objeto de análisis, *DelFuego Booking y David Guetta*, se solicita por la entidad concursada la suspensión de los efectos del convenio arbitral internacional una vez ha sido declarado el concurso de acreedores en territorio español, de conformidad con el artículo 52.1 LC.

10. El artículo 52.1 LC establece dos premisas fundamentales en cada uno de los apartados que lo componen de las que necesariamente hemos de partir. El primero proclama que la declaración de concurso no implica, por si sola, que los pactos de mediación y los convenios arbitrales suscritos por el concursado queden afectados. No obstante, refiere el precepto que podrán suspenderse por el juez los efectos de tales actos si considera que pueden suponer un perjuicio para la tramitación del concurso. En el apartado 2, el precepto, y sin ambages, garantiza el respeto a la cláusula compromisoria cuando a la fecha de la declaración del concurso de acreedores el procedimiento arbitral ya esté en tramitación.

11. El artículo 52 LC fue objeto de modificación por ley 11/2011, de 20 de mayo, de Arbitraje, con la finalidad de adaptarse a las soluciones comunitarias en la materia, pasando de una regulación contraria a mantener la vigencia de los convenios arbitrales antes de la declaración de concurso a una posición *pro* convenio arbitral. Esta modificación resulta esencial a los efectos que nos ocupan pues el espíritu de la reforma no solo nos ha de guiar en la búsqueda de la norma de conflicto y selección de ley aplicable, sino también en el hecho, no menos importante, de que los precedentes judiciales, asunto *Syska Elektrim S.A y Vivendi Universal S.A*, y asunto *Pirelli y C.S.P.A*, anteriores ambos a la reforma, pueden no resultar de útil aplicación, como vienen, sin embargo desoyendo gran parte de las resoluciones que se dictan, entre ellas la del asunto *DelFuego Booking y David Guetta*, como también lo hace la mayoría de la doctrina con motivo de los diferentes comentarios efectuados a las referidas resoluciones.

12. Luego, si el espíritu de la reforma concursal por Ley de arbitraje el 20 de mayo 2011 lleva inherente una protección de los convenios arbitrales dentro del procedimiento concursal, reforma que también se produjo en el ámbito comunitario, de la que aquella trae causa, lo que vino a ocasionar fue la quiebra de la respuesta normativa dada hasta ese momento.

13. También se produce un nuevo silogismo que es obviado por la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia citada, como abordaremos en este trabajo, el referente al acto o resolución suspensiva que excepcionalmente puede acordar el juez concursal de los efectos de la cláusula compromisoria a tenor del art. 52.1 LC. Considero que la suspensión y su tratamiento no debe confundirse con la validez del convenio arbitral. Cometer ese error no solo nos lleva a una valoración del perjuicio para la tramitación del concurso diametralmente opuesta, sino que en la búsqueda de la norma de conflicto partimos de un nuevo error de calificación.

14. El enfoque del tratamiento anunciado no debe pasar por alto la última de las consideraciones prácticamente unánimes de la doctrina, a la que sigue la jurisprudencia consultada, y con la que estoy en manifiesto desacuerdo, la referente a la alusión que el artículo 52.1 LC hace a los tratados internacionales. No asumo que nos encontremos ante una referencia impertinente por inútil porque a la postre viene

a permitir al juzgador que pueda abordar en vía incidental, y si existen razones fácticas y jurídicas para ello, la nulidad del convenio arbitral, aplicando, ahora sí, los convenios de Nueva York y Ginebra que regulan la referida materia.

15. A tenor de lo anteriormente expuesto, si la norma de conflicto que resulta de aplicación, que ya adelantamos se trata del Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo sobre procedimientos de Insolvencia 2015/ 848, de 20 de mayo de 2015¹², recalca ante el juez que acordó la apertura del procedimiento concursal, en nuestro caso el juez de lo mercantil número 1 de los de Santander, entendemos que muchas de las argumentaciones son innecesarias, y unas pocas, no por ello menos importantes, son erráticas.

16. En este estado de la cuestión, anunciamos como metodología de trabajo la siguiente: expondremos los datos fácticos y jurídicos y los criterios de búsqueda de la norma de conflicto por parte del juez concursal en el asunto *DelFuego Booking y David Guetta*, algunos de los cuales compartimos, entre otras, la inevitable interpretación sistemática de los Reglamentos de insolvencia comunitarios, para pasar a centrarnos en el análisis de nuestro derecho concursal¹³, especialmente en el análisis del artículo 52, apartado 1 de la ley concursal (LC)¹⁴.

17. Serán objeto de tratamiento los aspectos críticos apreciados en la sentencia judicial, mostrando especial atención en el sentido y efectos que el juez otorga a la posibilidad de la suspensión de los efectos de la cláusula, toda vez que decreta de forma tácita la nulidad, cuando por prescripción legal lo que debe acordar es una medida cautelar de suspensión de los efectos con la posibilidad de ser alzados.

El haber adoptado referida resolución ha implicado que el perjuicio que la sustenta se base en un manejo de parámetros diferentes a los que exige la suspensión como medida cautelar y lo que es más gravoso, que permita aflorar las normas de competencia judicial internacional cuando lo que procede es suspender la posibilidad de acudir a la vía arbitral hasta en tanto en cuanto no se alce la medida acordada.

18. Defendemos igualmente, y en su momento argumentaremos que, si judicialmente se opta por acordar la suspensión de los efectos de la cláusula compromisoria suscrita, los efectos inherentes difieren de los que permite la declaración de nulidad. Dicha nulidad puede acordarse por el juez concursal, en vía incidental, pero para ello debe valorar las causas que la sugieren a tenor de los tratados internacionales a los que alude el art. 52, *in fine* de la LC. En esta misma línea defendemos como tercera opción que el juez concursal también está legitimado para abordar la existencia de un posible fraude en la inserción de la cláusula compromisoria si ve méritos para ello, pero esta vez la legitimación se la concede el art. 53 LC. Veremos que no se ha adoptado ninguna de las opciones propuestas en el asunto *DelFuego Booking y David Guetta* pese a que el juzgador concursal las tenía a su alcance.

III. La búsqueda de la norma conflictual en el sistema de insolvencia transfronteriza de la UE, partiendo del asunto *DelFuego Booking y David Guetta*

19. Planteado el conflicto en los términos expuestos, es decir, cuando confluye una cláusula arbitral que está inerte al momento en que uno de los suscribientes de la misma ha sido declarado en concurso, hemos de anunciar que han sido criterios jurisprudenciales los que sucesivamente en el tiempo

¹² DOUE L 141/19, de 5 junio 2015 (RI bis). Reglamento que vino a refundir el Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia DOUE L 160, de 30 junio 2000. Ambos reglamentos no son aplicables en Dinamarca.

¹³ Son numerosos los trabajos que se han encontrado sobre este precepto, pero consideramos uno especialmente importante, que incluso ha sido referenciado en la sentencia del asunto *DelFuego Booking y David Guetta*, M.A. PENEDÉS FONS, *Insolvencia Transfronteriza y Arbitraje comercial internacional* (Tesis doctoral), Universidad de Valencia, 2015.

¹⁴ Valoraremos la nueva redacción del precepto a tenor de la reciente promulgación del Texto Refundido de la Ley Concursal de fecha 6 de mayo de 2020, BOE 7 de mayo de 2020, que entrará en vigor el día 1 de septiembre de 2020.

han ido asumiendo la labor de búsqueda de la norma de conflicto para dar una respuesta judicial puntual a las controversias planteadas toda vez que ni los Reglamentos comunitarios ni los tratados en vigor daban una puntual respuesta. En el asunto *DelFuego Booking y David Guetta* se ha partido de la referida jurisprudencia y en especial de los asuntos *Elektrim* y *Pirelli* a sabiendas de que cada uno de los asuntos partían de datos fácticos y anunciaban matices diferentes¹⁵.

20. La razón por la que hemos elegido el análisis del asunto *DelFuego Booking y David Guetta* y no otro, se debe a que la norma de conflicto susceptible de ser aplicada es el Reglamento 2015/848 y no su predecesor, lo que nos permite no solo romper con los criterios sentados por los paradigmáticos asuntos referenciados y ahondar en unos nuevos, sino también dar una respuesta innovadora a una generalidad de cuestiones de gran calado práctico, es decir, a la relación de conflicto que existe entre una cláusula arbitral internacional que no ha sido activada y la situación de insolvencia que ha sido declarada judicialmente respecto a una de las partes y en territorio español, y que nos lleva a aplicar el art. 52.1, reformado por ley 20/2011, de 20 de mayo de Arbitraje, que a su vez viene a romper moldes respecto a la normativa y criterios jurisprudenciales seguidos hasta ahora.

Ello nos obliga a reformular de nuevo una serie de preguntas: ¿derogan las reglas concursales todos los efectos de una cláusula arbitral pese a estar inactiva? ¿o sobreviven y en qué medida, a los efectos de un procedimiento de insolvencia?, ¿quién goza de mayor protección, la institución arbitral o la concursal?¹⁶

21. Ha de darse debida respuesta a cada una de las cuestiones pues ya no pueden ser los asuntos *Elektrim* y *Pirelli* los que sienten precedente, como así parece sugerir la sentencia del asunto *DelFuego Booking y David Guetta*. Es cuestión de tiempo que pronunciamientos sobre conflictos similares se produzcan y es más que previsible también que el sentido de la decisión sea distinto en cada uno de ellos. Es una materia plagada de incertidumbres que debe ser, como ya se ha adelantado, debidamente regulada, aunque a corto plazo nos mostremos pesimistas¹⁷. Pese a ello, creo dar debida respuesta a las cuestiones planteadas en este trabajo.

1. Asunto *DelFuego Booking, S.L*(Concursada) y el artista *David Guetta*. Planteamiento de la cuestión

22. El supuesto de hecho de la sentencia que vamos a diseccionar se ha dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Santander en fecha 30 de septiembre de 2019. El relato fáctico se centra en el

¹⁵ Tanto en el asunto *Elektrim* contra *Vivendi* como en el asunto *Pirelli* contra la sociedad española LP, se ha efectuado un análisis sistemático de la aplicación del Reglamento de insolvencia núm. 1346/2000 por ser el que se hallaba en vigor y a los efectos de localizar la norma de conflicto y selección de ley aplicable. Ya en este último asunto, similar al que analizaremos, encontrada la norma de conflicto, y declarado en España el concurso de acreedores de la sociedad española, el juez se esmera en el análisis del art. 52.1 de la LC, en su redacción antes de la reforma del precepto por la ley de arbitraje.

¹⁶ similares las pautas interpretativas en el asunto *Elektrim* contra *Vivendi* con la finalidad de llegar a la localización de la norma de conflicto y selección de ley aplicable, que le aboca al análisis del derecho internacional privado polaco, art. 142 por ser el país en el que se declaró el concurso de *Elektrim* y en virtud del cual se dejó sin efectos la cláusula arbitral formalizada entre ambas entidades para solventar sus controversias y que sometían al arbitraje en Londres y de acuerdo con las normas de la London Court of International arbitration, No obstante en este asunto, a diferencia del asunto *Pirelli* y *Delfuego Booking* el procedimiento arbitral comenzó antes que el procedimiento concursal, lo que veremos es significativo.

¹⁶ Reparemos que la cláusula compromisoria tiene naturaleza contractual independiente del contrato en la que se inserta. También disfrutaban de esa naturaleza los pactos de mediación, así como los diferentes contratos que unen a la parte concursada con terceros y que en virtud de las obligaciones contraídas han devengado un crédito que pretenden cobrar en el oportuno concurso de acreedores.

¹⁷ La Directiva europea 2019/1023, es una Directiva de mínimos y respecto a los marcos de reestructuración preventiva y exoneración de deuda con un plazo de transposición largo y que pese a la pretendida coordinación con el Texto Refundido de la Ley concursal este ha visto su luz antes de lo deseado por lo que auguramos nuevas reformas de la Ley Concursal a corto y medio plazo.

siguiente objeto y planteamiento de la solicitud¹⁸: la concursada, Delfuego Booking S.L, firmó el 27 de abril de 2018, un contrato con los agentes representantes del artista David Pierre Guetta, Creative Artists Agency, Talent Management & Servicios FZ-LLC, cuyo objeto era prestar los servicios, y por ende, la actuación del artista, de reconocida fama mundial.

23. En la condición adicional 18 del precitado contrato, sobre ley aplicable y jurisdicción, se indica que la ley aplicable al contrato será la de Inglaterra y Gales, y que cualquier disputa se resolverá mediante arbitraje con Sede en Londres, siendo el idioma a emplear el inglés (no se aportan más especificaciones relativas al arbitraje).

24. Se da el caso que el artista no compareció a la actuación contratada y procedió a devolver parte de su caché (203.000 euros), si bien la promotora pretende reclamar el resto del caché, gastos directos e indirectos sufridos, y daños y perjuicios, aventurando una reclamación superior a los 600.000 euros.

25. Entiende la concursada que el convenio arbitral en cuestión causaría graves perjuicios para “el concurso y su tramitación”, para ello se apoya en dos razones (según refiere la sentencia): la primera, la incertidumbre de la cláusula pues no se indica árbitro ni colegio o administrador ni reglamentación bajo la que el arbitraje se desarrollaría, lo que impactaría en una enorme dilación en la propia y simple constitución del arbitraje, además de una incertidumbre insalvable para el concurso, que en otro caso podría allegar sumas relevantes (en caso de tener éxito en su reclamación) para la masa concursal; la segunda, los costes de administración de arbitraje, honorarios de árbitros y letrados especializados con sede en Londres serían inasumible por la masa del concurso.

26. El planteamiento jurídico del solicitante, el concursado, se apoya en la naturaleza contractual del convenio arbitral y en su carácter internacional para, por la vía del art. 7.2 e) del Reglamento (UE) 2015 / 848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia, llegar a la aplicación de la norma nacional española, como *lex foris concursus*, que en su art. 52.1 de la Ley Concursal permite la suspensión del convenio arbitral con ciertas condiciones.

Es de recibo destacar que el artista no compareció en el incidente concursal que se abrió en el procedimiento concursal para conocer de la solicitud de suspensión por lo que se declaró su rebeldía procesal, motivo por el cual no contamos con alegaciones a la pretensión de la concursada; aunque nos consta que el artista ha efectuado recurso de apelación frente a la sentencia ante la Audiencia Provincial de Cantabria¹⁹.

2. La institución del arbitraje comercial internacional en relación con la *vis attractiva concursus* y el Reglamento (CE) n° 1346/2000, del Consejo de 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia

27. Pese a que, tal y como hemos referido, nuestro objeto de estudio se va a centrar en el análisis de la cláusula arbitral inactiva a la fecha de declaración del concurso de acreedores y la suerte de suspensión de sus efectos después de las reformas comunitarias y nacionales a las que hemos hecho alusión, es ineludible hacer referencia al mentado tratamiento de la institución dentro del Reglamento de Insolvencia transfronteriza predecesor al vigente porque de esta manera desmontaremos la opinión doctrinal y judicial de la forma en que actualmente se ha de localizar la norma de conflicto y la selección de ley aplicable por el juez nacional que ha acordado la apertura del concurso.

28. Es un hecho no discutible, por notorio, y sumamente importante, que los instrumentos internacionales por excelencia y susceptibles de aplicación, el Convenio europeo de Ginebra de 1961

¹⁸ En la exposición de hechos hemos respetado casi la literalidad con la que se pronuncia la sentencia, al obviar lo que puede resultar inútil a los efectos pretendidos.

¹⁹ Hecho conocido por los periódicos de tirada provincial.

sobre arbitraje comercial internacional y la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, nada refieren en cuanto a los efectos que una posible situación de insolvencia puede tener sobre el compromiso arbitral, ni de selección de ley aplicable. El primero de ellos se emplea principalmente en regular la eficacia de los convenios arbitrales de modo que solo los tribunales arbitrales acepten la competencia para conocer sobre el fondo del asunto cuando exista un convenio válido.

29. Sin embargo, es la Convención de Nueva York la que realmente constituye la esencia del arbitraje comercial internacional pues se centra en el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, prácticamente a nivel mundial²⁰. En un grado descendente, pero no por ello menos importante, tenemos las leyes nacionales, en nuestro caso la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, que regula la actividad arbitral que se desarrolla en el territorio de cada Estado; en todo caso es de aplicación supletoria cuando los instrumentos internacionales de aplicación no regulan nada al respecto. En lo que nos compete la ley de arbitraje nada refiere en cuanto los efectos de la interrelación jurídica entre el arbitraje y la insolvencia²¹.

30. Asumido cuanto hemos expuesto no es baladí sentar que el Reglamento de insolvencia nº1346/2000, de 29 de mayo de 2000, guardaba un meritorio silencio sobre las expresas acciones que se pueden ejercitar y derivarse del procedimiento de insolvencia o bien, que guardaren relación con ella²².

31. Una regulación deficiente del Reglamento de insolvencia en el sentido expuesto colocaba al juez ante dos cuestiones francamente problemáticas: la primera, la referente a si las calificaciones efectuadas a tenor de la normativa interna nacional son, o no son, las más adecuadas para determinar la ley aplicable²³; y en segundo lugar, en qué medida el principio de *vis attractiva concursus*, y en su concepción europea, venía a interferir en el ámbito competencial al auspicio del Reglamento de insolvencia y del Reglamento de la UE nº 1215/ 2012 de 12 diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil²⁴.

32. Esa deficiencia del Reglamento 1346/2000 en cuanto a la delimitación de las acciones que caen bajo el auspicio de su competencia permitía concluir con la idea de que no era posible interpretar correctamente las normas sobre ley aplicable previstas por el Reglamento de insolvencia sin tener presente el régimen de competencia judicial internacional y el principio de *vis attractiva concursus* diseñado por el legislador de la Unión²⁵. Únicamente tras explorar estos dos aspectos era posible efectuar

²⁰ La convención de Nueva York tiene el don de la universalidad toda vez que 163 países son los que a la fecha lo han ratificado. https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status20. Para profundizar vid. M. VIRGÓS SORIANO, “Arbitraje Comercial Internacional y Convenio de Nueva York de 1958”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez, número extraordinario (Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento)*, 2006, p. 25.

²¹ No obstante, se volverá sobre ellos por lo que luego se dirá.

²² El Reglamento es el instrumento diseñado por la Unión Europea para regular los aspectos internacionales de los procedimientos concursales abiertos en los Estados Miembros y contiene principalmente reglas de Derecho internacional privado. El reglamento se asienta sobre el principio de unidad legal, según el cual el estado de apertura (*la lex foris concursus*) será aplicable a todo el procedimiento de insolvencia y determinará todos los efectos del procedimiento de insolvencia, tanto procesales como materiales, pues parte del principio de que el concurso es uno y cuya resolución de apertura ha de reconocerse por todos los Estados de la Unión así como todos los efectos que la legislación de ese país produzcan. En este sentido opina M. A. PENEDÉS FONS, *op cit*, p. 15, quien a su vez refiere que así lo declara tanto la opinión de la AG Kokott como la Sentencia del TJUE en el Asunto C.294/02, Comisión Europea v AMI Semiconductor Belgium BVBA [2005] *Rec. I-2175*, párs. 84 y 69 respectivamente.

²³ Un problema de calificación se produjo en el asunto *Elektrim* como veremos. Además de constituir el primer estudio judicial de la cuestión, este pronunciamiento se ha convertido en la máxima autoridad jurisprudencial en la UE, motivo por el cual ha tenido mucho que ver en el Reglamento de insolvencia 2015/848.

²⁴ DOUE L 135/1, de 20 de diciembre de 2012, conforme a su artículo 81 será aplicable a partir de 10 de enero de 2015.

²⁵ M.A. PENEDÉS FONS, *op cit*, p 41. Vid. L. CARBALLO PIÑEIRO, “*Vis attractiva concursus* in the European Union: its development by the European Court of Justice”, *Revista para el análisis del Derecho*, 2010. Disponible en: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/750_es.pdf, (último acceso a 28/05/2020)

^{En} el resumen de la obra establece que: *a diferencia de los precedentes proyectos de Convención sobre procedimientos de insol-*

una interpretación congruente acerca de la influencia que tiene el Reglamento de procedimientos de insolvencia sobre el arbitraje internacional.

33. Ese vaivén de interpretaciones efectuadas a golpe de casuística con la finalidad de limitar lo que era competencia del Reglamento de insolvencia y respecto a las materias excluidas del Reglamento Bruselas I Bis²⁶ - el concurso y el arbitraje- permiten pensar en que los Estados tendrán que recurrir a regímenes de atribución de competencia, ya sean de naturaleza convencional o interna, cuando se apliquen regímenes distintos al Reglamento Bruselas I Bis, y por tanto, el juez concursal podrá centrar la atención en el derecho nacional y la concepción que cada ordenamiento jurídico tenga de la *vis attractiva concursus*. Sostiene VIRGÓS Y GARCIMARTÍN que esta es una disputa excluida tanto del art. 3 como del 25.II del Reglamento de insolvencia²⁷, y por ende el recurso a otros regímenes no entrará en contradicción con las normas del Reglamento de Insolvencia. La misma consideración ha de hacerse del arbitraje, en tanto que es una materia descartada del Reglamento de Bruselas I Bis y por ende ha de acudir a la normativa nacional²⁸.

34. Para la totalidad de la doctrina en esa búsqueda de la norma de conflicto y selección de ley aplicable, era sumamente importante la naturaleza jurídica de los convenios arbitrales. La opinión mayoritaria cedía ante la naturaleza contractual del convenio, incluidos los pactos de mediación, y por ende será la *lex fori concursus*, de acuerdo con su ley nacional, la que determinará el efecto que la apertura del procedimiento de insolvencia producirá sobre la validez y eficacia de la cláusula por el que las partes, una de ellas concursada, han sometido las controversias de una determinada relación contractual a arbitraje²⁹.

3. La innecesaria interpretación sistemática del Reglamento sobre procedimientos de Insolvencia 2015/848, de 20 de mayo de 2015. El acogimiento de la *vis attractiva concursus*

35. Como punto de partida ha de señalarse que el Reglamento 2015/848, es plenamente aplicable a la situación que nos concierne, asunto *Delfuego booking y David Guetta*, que es, a todas luces, un supuesto intracomunitario de insolvencia –las partes están domiciliadas en Francia y España y, además, la sede designada para el arbitraje está en Londres, a la fecha de formalización de la cláusula compromisoria, aunque actualmente Reino Unido es un Estado no miembro de la Unión Europea³⁰.

vencia, el Reglamento (CE) número 1346/2000 no establece una regla específica sobre *vis attractive concursus* a pesar de que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ya había sostenido en el caso *Gourdain c. Nadler* que las acciones que derivan directamente de la insolvencia y guardan una inmediata relación con el concurso no están incluidas en el ámbito de aplicación de la Convención de Bruselas. El silencio del Reglamento de insolvencia y el hecho de que las acciones mencionadas estuvieran excluidas de la Convención de Bruselas, ahora Reglamento Bruselas I, motivaron diversas interpretaciones, a las que ahora ha puesto término el Alto Tribunal al establecer en *Seagon c. Deko Marty Belgium* que el artículo 3 del Reglamento de insolvencia contiene el principio de *vis attractiva*. Ahondando en esta dirección, esta decisión ha ido inmediatamente seguida por otras dos, *SCT Industri c. Alpenblume*, y *German Graphics c. A. van der Schee*, con el mismo telón de fondo, esto es, determinar qué acciones están incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento núm. 1346/2000 y, por tanto, han de ser atraídas ante el *forum concursus*

²⁶ Algunos autores como M. GÓMEZ JENE, “Concurso y arbitraje internacional” (2010) 2(2) *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, núm 2, pp. 92, 98 como la versión final del art. 4.2.f) RI (es decir, el nuevo art. 7.2.f) RI bis) 15 RI (que pasa a ser el art. 18 RI bis) refieren que no supone ninguna aportación sustantiva a la opinión de los estudios en la materia, que ya desde hace años han alcanzado un sólido consenso respecto a la inclusión del arbitraje en los arts. 4.2.f) y 15 RI predecesor al actual, al calificar al convenio como un mero contrato, p. 100.

²⁷ M. VIRGÓS SORIANO Y F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia*, Civitas, Madrid, 2003, p. 66.

²⁸ En concreto, el art. 3. RI 1346/2000, preveía la posibilidad de que se abran procedimientos secundarios en todos aquellos Estados en los que el deudor tenga un establecimiento, quedando sus efectos limitados a los bienes sitos en ese territorio; el art. 25 RI parece sugerir que pueden existir acciones individuales que involucren al deudor concursal fuera del procedimiento de insolvencia.

²⁹ *Ibidem*, pp.79 y 80, el autor lo razona trayendo a colación el criterio jurisprudencial y doctrinal (en especial el del profesor Heredia).

³⁰ Poca o ninguna duda cabe con respecto a la naturaleza concursal del convenio arbitral. Sobre esta cuestión conviene hacer referencia nuevamente a las apreciaciones sobre la naturaleza de la cláusula, ya vista como un mero contrato o como un contrato procesal, efectuadas por M. GÓMEZ JENE, “Concurso y Arbitraje...” *op cit.* pp. 100-101.

36. Tanto el Reglamento 2015/848 como su predecesor señalan, en sus arts. 7 y 4, respectivamente, que la ley aplicable a los procedimientos de insolvencia será la del Estado miembro en el que se abra cada uno de ellos. Según el enunciado, la ley aplicable señalada vendrá a determinar las condiciones de apertura, desarrollo y conclusión del procedimiento, además de, en especial, *los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los contratos vigentes en los que el deudor sea parte* –art. 4.2.e) de la versión antigua y 7.2.e) de la moderna–.

37. El Reglamento Europeo sobre procedimientos de Insolvencia 1346/2000, de 29 de mayo, tal y como ya hemos avanzado, no contenía regulación alguna relativa a la *vis attractiva*³¹, por lo que necesariamente había de acudir a la noción que de ella tenían los derechos nacionales. De la misma manera, el considerar que los convenios arbitrales disfrutaban de la naturaleza contractual, facilitaba la labor de búsqueda porque permiten someterlos al régimen conflictual previsto en el Reglamento de insolvencia para los contratos.

38. Todo cuanto se ha expuesto tiene suma importancia toda vez que el Reglamento vigente difiere sustancialmente del anterior, por lo que la interpretación sistemática que anteriormente se exigía, y así quedó plasmado en el asunto *Elektrim y Pierelli*, ya no se precisa bajo las previsiones legales contenidas en el actual Reglamento 2015/848. Sin embargo, tanto la sentencia del asunto *DelFuego Booking y David Guetta* como la doctrina insisten en acudir a ella³².

39. El Reglamento 2015/848, ha respetado una amplia percepción del principio de *vis attractiva concursus* y una primacía del Reglamento de los procedimientos de insolvencia en la regulación de los asuntos que pertenezcan a la materia propiamente concursal, como ocurre con el analizado³³, pero lo que es sumamente importante, le dedica una expresa protección al arbitraje en el artículo 18³⁴, lo que delimita la suerte del convenio arbitral que se halle inerte a la fecha de declaración del concurso, y lo que no es menos importante, acoge verdaderas normas de competencia judicial internacional en la que, sin esfuerzo, podemos incluir la que es objeto de análisis al albor del asunto de referencia, es decir la suerte de paralización de una cláusula arbitral susceptible de ser activada.

40. Merece la pena insistir en que el Reglamento 2015/848 introdujo una importante novedad con respecto a su antecesor que localizamos en su artículo 18, que, bajo el revelador título de *efectos del procedimiento de insolvencia sobre procesos en curso o procedimientos arbitrales en curso*, enuncia lo siguiente:

Los efectos del procedimiento de insolvencia sobre procesos en curso o procedimientos arbitrales en curso en relación con un bien o un derecho que formen parte de la masa del deudor se registrarán exclusivamente por la ley del Estado miembro en el que esté en curso dicho proceso o en el que tenga su sede el tribunal arbitral.

³¹ Es muy explicativo M. GÓMEZ JENE, Concurso y arbitraje..., *op cit.* p. 99., pues analiza como una de las características generales del Reglamento europeo de insolvencia la *no vis attractiva concursus*.

³² Sobre el comentario de esta sentencia *vid.* a I. Heredia Cervantes, “Arbitraje, concurso internacional y ... David Guetta y “El Problema: la eficacia en un concurso internacional de un convenio arbitral concluido por el deudor antes de la declaración de apertura”, *Almacén de Derecho*. <https://almacendederecho.org/arbitraje-concurso-internacional-y-david-guetta> (última consulta 10 de junio de 2020)

³³ *Vid.* el considerando 66 del Reglamento 2015/848 en el que se acoge una clara primacía: “... La *lex concursus* determina todos los efectos del procedimiento de insolvencia, tanto procesales como materiales, sobre las personas y las relaciones jurídicas implicadas. Regula todas las condiciones para la apertura, desarrollo y conclusión del procedimiento de insolvencia”.

Más sobre esto lo analiza E. TORRALBA MENDIOLA, “Las insolvencias transfronterizas en la Unión Europea: perspectivas jurisprudenciales y retos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, vol. 11, nº 2, pp. 360-383.

³⁴ La redacción del antiguo artículo 15 solo mencionaba “los procedimientos en curso” sin aludir a los procedimientos arbitrales.

41. En sintonía con lo anterior se puede apreciar que el nuevo Reglamento de procedimientos de insolvencia, al igual que la ley concursal en su art. 52, reformado en el año 2011 por la Ley de Arbitraje y el art. 140 del Texto Refundido de la LC, otorga un tratamiento distinto al convenio arbitral y al arbitraje, siendo así que las leyes aplicables son distintas para el caso en que la declaración de concurso sea previa o no a la suscripción del acuerdo o a la iniciación del arbitraje. Así, si un arbitraje se inicia antes de la declaración de concurso, se procederá a aplicar, y a la luz del nuevo Reglamento, la *lex loci arbitri*. En cambio, si el arbitraje se inicia tras la declaración del concurso, se aplicará la *lex fori concursus*.

42. Reiteramos nuevamente que la interpretación efectuada por el juzgador es del todo innecesaria a tenor de la importancia que también adquiere la dicción legal del artículo 6 del Reglamento de procedimientos de insolvencia 2015/848, pues a la postre viene a consagrar normativamente el principio de la *vis attractiva concursus* europea³⁵, que fue acogida por la jurisprudencia, completándose así el largo proceso que generaron grandes interrogantes y que fueron salvados por el criterio *Gourdain*³⁶ y que además vino a clarificar el régimen competencial internacional de acciones civiles y mercantiles en escenarios concursales, poniendo coto y solución al problema de calificación y a las fisuras existentes entre el Reglamento de Insolvencia predecesor al vigente y el Reglamento Bruselas I bis.³⁷

43. En conclusión, el Reglamento de insolvencia vigente no cambia las reglas de competencia de aquellos litigios que se pudieran haber planteado con independencia del concurso, pero sí las que estén ligadas y entrelazadas con él, como sucede con la suspensión de la cláusula compromisoria, o por ejemplo, entre otras que vamos a tratar, la nulidad de la cláusula compromisoria por el juez concursal en vía incidental o la impugnación de la misma por fraudulenta.

44. La legitimación competencial para entender que el juez concursal puede asumir el conocimiento de la acción de nulidad o impugnación por fraude del convenio arbitral viene de la mano del artículo 6 del Reglamento 2015/848 que, como ya hemos referido, acoge verdaderas normas de competencia judicial internacional, así lo sugiere cuando se titula: “Competencia para las acciones que se deriven directamente de los procedimientos de insolvencia o guarden una estrecha vinculación con ellos”. Establece el apartado 1 del referido artículo: “Los órganos jurisdiccionales de un estado miembro en cuyo territorio se haya abierto un procedimiento de insolvencia en aplicación del art. 3 serán competentes para cualquier acción que se derive directamente del procedimiento de insolvencia y guarde una estrecha vinculación con este, como las acciones revocatorias”³⁸.

³⁵ Un buen análisis sobre esto, a tenor de la STJUE 9 noviembre de 2017, Tunkers, EU:C:2017:847, sobre los límites de la *vis attractiva* de la competencia judicial internacional de los tribunales del Estado de apertura de un procedimiento de insolvencia en aplicación del artículo 3 del Reglamento de insolvencia (RI) lo hace P. DE MIGUEL ASENSIO, “Límites de la competencia judicial internacional en material concursal”. Disponible: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2017/11/limites-de-la-competencia-judicial.html> (última consulta 27/05/2020).

³⁶ TSJUE 12 de febrero de 2009, Asunto 133/78, *Gourdain*, EU: C- 1979:49, *Rec.I-733*.

Define resumidamente el criterio *Gourdain* la STSUE 19 de abril 2012, ECLI:EU:C:2012:215: *una demanda tendrá conexión con un procedimiento de quiebra cuando emane directamente de la quiebra y esté estrechamente relacionada con un procedimiento de liquidación de bienes o de suspensión de pagos, el Tribunal de Justicia precisó que el factor determinante para decidir si se aplica la exclusión de que se trata es la intensidad de la conexión existente*

³⁷ M.A. PENEDÉS FONS, *op cit*, p 57, siendo una solución que ha venido ganando aceptación mayoritaria por L. CARBALLO PIÑEIRO, “*Vis attractiva concursus* in the European Union: its.....”, *op cit*. p. 8, con abundante doctrina citada.

³⁸ En resumidas cuentas, comprobamos que el artículo 6 únicamente se refiere al ámbito competencial de dos tipos de acciones las revocatorias y las conexas-, quedando el resto de las acciones civiles y mercantiles posibles al albor competencial de los criterios plasmados con anterioridad. Aun así, hemos de reflexionar acerca de si lo expuesto es *vis attractiva* o hemos de complementar el artículo referido con los preceptos siguientes: la dicción del art. 7, referente a la ley aplicable al procedimiento y efectos; el artículo 8 que delimita de forma negativa la afcción de la apertura del procedimiento de insolvencia respecto a los derechos reales de un acreedor o de un tercero, así como los artículos 16 (actos perjudiciales para los intereses de los acreedores), 17 (protección de los terceros adquirentes) y 18 (este último referente a los efectos del procedimiento de insolvencia sobre procesos judiciales o arbitrales en curso). Es mi opinión que el conjunto de todos los preceptos acoge una concepción generosa de la *vis attractiva concursus* en el ámbito europeo.

45. En aras a agotar razones acerca de la innecesaria labor de interpretación sistemática del Reglamento 2015/848 y de utilización argumentativa de los asuntos *Elektrim y Pirelli*, sostenemos que se da incluso esa falta de necesidad cuando las normas de competencia de derecho nacional sean aplicables. Pensemos en el supuesto en que el demandado no esté domiciliado en un estado miembro y no resulte aplicable el reglamento sobre procedimientos de insolvencia ni el Reglamento Bruselas I Bis, pues bien, en la búsqueda de la legitimación competencial del juez concursal, se podrá acudir al criterio de la *vis attractiva concursus* prevista en la ley nacional del juez concursal- tanto en sede judicial como arbitral- revestido de la garantía de que esa forma de proceder no entrara en colisión con las normas del Reglamento de insolvencia, en tanto recogen, como acabamos de ver una *vis attractiva* amplia, referentes a aspectos concursales y arbitrales³⁹.

46. La importancia de lo manifestado es patente. Aunque en el Reglamento de procedimientos de insolvencia 2015/848 no hayamos encontrado una solución del todo óptima y satisfactoria, bien es cierto que ha conseguido un cierto orden dentro de la fragmentación e incertidumbre normativas hasta la fecha inexistentes y que obligaban a esa interpretación sistemática de la que actualmente podemos prescindir.

IV. La aplicación de la ley concursal española sobre el convenio arbitral internacional

47. En el presente estado de la cuestión, analizados los presupuestos que resultan necesarios para avanzar en el plan establecido, y localizada la norma de conflicto que nos lleva ante el juez que ha acordado la apertura del concurso, nos vemos obligados a adentrarnos en el estudio de la normativa de ámbito nacional. Rescatamos de nuevo los argumentos vertidos por el juez mercantil en el asunto *Del-Fuego Booking y David Guetta*, quien se adentra en el régimen jurídico nacional con la finalidad de dar respuesta específica a las cuestiones competenciales y procedimentales que se producen cuando confluyen el concurso y el arbitraje internacional, y lo hace incluso antes de sentar que el Reglamento UE sobre procedimientos de insolvencia resulta ser la norma de conflicto que deriva la cuestión a la *lex fori concursus*, ex art. 7.2.e), y con la clara finalidad de analizar la eficacia del convenio arbitral, asumiendo la naturaleza contractual, una vez ha sido declarado el concurso de acreedores.

48. Adelantamos ya que en ese análisis judicial de la “eficacia” del convenio arbitral encontramos un error de origen que va a ser tratado en los siguientes apartados. Merece la pena detenerse en el pues la suspensión de los efectos de la cláusula poco o nada tiene que ver con la eficacia o validez, y si con la petición de una medida cautelar. El convenio puede ser válido y eficaz pero susceptible de ser suspendido en sus efectos.

49. Es el momento de adentrarnos en el análisis del art. 52. 1 de la LC⁴⁰, y lo hacemos únicamente del apartado primero, por ser más ajustado a la problemática que en este trabajo quiere abarcarse que no es otra que la controversia planteada en el asunto objeto de análisis, es decir, la suerte que ha de correr la cláusula arbitral de carácter internacional cuando la misma no se ha activado a la fecha de declararse judicialmente el concurso de acreedores, y por ende, abordaremos la respuesta que proporciona el derecho español a asuntos análogos en los concursos internacionales subsumibles en el ámbito del Reglamento UE sobre procedimientos de insolvencia⁴¹.

³⁹ M. VIRGÓS SORIANO Y F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, Kluwer Law International, La Haya, 2004, p. 63.

⁴⁰ Simultáneamente valoraremos el art. 140 del TRLC.

⁴¹ De no ser así, es decir si nos encontramos ante concursos internacionales excluidos del Reglamento, aunque estén abiertos dentro de territorio de la Unión, y a los procedimientos de insolvencia extranjeros y que sean reconocidos en España, para estos supuestos contamos con un régimen propio de Derecho internacional privado que contiene una normativa similar a las soluciones que ofrece el Reglamento de insolvencia, contenido en el Título IX de la LC (199 a 230), o en el libro III, artículos 721 a 752 del Texto Refundido de la Ley Concursal.

50. En la referida sentencia, asunto *DelFuego Booking y David Guetta*, se sopesa la intencionalidad del legislador en la reforma de la ley Concursal por Ley 11/2011, de 2011, de 20 de mayo, de Arbitraje, que no es otra que la de adaptarse a las soluciones comunitarias en la materia y eliminar la incoherencia existente hasta la fecha, pasando de una regulación contraria a la vigencia de los convenios arbitrales antes de la declaración del concurso a una posición pro convenio arbitral⁴². Por ello la crítica más contundente que hacemos sobre la sentencia es la referente a que tanto la parte concursada como el juzgador no tenga reparos en analizar sin ambages su validez adoptando el término suspensión sin apreciar la incongruencia de tal decisión.

51. Trae el juez a colación la sentencia el asunto *Pirelli* mostrando su disconformidad con el pronunciamiento que hace respecto a que, con la redacción anterior a la ley 11/2011 del art. 52.1 LC, esta norma era aplicable únicamente a los arbitrajes internos pero no a los internacionales, toda vez que de la dicción legal se deduce *solo sería aplicable al caso en la medida en que los citados Convenios internacionales suscritos por España designasen la ley española como ley aplicable para determinar la eficacia del convenio arbitral*⁴³.

52. En definitiva, considera el juzgador que no se puede expropiar la posibilidad de suspender el convenio arbitral por la declaración de concurso tal y como permite el artículo referido toda vez que la norma de conflicto es el Reglamento de insolvencia, que conduce a la aplicación de la LC para regular los efectos del concurso por lo que los tratados internacionales, (Convención de Nueva York y de Ginebra), que no regulan este aspecto, no pueden poner coto a la referida facultad.

53. No comparto en su integridad las referidas conclusiones y para justificarlas es necesario analizar dos aspectos, uno de naturaleza competencial y otro procedimental que obligan a reparar de nuevo en la concepción que nuestro ordenamiento tiene sobre la *vis attractiva concursus* además de comprobar si la norma provoca un tratamiento diferente del arbitraje interno y del internacional; adelantando que la aplicación de los Convenios de Ginebra y de Nueva York no tienen por qué ser desterrados definitivamente, una vez se ha localizado la norma de conflicto y esta derive a la ley concursal española como ley que resulta aplicable.

54. Ambas cuestiones son cruciales en este trabajo, dos son las razones de peso: mantengo la consideración de que el juez concursal, al que el Reglamento de Insolvencia le ha atribuido legitimación para enjuiciar la cuestión planteada en el ámbito nacional, que no es otra que la suspensión de los efectos del convenio arbitral al amparo del art 52.1 LC, ha de limitarse a valorar lo que consideramos que es una medida cautelar, por lo que debemos acudir en busca de la competencia del juez concursal para adoptar esa medida cautelar, búsqueda que requiere de nuevo acudir al criterio de la *vis attractiva concursus* y a la propia ley concursal.

En segundo lugar, sostengo que, con independencia de la valoración que haga de la suspensión de los efectos, el juez puede analizar, bien de oficio o a instancia de parte, la validez de la cláusula compromisoria, si hay méritos para ello, pero no al albor de una mostrada confusión con la posibilidad legal de suspensión que permite el art. 52.1LC, sino al auspicio de la referencia que hace el art. 52.1, *in fine*, LC: *...todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales.*, por lo que nos obliga a analizar la segunda de las cuestiones planteadas, es decir, si nuestro ordenamiento se decanta por un sistema monista o dualista.

⁴² La dicción legal refería “los convenios arbitrales en que sea parte el deudor quedarán sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales”.

⁴³ Según el Tribunal, la Audiencia Provincial de Barcelona en apelación dicta sentencia en 29 de abril de 2009, y en ella, entre otros pronunciamientos salva su aplicación a los arbitrajes internacionales- definidos en su artículo 3- por medio de esa alusión a los tratados internacionales. Fundamenta este criterio la Audiencia señalando como aplicables al caso los Convenios de Nueva York y Ginebra y argumentando a su vez, que el art. 52.1 LC solo sería aplicable al caso en el supuesto de que estos dos Convenios señalasen como ley aplicable la española.

1. De nuevo con la *vis attractiva concursus*

55. Establece el artículo 11 de la LC⁴⁴ que en el ámbito internacional la jurisdicción del juez del concurso comprende únicamente el conocimiento de aquellas acciones que tengan su fundamento jurídico en la legislación concursal y guarden una relación inmediata con el concurso. El precepto es respetuoso con la concepción europea y con el criterio *Gourdain*⁴⁵, y en lo que nos interesa, viene a proclamar que la declaración de concurso no es motivo para invalidar una cláusula compromisoria de sometimiento arbitraje.

56. Por su parte, el artículo 8 LC⁴⁶, está especialmente interrelacionado con el artículo 11 del mismo texto legal, en cuanto que este último asume mayores competencias a favor del juez del concurso, no solo de las acciones que tengan transcendencia patrimonial en el concurso sino de todas las ejecuciones independientemente del órgano que las haya acordado, ya sean ejecuciones judiciales o extrajudiciales. El apartado cuarto del artículo 8, alude especialmente a las medidas cautelares adoptadas por los árbitros en las actuaciones arbitrales, sin perjuicio de la competencia del juez para acordar la suspensión de las medidas, o solicitar su levantamiento, cuando considere que puedan suponer un perjuicio para la tramitación del concurso.

57. Pues bien, esa es la premisa que se sigue cuando de arbitraje se trata y así se despacha explícitamente el art. 52 LC⁴⁷ en sus dos apartados, por lo que a todas luces el juez concursal es competente para adoptar la medida cautelar de suspensión de los efectos de la cláusula compromisoria.

2. Tratamiento del arbitraje: sistema monista o dualista.

58. En el asunto de referencia el juzgador muestra su disconformidad con lo manifestado en el asunto *Pirelli* y apoya la postura doctrinal que defiende que han de recibir el mismo tratamiento los arbitrajes internos e internacionales con base en que los referidos convenios a los que alude el art 52.1 LC⁴⁸, el Convenio de Nueva York y Convenio de Ginebra, no pueden identificarse como la norma de conflicto y selección de ley aplicable, y por ende, es la Ley Concursal la que ha de regular sus efectos.

59. No resultando un hecho discutible, ni de mayor recorrido, lo anteriormente manifestado por el juez concursal, no debemos ser conformistas, debemos ir más allá, en aras indagar si la ley concursal otorga un tratamiento uniforme a todos los arbitrajes a tenor de la dimensión transfronteriza. El tema adquiere importancia desde un punto de vista conflictual; pongamos un ejemplo o ideemos una posibilidad: imaginemos que un tribunal arbitral o judicial ajeno al foro concursal ha de decidir acerca de ese aspecto ya que, según la ley de conflicto, la ley aplicable es la ley concursal española. Es por esta razón por la que el legislador español debiera definirse y optar por un sistema monista o dualista. Pues bien, la Ley Concursal no hace diferenciación expresa entre ambos tipos de arbitraje, salvo en lo referente a la excepción *in fine* prevista en el art. 52.1 LC, cuando se limita a aludir a los tratados internacionales.

⁴⁴ Artículo 56 del TRLC, la expresión en ambos preceptos del término “únicamente” nos obliga a pensar en una concepción de la *vis attractiva concursus* atenuada pero global, al ser respetuosa con el reglamento de insolvencia. El art. 11 entrará a jugar en aquellos casos en que el procedimiento concursal no quede bajo el auspicio del Reglamento de Insolvencia.

⁴⁵ *Vid.* nota a pie de página 36.

⁴⁶ *Vid.* E. TORRALBA MENDIOLEA, “Las insolvencias transfronterizas,,”, *op cit.* p.366. Pese a que reconoce que el art. 8 LC acoge un principio de *vis attractiva* amplio, el RPI Bis es más limitado lo que no obsta para entender que las acciones vinculadas al procedimiento de insolvencia, sustantiva y procesalmente, son competencia de las autoridades normalmente judiciales, del Estado miembro de apertura del concurso y no de otras que pudieran tener atribuida competencia en virtud de normas comunes de competencia judicial internacional.

⁴⁷ Artículo 140 TRLC, aunque el precepto ahora contiene tres apartados.

⁴⁸ Al menos así parece deducirse del ordinal 26 y 27 cuando comienza este último que: cabe discrepar del indicado razonamiento.

60. Parte de la doctrina⁴⁹ considera que la conjunción del art. 52.1 *in fine* LC y el art. 11 del mismo texto legal es la vía para defender la diferenciación y por ende, la existencia de dos tratamientos distintos del arbitraje nacional y transnacional, aunque catalogan al primero de los preceptos de impreciso por finalizar su dicción con una mera referencia a los tratados internacionales, como si de una excepción a la excepción se tratara. Por mi parte, añadiría a la conjunción doctrinal, en defensa de esa diferenciación, la existencia de un tercer precepto, el 8.4 LC (por la referencia que expresamente hace este artículo a las medidas cautelares y la que este a su vez hace del artículo 52 de la LC en cuanto a las medidas que puedan adoptar los árbitros).

61. Sin embargo, no muestro conformidad con la mayoría de la doctrina que viene valorando la referencia a los tratados internacionales como una redundancia imprecisa y superflua que deriva de la supremacía que reconoce la propia Constitución española a los tratados internacionales de forma que entrarán a formar parte del ordenamiento; como tampoco lo estoy cuando sugieren que los Tratados de aplicación en materia arbitral, como son la convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias de fecha 10 de junio de 1958 y el Convenio Europeo de Ginebra de 21 de abril de 1961 sobre arbitraje comercial Internacional, no resultan de aplicación a la cuestión que nos ocupa, pues considero que pueden resultar aplicables atendiendo a la cuestión que haya de ser enjuiciada⁵⁰.

62. Hay un dato indiscutible, el artículo 52 LC habrá de aplicarse cuando las normas de conflicto remitan al derecho español, pero superado este escollo conflictual, y ya dentro de la legislación nacional previsto por la ley declarada aplicable, puede suceder que debamos acudir de nuevo a los tratados internacionales que anteriormente habíamos desechado. Imaginemos que el juez mercantil supervisa de oficio la posibilidad de suspender la cláusula compromisoria por considerarla perjudicial para la tramitación del concurso y comprueba que la referida estipulación puede estar viciada de nulidad, acudiremos pues a los instrumentos internacionales que anteriormente habíamos desechado por ser, ahora sí de aplicación, dado que la materia objeto de análisis es regulada por los referidos instrumentos.

63. Como corolario de lo expuesto, y como prueba, al menos indiciaria, de que el art. 52.1 LC acoge la diferenciación entre el arbitraje el interno y el internacional lo constata la expresión final al acudir a la alusión de los tratados internacionales, para ello hemos de reparar nuevamente en su redacción: *Cuando el órgano jurisdiccional entendiera que dichos pactos o convenios pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso podrá acordar la suspensión de sus efectos, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales*. Por si fuera poco, el Texto Refundido de la LC, no solo no cambia un ápice el sentido de la referencia a los tratados internacionales, sino que le dedica un apartado en exclusiva, el apartado 3 del art.140 que se despacha con la expresión siguiente: “Queda a salvo lo establecido en los tratados internacionales”.

64. Concluimos con una idea, la intencionalidad del legislador es evidente: si el juez concursal valora la posibilidad de suspensión de los efectos del convenio aplicará la norma nacional, ley aplicable según el Reglamento de insolvencia; pero si lo que valora es la nulidad del convenio, ha de hacerlo trayendo a colación los tratados internacionales de aplicación y que habían sido desechados como norma de conflicto.

⁴⁹ F. CORDÓN MORENO, “Concurso y convenios arbitrales (a propósito de la pretendida reforma del art. 52.1 LC)” 23 *Anuario de Derecho Concursal*, 2011, nº 23, pp. 173 y ss. También J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 929-930. Vid., para profundizar en argumentos a J. F. GARNICA MARTÍN, “La *vis attractiva* del juez del concurso tras la reforma introducida por la Ley 38/2011”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 26, 2012, pp. 205 y 206.

⁵⁰ La doctrina es unánime en este punto, M.F.MARTÍN MORAL, “Impugnación de convenios y procedimientos arbitrales fraudulentos”, 2013, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 291, p. 296

No obstante, hay otros autores que se decantan por dar un significado a la expresión, vid. G. PÉREZ DEL BLANCO, *Efectos procesales de la declaración del concurso: La vis attractiva concursal* (Madrid:Reus, 2007) 236-240. En este sentido se pronuncia el Auto de la AP Barcelona (Sección 15ª) de 29 abril 2009, pero por razones ajenas a las que yo expongo.

3. ¿Puede entonces el juez concursal acordar la nulidad de la cláusula compromisoria con motivo del análisis de la suspensión de los efectos?

65. Hemos concluido el ordinal anterior dando una respuesta afirmativa a la pregunta ahora formulada, pero hemos de diferenciar las posibilidades competenciales de las que dispone el juez, es decir, dispone de competencia para acordar la suspensión de los efectos de la cláusula compromisoria y, alternativamente, puede acordar la invalidez de un convenio a tenor de la aplicación de las normas de producción internacional y en vía incidental⁵¹. Lo que no es admisible es que se confundan ambas posibilidades y se mezclen efectos de forma indiscriminada.

66. Volvamos a traer a colación el Convenio de Nueva York. Reiteremos una vez más que dicho instrumento no se pronuncia respecto a la colisión entre el concurso o insolvencia y los procedimientos arbitrales, pero sí respecto a otras cuestiones, especialmente: el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros, el reconocimiento de la validez formal del convenio arbitral y, por último, el régimen de la declinatoria en caso de convenio. Hemos de recordar que la determinación de la ley aplicable a dicha cláusula compromisoria se realiza de modo separado y distinto a la ley aplicable al contrato principal en el que se inserta o al que se refiere, tiene autonomía Jurídica (art. VI.2 c del Convenio de Ginebra y art. 9.6 Ley de Arbitraje).

67. El Convenio de Nueva York no contempla la posibilidad de que las partes puedan acudir a un tribunal estatal para solicitar, en vía principal, la declaración de inexistencia o nulidad del convenio arbitral. Tampoco está prevista esta posibilidad en el Convenio de Ginebra ni en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje, pues todos ellos parten de una idea básica, la de que tal posibilidad es competencia exclusiva de los mismos árbitros. No obstante, en vía incidental no veo obstáculo para que los tribunales estatales puedan analizar la existencia y validez del convenio siempre que dispongan de un foro de competencia judicial internacional (art. II.3, *in fine*, Convenio de Nueva York)⁵².

68. Fijados los anteriores asentamientos, ha de traerse a colación, y es de recibo ejemplificar las posibilidades que nos oferta el asunto *DelFuego Booking y David Guetta*, pues el juez concursal efectúa unas apreciaciones importantes acerca de la cláusula compromisoria, y que apuntan a una falta de bondad, y lo hace con motivo del análisis del grave perjuicio que su activación conllevaría para la tramitación del concurso.

Vaya por delante que no vamos a enjuiciar la validez o nulidad de la cláusula compromisoria, entre otras razones porque no es un acometido anunciado ni se dispone de los datos fácticos necesarios para asumir tan loable función, ni siquiera la del control de incorporación a tenor de la normativa europea, pero lo que si haremos será aprovechar la ocasión para idear las distintas posibilidades con las que contaba el juzgador concursal para poder declarar la nulidad de la cláusula y por ende, con tal decisión dejar abierta la vía jurisdiccional para el ejercicio de la acción de responsabilidad contractual para la que estaría legitimado tanto la concursada como el administrador concursal⁵³.

⁵¹ La discusión doctrinal y jurisprudencial existe incluso cuando resultan de aplicación normas de producción interna, con motivo de la intervención judicial en el nombramiento de árbitros, Así lo confirma F. MANTILLA-SERRANO, *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*, Iustel, Madrid, 2005; p. 107. al señalar que “no puede negarse a prestar la asistencia necesaria para permitir la designación del árbitro y la prosecución del arbitraje, excepto cuando le aparezca manifiesta la inexistencia prima facie de convenio arbitral. El juez no podrá examinar ni la validez del convenio arbitral ni la arbitrabilidad de la controversia.

⁵² Para profundizar sobre este aspecto *vid.* M. DE BENITO-LLOPIS LLOMBART, “El convenio arbitral: su eficacia obligatoria”, *Civitas Cizur Menor*, 2010, pp. 203 y ss y a M. GÓMEZ JENE, “El Convenio Arbitral: statu quo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2017), Vol. 9, Nº 2, pp. 7-38, en este último se hace un análisis exhaustivo de la de la jurisprudencia actual (internacional comparada y Española) en interpretación de las normas internacionales y de fuente interna que regulan la eficacia del convenio arbitral.

⁵³ El juez concursal trata la absoluta incertidumbre de la cláusula compromisoria: no se indica árbitro ni colegio o administrador ni reglamentación bajo la que el arbitraje se desarrollaría....

69. Hemos de hacer una pregunta al juzgador: ¿por qué acordar la suspensión de los efectos una cláusula compromisoria, si la misma es susceptible de anulación? El artículo II.3 del Convenio de Nueva York no pone coto a esta posibilidad pues establece: “El tribunal de uno de los estados contratantes al que se somete a un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”. En armonía con esa dicción, el art. 9.6 de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje proclama que cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español⁵⁴.

70. A tenor de lo anteriormente expuesto ideamos una nueva posibilidad, por ejemplo, la susceptible declaración de invalidez del convenio arbitral por el juez concursal bien porque percibe la concurrencia de vicios del consentimiento o bien la falta de objeto⁵⁵.

71. Que el juez pueda valorar la invalidez de la cláusula en vía incidental, no conllevaría, tal y como hemos adelantado, una derogación del principio *Kompetenz-Kompetenz*⁵⁶. El análisis ha de efectuarse desde una perspectiva objetiva, así lo prescriben el art. V.1.a) CNY, el art. VI.2.a) CG y los arts. 34.2.a.i) y 36.1.a.i) Ley Modelo de Arbitraje. Esta libertad encuentra su fundamento en el principio de separabilidad del convenio con respecto al contrato principal y constituye un pilar básico del derecho arbitral contemporáneo⁵⁷.

⁵⁴ En este sentido se pronuncia el artículo 8.1 de la Ley Modelo UNCITRAL.

⁵⁵ Algunos autores consideran que no procede valorarlo: D. GARCÍA BARTOLOMÉ, “La reciente entrada en vigor del Reglamento Europeo de Insolvencia (y II)” disponible en <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/la-reciente-entrada-en-vigor-del-reglamento-europeo-de-insolvencia> (último acceso el 25 de mayo de 2020)/ *se trataría de descifrar si la Lex fori concursus podría invalidar o declarar ineficaz dicha cláusula arbitral (latente) para intentar acumular dicho procedimiento ante el juez del concurso, al estilo de la norma contenida en el artículo 51.1 II de la Ley Concursal española, y, la conclusión a la que se llegó en este caso, es que, no existe argumento alguno que permita afirmar que la cláusula arbitral sea inoponible al procedimiento de insolvencia (...)*

⁵⁶ Según los argumentos de F.J GARCÍAMARTÍN ALFÉREZ, “El nuevo Reglamento europeo sobre el procedimientos de insolvencia”, *Revista de Derecho Concursal*, núm. 26, 2017, pp. 17 y 34: *si se aceptase que la lex fori concursus pudiera suspender, invalidar o declarar la invalidez de la cláusula arbitral, el juez que declarara esa invalidez no sería el juez del concurso, pues las cuestiones que se ventilan en los procedimientos de arbitraje (declaración de ineficacia invalidez, de la cláusula arbitral) no son competencia del juez del concurso (art. 6 RPI) y, por tanto, sería competente el juez predeterminado según las reglas generales de competencia judicial internacional (Reglamento Bruselas I). Si se adoptase esta solución se litigaría en un tribunal jurisdiccional competente distinto al juez del concurso (en aplicación del Reglamento Bruselas I), algo no deseado por las partes que pactaron la cláusula por la que decidieron someterse al arbitraje; esa solución tampoco casaría bien con la idea de que el convenio o la cláusula arbitral fuera *ab initio* inoponible frente al procedimiento de insolvencia, puesto que los que en puridad se pretende con la idea de sostener la *inoponibilidad* del convenio arbitral —latente— es que se acumule a la *vis atractiva* del juez del concurso, cuestión nada viable desde el punto de vista procesal, ya que el juez del concurso no es competente para conocer de la declaración judicial de ineficacia o invalidez de la cláusula arbitral, al no ser estas acciones que se deriven directamente del procedimiento de insolvencia o guarden estrecha relación (art. 6 RPI).*

⁵⁷ La doctrina y la jurisprudencia menor y mayor no es unánime, así lo expone M. DE BENITO LLOPIS-LOMBART, “Análisis jurisprudencial: alcance del efecto negativo de la *Kompetenz-kompetenz*”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, Nº 1, 2008. Los tribunales españoles han seguido tradicionalmente el sistema que entiende que el juez tiene potestad para conocer la cuestión de forma plena e inmediata en cuanto se alegue ante él, mediante declinatoria, la existencia de un convenio arbitral. Tal es el sistema del Convenio de Nueva York, así como el de la Ley Modelo de la Uncitral: el juez debe abstenerse de conocer salvo si “comprueba” que el acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.

M. GÓMEZ JENE, “Concurso y arbitraje...”, *op cit*, pp. 100 y 101, establece: si se defiende que la calificación que merece el convenio arbitral es la de ser un contrato procesal, en la medida de que el Reglamento europeo de insolvencia respeta la realidad extraconcursal (lo que a la postre tiene que ver con la *vis atractiva concursus*) no cabe declarar su nulidad.

Vid. F.J. CORDÓN MORENO, “Declinatoria por sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje: el alcance del enjuiciamiento por el juez del convenio arbitral en que se fundamenta”, *Análisis*, julio 2017, examinando críticamente la Sentencia del TS 409/2017, de 27 de junio establece que la misma se decanta por la “tesis débil del principio *Kompetenz-kompetenz*, es decir el órgano debe efectuar un enjuiciamiento completo sobre la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio.

⁵⁷ Cuestión diferente es la relativa a la ley conflictual aplicable: a la capacidad, a la forma y al fondo del convenio arbitral, por lo que nos remitimos a las normas de conflicto acogidas en la convención de Nueva York, Convenio de Ginebra y ley 60/2003, de Arbitraje.

72. A mayor abundamiento, no compartimos la opinión doctrinal que rebate lo anteriormente expuesto al sostener que la declaración de ineficacia o invalidez de la cláusula arbitral no es competencia del juez del concurso a tenor de la dicción del artículo 6 del Reglamento 2015/848, sobre procedimientos de insolvencia,⁵⁸ y sí del juez predeterminado según las reglas generales de competencia judicial internacional (Reglamento Bruselas I Bis). El contraargumento es sencillo, si hay una cuestión verdaderamente conexa con el concurso de acreedores esa es la declaración de nulidad de la cláusula y si lo es su suspensión, con mayor razón su nulidad. Ahondaremos sobre ello en el epígrafe siguiente, agotando argumentos a favor de la referida posibilidad.

V. A vueltas con la suspensión del convenio arbitral. Delimitación conceptual

73. La reforma del art 52.1 LC por ley 11/ 2011, de 20 de mayo, de Arbitraje, tal y como expusimos, implicó un cambio radical del posicionamiento que la norma tenía hacia los convenios arbitrales, pues pasó de declarar su ineficacia a aceptarlos holgadamente. La dicción legal del precepto no deja lugar a dudas: “la declaración de concurso, por si sola, no afecta a los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales, con la excepción de que los mismos pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso por lo que el juez podrá acordar la suspensión de sus efectos...”⁵⁹. Sobre esta premisa ha de rondar la interpretación terminológica que haremos del significado de la suspensión de los efectos de la cláusula de compromiso al arbitraje.

74. El término suspensión nos invita a pensar en el hecho de una paralización momentánea de los efectos de la cláusula compromisoria, tanto de los efectos positivos como de los negativos⁶⁰, pero también en que la referida cláusula es susceptible de recobrar su plena eficacia tan pronto como el procedimiento concursal concluya por cualquiera de los medios previstos en el art. 176 y 176 bis de la LC, o bien, porque la medida cautelar de la suspensión de los efectos pierda su razón de ser al entender el juez que ha dejado de resultar perjudicial para la tramitación del concurso. Es erróneo el silogismo: la suspensión del efecto negativo de la cláusula compromisoria pactada de no acudir a la vía jurisdiccional para resolver las controversias ha de conllevar que se active la posibilidad de acudir a la misma. Volveremos sobre ello.

1. La suspensión acordada en el caso *DelFuego Booking y David Guetta*

75. En el ordinal Quinto de la sentencia objeto de tratamiento se analiza el potencial perjuicio que la activación de la cláusula arbitral pudiera conllevar “para la tramitación del concurso”. Se parte de un asentamiento escueto acerca del término e implicación de la suspensión considerando que la finalidad de la misma pasa por facilitar el ejercicio de las acciones patrimoniales a favor de la masa concursal; por lo que la suspensión del convenio producirá una reactivación de las normas ordinarias de competencia judicial internacional. Incluso augura el juzgador que la parte que insta la suspensión de los efectos de la cláusula, la concursada, acudirá ante los juzgados de Primera Instancia de Santander. Ante este escenario el juez del concurso analiza el perjuicio del procedimiento.

⁵⁸ El referido artículo ha venido a acoger el principio de la *vis attractiva*, la conexidad de las acciones como premisa competencial a favor del juez del concurso.

⁵⁹ La redacción del TRLC, en el artículo 140 viene a ratificar el cambio producido por la reforma 11/2011, de 20 de mayo de la Ley de Arbitraje, aunque su dicción nos lleva a pensar en un reforzamiento de la premisa de validez tanto de los convenios arbitrales como de los pactos de mediación.

⁶⁰ El efecto positivo es una manifestación del principio *pacta sunt servanda* de la que deriva una obligación negativa, es decir las partes se obligan a dirimir sus controversias ante los tribunales arbitrales y, cumplir lo estipulado, equivale a no acudir a la vía jurisdiccional., el efecto negativo se manifiesta cuando alguna de las partes lo hace valer ante la jurisdicción (la declinatoria es el tratamiento procesal para hacer valer la función negativa) según D. ARIAS LOZANO, “Artículo 11”, en: D. ARIAS LOZANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de arbitraje de 2003*, Cizur Menor, 2005, p.102.

76. Ante tal asentamiento considero que la valoración que hace el juez del perjuicio para el concurso se sustenta en una base errónea si al efecto de la suspensión de los efectos del convenio arbitral se le aplican por analogía los propios de la declaración de la invalidez o nulidad, porque ambas consecuencias difieren sustancialmente. A mayor abundamiento, ni siquiera el juez se plantea en vía incidental analizar la validez del convenio arbitral después de exponer toda una serie de incertidumbres que le sugiere la cláusula compromisoria⁶¹.

77. No resulta baladí traer a colación nuevamente los pronunciamientos efectuados en la Exposición de Motivos de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, en tanto que la reforma del artículo 52.1 LC tenía como finalidad “mantener la vigencia del convenio arbitral siempre que se proyecte sobre meras acciones civiles...”; luego, si la suspensión se equipara a la nulidad de la cláusula y como efecto conlleva la reactivación de las normas de competencia judicial internacional, es evidente que se deja al convenio vacío de contenido y por ende, sin efecto alguno. Prueba de que así lo entiende el juzgador es la valoración que hace del perjuicio para el concurso por la posible activación de la cláusula compromisoria; y también por un dato omitido, el no referir en la resolución dictada cual es el plazo de suspensión al que somete el convenio arbitral.

78. Si la Exposición de Motivos de la referida ley se expresaba claramente en el sentido expuesto, también lo hacía la redacción del precepto 52.1 LC anterior a la reforma acometida en el año 2011, cuando se refería a la suerte que corría el convenio arbitral: “los convenios arbitrales quedarán sin valor ni efecto alguno durante la tramitación del concurso, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales”. En consecuencia, es evidente que la reforma pretendió dar un giro radical en la referida cuestión; si no respetamos el sentido de la misma el resultado obtenido es *contra legem*.

79. No huelga destacar que con anterioridad a la reforma del año 2011 ya resultó problemático fijar qué tipo de ineficacia era la que procedía, pues parte de la doctrina defendía que el convenio arbitral, válidamente celebrado, seguía siendo válido, aunque posteriormente una de las partes del convenio fuera declarada en concurso. Lo único que sucedía es que se suspendían los efectos del convenio en relación a esa parte, siempre condicionado a que resultara perjudicial para el procedimiento concursal. Por eso, en caso de que el convenio afectara a una relación jurídica con pluralidad de sujetos, el hecho de que uno de ellos se declarara en concurso no impediría a los restantes poder dirimir sus conflictos mediante el arbitraje. Prueba de ello es que el convenio arbitral sigue siendo válido, aunque sus efectos se suspenden respecto a la persona declarada en concurso⁶².

⁶¹ Por Auto del Juzgado mercantil número 10 de Barcelona, 26 de octubre de 2012, <http://www.mobiliariamonesa.com/09/2.1.%20AUTO%20SUSPENSION%20CLAUSULA%20ARBITRAL.pdf>, se acuerda por el juez concursal la suspensión de los efectos de cláusula compromisoria al albor del art. 52.1 LC, pp. 9 y ss, pero lo hace como una medida definitiva alejada de cualquier alzamiento de la suspensión, aunque alega que la no suspensión de los efectos conllevaría que el concurso no finalizaría hasta que se resolviera todas las cuestiones en el procedimiento arbitral al ser litigioso o contingente el crédito.

⁶² Entre otros, por Manuel Jesús Marín López. Este comentario ha sido realizado dentro del Proyecto BJU2002-00590 de la Dirección General de Enseñanza Superior e Investigación Científica, del Ministerio de Ciencia y Tecnología (“Las garantías del crédito en las situaciones concursales (en especial, las garantías financieras relativas a los valores anotados en cuenta)”, que dirige el Prof. Ángel Carrasco Perera.

Disponible en: https://previa.uclm.es/profesorado/mjmarin/invest_cap_4_art52.pdf. (no consta más referencia de la obra ni del autor que la citada). El autor refiere:

El convenio arbitral no va a producir efectos. Como se sabe, el convenio arbitral tiene una doble eficacia, positiva y negativa. Tiene una eficacia positiva, en el sentido de que “obliga a las partes a cumplir lo estipulado” (art. 11.1 LArb), es decir, a someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica (art. 9.1 LArb). La eficacia negativa consiste en que el convenio arbitral impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria (art. 11.1 LArb). En consecuencia, la suspensión de los efectos del convenio arbitral significa: a) por una parte, que las partes del convenio ya no están obligadas a someter las controversias jurídicas que entre ellas surjan o puedan surgir a arbitraje; y b) por otra, que cualquier de las partes tiene vía libre para acudir a los tribunales y ejercitar en ellos las acciones judiciales que estime pertinentes. Y ello es así con independencia de que la parte que celebró el convenio arbitral, y después es declarada en concurso, ocupe en ese nuevo proceso judicial que se va a iniciar la posición de demandada (art. 50 LC) o de demandante (art. 54 LC).

80. Es evidente que a tenor de la redacción actual esas dudas han quedado disipadas pues se ha cambiado rotundamente el criterio al establecer que la declaración de concurso puede provocar la suspensión de los efectos del convenio arbitral, efectos que no desaparecen de forma definitiva, sino de manera provisional y durante la tramitación del concurso. Por lo tanto, cuando la tramitación del concurso concluya, la suspensión de los efectos decae, y el convenio arbitral recupera la doble eficacia positiva y negativa⁶³.

2. La suspensión de los efectos del convenio: una medida cautelar

81. Lo anteriormente expuesto nos permite pensar, tal y como expusimos en el epígrafe IV de este trabajo, en que la suspensión acordada comparte los fundamentos que sustentan la adopción de una medida cautelar. Y por si cupiera alguna duda acerca de la falta de competencia, el artículo 8.4 de la LC incluye como una materia exclusiva y excluyente de la competencia del juez concursal, la referente a la suspensión de las medidas cautelares adoptadas por los árbitros, o la de solicitar su levantamiento, cuando considere que pueden suponer un perjuicio para la tramitación del concurso. Y si la duda surgiera por lo que respecta a la internacionalización del arbitraje, refiere el precepto que se hará de acuerdo con lo dispuesto en el art. 52 LC, y sin diferenciar el contenido de sus dos apartados, es decir ya se haya iniciado, o no, el procedimiento concursal⁶⁴. Como corolario de lo expuesto, no cabe pues margen de duda acerca de la legitimación del juez concursal para adoptar una medida provisional de suspensión de los efectos del convenio como la que nos ocupa.

VI. El perjuicio para la tramitación del concurso como causa de la suspensión

82. El artículo 52.1 LC supedita la suspensión del convenio arbitral al potencial perjuicio que pudieran suponer la activación y/ o eficacia de los pactos de mediación y convenios arbitrales para la tramitación del concurso. Aun así, valorada la posibilidad, permite al juez concursal que pueda o no acordar la suspensión de los efectos.

1. La valoración judicial del perjuicio en el asunto *DelFuego Booking y David Guetta*.

83. Pese a la escasez de estudios valorando el perjuicio concursal, entiendo que la interpretación que se haga del término “suspensión” condicionará necesariamente la que se haga de la valoración del “perjuicio para la tramitación del concurso”, pudiendo llegar a conclusiones diametralmente opuestas según se adopte una u otra.

84. En la sentencia de referencia aprecio que se produce un segundo error de base. Es cierto que en la referida resolución se valoran los distintos posicionamientos doctrinales que hay al respecto; los que entienden que únicamente cabría la suspensión del convenio si pudieran provocar “obstáculos de naturaleza procesal” para la tramitación del concurso, ya que la ley habla de “perjuicios para la tramitación” y no de “perjuicios para el concurso”. De seguirse esta corriente doctrinal, refiere el juzgador, no

⁶³ Incluso hay quien llega más allá, M. GÓMEZ JENE, “El convenio arbitral...”, *op cit*, p. 34, se plantea como especialmente controvertido determinar si el convenio arbitral deviene ineficaz – o sin valor- cuando las partes implicadas – o una de ellas- sean económicamente insolventes, entendiéndose que únicamente la voluntad de la parte solvente de asumir los costes del arbitraje puede salvar dicha eficacia. Sin embargo, si la solvent no está en disposición de cubrir también los honorarios de los letrados de la contraparte (...) se ha estimado que el convenio arbitral debe perder su eficacia. Refiere en nota a pie de página que en la jurisprudencia española ha de verse el AP de Barcelona de 29 de abril de 2009, EDJ 2009/260256.

⁶⁴ M. VIRGÓS SORIANO Y F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *The European...*, *op cit.*, 63, excluyen la tutela cautelar del ámbito exclusivo del juez concursal.

podríamos ampararnos en los costes del arbitraje o las consecuencias económicas para el concurso de acreedores. El juzgador, avalado por precedentes judiciales, entiende que el procedimiento, como mero trámite, no es digno de protección ni puede sufrir un “perjuicio”. Otro sector de la doctrina, como continúa refiriendo el juez concursal,⁶⁵ apunta (además de los supuestos de maquinaciones fraudulentas) al “interés del concurso” que permite resolver contratos no afectados por la declaración de insolvencia (art. 61 LC). Así, el posible perjuicio habrá de definirse a la luz del interés colectivo de todos los acreedores concurrentes, o en su caso, a conservar o incrementar la integridad y el valor de los activos del deudor en beneficio de los acreedores.

85. En atención a lo expuesto, en la sentencia se plasma la valoración del perjuicio haciendo una comparativa de costes entre el procedimiento arbitral y el judicial, partiendo de una premisa que anuncia en el punto 35 de la sentencia, la referente a que la suspensión del convenio producirá una reactivación de las normas ordinarias de competencia judicial internacional⁶⁶. Reiteramos el desacuerdo con la anterior conclusión, toda vez que la suspensión debe conllevar únicamente la paralización temporal de la facultad de las partes suscriptoras del compromiso para acudir a la vía arbitral. La conclusión a la que llega el juzgador únicamente procedería si se acuerda la nulidad del convenio.

86. No podemos estar más en desacuerdo con la valoración que hace del mismo el juez concursal partiendo de la referida comparativa de costes; es el juez quien reconoce la vaguedad de la cláusula compromisoria (susceptible de haber sido cuestionada su validez), así como el hecho de que la masa activa del concurso no dispone de tesorería siendo su principal activo el crédito que se arroga frente al artista indicado. Concluye refiriendo que: *el perjuicio es evidente desde el momento en que, la posibilidad de que los miles de consumidores de la concursada pudiera llegar a algún tipo de recuperación de sus créditos en el concurso, pasa por el éxito (por lo tanto por la posibilidad) de la indicada reclamación de la promotora concursada frente al artista presuntamente responsable del incumplimiento contractual, resultando inviable (por su coste), de no suspenderse el convenio arbitral, que perjudica de tal manera a la tramitación del concurso al punto de convertirlo en inútil.*

87. Sobre esta última reflexión he de apuntar que lo que verdaderamente puede resultar perjudicial para el procedimiento concursal es acordar la suspensión del convenio arbitral. Reparemos en que, sin apenas activo, es casi seguro que el propio procedimiento concursal, que habrá generado unos gastos nada desdeñables para la masa, finalice sin éxito por insuficiencia de masa activa y a expensas de una posible reapertura del concurso si se consigue una estimación íntegra de las pretensiones indemnizatorias frente al artista en el procedimiento de reclamación por incumplimiento contractual. No obstante, es significativo no obviar que la reapertura del concurso queda condicionada a que se obtenga resolución firme en un plazo de cinco años (art. 179 LC).

88. Valorar el perjuicio también ha de conllevar el análisis de la viabilidad de la referida reclamación por incumplimiento contractual, máxime cuando ya se toma como algo plausible el potencial éxito de la reclamación del crédito que la concursada se arroga frente al artista, pero también el de las inevitables dilaciones de la administración de justicia⁶⁷ que se producen con motivo de la tramitación de un procedimiento declarativo ordinario, desde su incoación hasta obtener una sentencia firme. Luego,

⁶⁵ M. A. PENEDÉS FONS, *op cit.* pp. 143-145. Reconoce el autor, que dado el silencio hermenéutico del art. 52.1 LC, sobre el significado del término perjuicio puede suplirse a través del recurso a expresiones similares empleadas por el legislador en otros puntos, como el art. 61LC, que ofrece un útil criterio para que el juez concursal pueda ordenar la resolución contractual. En este sentido ha de estarse: al interés de la masa e interés del concurso, aunque es materia polémica. No obstante, el autor refiere, (con lo que no nuestro conformidad), que la evaluación sobre los posibles perjuicios deberá hacerse de acuerdo con los costes y trámites requeridos por el foro que sería verdaderamente competente en ausencia de pacto arbitral.

⁶⁶ En este sentido opina I. HEREDIA CERVANTES, *Arbitraje, concurso internacional... Op cit.* pp. 5, en comentarios a la referida sentencia, llegando a la misma conclusión que la que se expone en la sentencia.

⁶⁷ Valoramos el perjuicio según el criterio de la sentencia que la analiza, por ello valoramos la dilación de la administración de justicia a la vía a la que aboca el juez a la parte concursada que solicita la suspensión.

consideramos que la suspensión, tal y como la interpretamos, conllevaría un retraso temporal considerable en obtener una resolución favorable respecto a una pretensión que tiene visos de prosperabilidad, por no decir, una causa o razón que permita forzar un acuerdo extrajudicial entre las partes contratantes. En consecuencia, el perjuicio de los acreedores estaría servido si obviamos los razonamientos apuntados y, por ende, se acuerda la suspensión de los efectos de la cláusula compromisoria.

89. Con todo ello, hemos de hacernos la siguiente pregunta: ¿qué sucedería en el asunto objeto de análisis si no se acuerda la suspensión de los efectos del convenio arbitral? ¿implicaría que el procedimiento concursal no finalizará hasta en tanto no se resuelva la cuestión controvertida en el procedimiento arbitral, en caso de haberse activado el convenio arbitral?; la respuesta ha de ser negativa, no impediría la terminación del procedimiento concursal, aunque el posible reintegro de activo a la masa a tenor del laudo arbitral que se dicte pudiera conllevar una reapertura del procedimiento concursal (art. 179. 2 y 3 LC).

90. No es efímera la diferencia entre acordar la nulidad de un convenio arbitral y la mera suspensión cautelar de sus efectos, pues la invalidez de la cláusula compromisoria acordada judicialmente sí permitiría la activación de las normas sobre competencia judicial internacional, que es lo que parece desear el juzgador y, por ende, avanzar en la resolución de la controversia. De no hacerlo así, aventuramos una inútil finalidad del concurso de acreedores que terminará por insuficiencia de activo y sobrecargado de costes y transcurso de tiempo baldío. No obstante, el juez concursal considera el crédito frente al artista prácticamente el único activo del que dispone la empresa concursada. La trascendencia patrimonial que para el deudor concursal tiene la reclamación frente a la parte que ha incumplido el contrato y ha provocado la situación de insolvencia, es ciertamente crucial para valorar la suspensión de los efectos del convenio y su íntima relación con el perjuicio que la suspensión puede o no ocasionar.

91. En consecuencia, el perjuicio no puede venir referido a la existencia misma del convenio arbitral, pues, tras la reforma del artículo 52 LC por ley 11/ 2011, de 20 de mayo⁶⁸, ha demostrado que el legislador no concibe el arbitraje como una opción menos válida o más perjudicial que la tramitación judicial, sino que parte de su equivalencia a los efectos concursales⁶⁹. Prueba que refuerza lo anteriormente expuesto es que el precepto equipara al convenio arbitral con los pactos de mediación a los efectos suspensivos.

2. El fraude como causa de anulación de los convenios a tenor de la norma concursal.

92. Una de las razones que abonan la justificación referente a que la suspensión de los efectos del convenio goza de naturaleza cautelar y no definitiva, se halla en la previsión acogida en el artículo 53.2 LC⁷⁰ así como en el apartado 4 del artículo 140 del TRLC, en los que se prevé, para el caso de fraude, la legitimación de la administración concursal para impugnar ante el juez del concurso tanto los

⁶⁸ En este estado de la cuestión, el TRLC en su artículo 140, actual 52.1 LC, clarifica los extremos de la suspensión, en cuanto a la legitimación y momento procesal en que puede regir, pero sigue utilizando el mismo término sin variar un ápice en su significado, ni siquiera en la discrecionalidad del juez en cuanto a la valoración del perjuicio.

⁶⁹ M.A.PENEDÉS FONS, *op cit*, pp. 143 y 144: *Sin lugar a dudas, los escenarios más claros para el ejercicio de la potestad suspensiva del art. 52.1 LC se darán cuando sea posible identificar la existencia de maquinaciones fraudulentas entre el deudor y alguno o algunos de sus acreedores que pretendan emplear el arbitraje como mecanismo evasor de los imperativos concursales.* 463 *Sin perjuicio de la obvia dificultad de probar el fraude a través de la mera conclusión de un convenio arbitral sin que ésta haya dado lugar a procedimiento o laudo alguno,* 464 *la posibilidad de suspender en estos casos el pacto arbitral es coherente con la acción especial que también prevén los 53.2 y 86 LC para impugnar los laudos dictados como consecuencia de prácticas fraudulentas en el seno del arbitraje.*

⁷⁰ La dicción de este artículo merece ser reproducido: *1. Las sentencias y los laudos firmes dictados antes o después de la declaración de concurso vinculan al juez de éste, el cual dará a las resoluciones el tratamiento concursal que corresponda. 2. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de la acción que asiste a la administración concursal para impugnar los convenios y procedimientos arbitrales en caso de fraude.*

pactos de mediación como los convenios y procedimientos arbitrales, es decir dispensa la posibilidad de acordar la nulidad o rescindibilidad de los convenios y procedimientos arbitrales, diferenciándola del apartado que prevé la mera suspensión de los efectos. Pues bien, considero que esta novedad también introduce una nueva delimitación del perjuicio, el interés de la masa⁷¹.

93. En el asunto *Delfuego Booking y David Guetta* se alude a las maquinaciones fraudulentas con motivo de la valoración que el juez concursal hace del perjuicio asumiendo los distintos criterios doctrinales que se han pronunciado al respecto y de las soluciones hermenéuticas que se han desarrollado a tenor de la LC.⁷² No refiere el juzgador que la cláusula arbitral del contrato sea fraudulenta, pero si aprovechamos la ocasión para exponerla como una de las posibilidades que el juez tenía a su disposición para declarar la ineficacia de los efectos del convenio arbitral.

94. No obstante, por coherencia sistemática nos vamos a ceñir al análisis del fraude en el convenio arbitral previamente a haberse incoado procedimiento alguno, anticipando de antemano la primera dificultad con la que nos encontramos, la de su acreditación⁷³, no sin antes haber salvado otra, la de definir en qué ha de consistir ese fraude, pues ni siquiera la norma específica si ha de ser un fraude legal o procesal.

95. Partimos nuevamente de las causas de nulidad del convenio arbitral e ideamos la posibilidad de que pueda resultar contrario al orden público -al concurrir fraude de ley en la estipulación-, o bien por no cumplir los requisitos esenciales del contrato, es decir por falta de consentimiento, objeto o causa. O supongamos que la cláusula arbitral prevista en el ordinal 18 del contrato del asunto *DelFuego Booking y David Guetta* tuviera por objeto una causa falsa, evadir las normas de competencia judicial obligando a la contraparte a un arbitraje que no se delimita en absoluto pues no respeta ni el contenido necesario⁷⁴, es decir, se pretenda imponer a la contraparte tal cláusula como condición para la contratación por lo que la manifestación ni es libre ni es consciente, vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva, ex art. 24 de la Constitución Española. En conclusión, la finalidad de insertar una cláusula compromisoria puede estar en blindar al arbitraje ante un procedimiento concursal.

96. El fraude puede estar servido, como en su momento lo expusimos con motivo del análisis de la posibilidad de declaración de nulidad de la cláusula compromisoria de oficio por el juez concursal. Hay potenciales razones de peso para que el juez pueda valorar la posible patología del convenio arbitral.

⁷¹ No obstante, en el artículo 53 LC ya se aludía al fraude como causa de impugnación por parte del administrador concursal pero respecto convenios y procedimientos arbitrales, sin que la competencia se atribuya al juez concursal.

⁷² El juez concursal citando a M. A. PENEDÉS FONS (sin reseñar cita), valora las distintas posiciones doctrinales en los puntos de la sentencia: 31 a 34 (este el referido a los supuestos de maquinaciones fraudulentas), para concluir en el punto 35 que la suspensión del convenio produciría una reactivación de las normas ordinarias de competencia judicial internacional, con lo que manifesté, no estaba de acuerdo.

⁷³ Lo conecta el juez con el “interés del concurso” que permite resolver contratos en principio no afectados por la declaración de insolvencia (art. 61 LC)

⁷⁴ STS 6 de octubre de 2015, ECLI: ES:TS:2015:4125. La doctrina de esta Sala ha recordado que la maquinación fraudulenta precisa de prueba cumplida de hechos, que, por sí mismos, evidencien que la sentencia ha sido ganada por medio de ardides o artificios tendentes a impedir la defensa del adversario, de suerte que concurra un nexo causal eficiente entre el proceder malicioso y la resolución judicial (STS de 9 de diciembre de 1999 y las en ella citadas), y que no se autoriza a los litigantes a proponer un nuevo examen de las cuestiones que ya tuvieron un lugar adecuado en el pleito y la revisión ha de basarse en hechos ajenos al pleito (STS de 14 de enero de 1988).

⁷⁴ Dados los términos genéricos expuestos, tales como la causa, el objeto de la controversia, y para profundizar sobre ellos vid al profesor L. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, Civitas, Madrid, 1991, p.115 “la causa típica del convenio arbitral es el apartamiento de la jurisdicción ordinaria para someterse a lo que podríamos denominar el Tribunal arbitral. Por otra parte, J, MERINO MERCHÁN, y J, CHILLÓN MEDINA: *Tratado de Derecho Arbitral*, Ed. Civitas, 14ª ed, pp. 216-217, postulan la cuestión objeto de controversia como causa del arbitraje.

Para L. PRATS ALBENTOSA, «Art. 9» en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, La Ley, Madrid, 2013, pp. 243-245, es la libertad de las partes la razón de ser del convenio arbitral, siempre que la materia sea disponible y concurran todos los requisitos que para su validez y eficacia. Lo que nos lleva a pensar que ha de analizarse cada caso para visualizar y comprobar la existencia de vicios en las clausulas compromisorias.

tral, pues la cláusula no refiere qué controversias son susceptibles de arbitraje – ni siquiera refiere que las mismas sean las que puedan dimanar del contrato- ni ningún otro aspecto del mismo. Reparemos en un dato fundamental, si bien la suspensión de la cláusula puede ser acogida de oficio por el juez, la declaración de su nulidad por fraude ha de ser instada por el administrador concursal, como único legitimado, asumiendo de plano el juez del concurso la competencia para su enjuiciamiento.

97. Pues bien, ya en cuanto a su naturaleza, la acción de impugnación goza de la similitud de las acciones rescisorias concursales a solventar por el incidente concursal, en especial las integradas en el art. 71.1 LC (como actos perjudiciales para la masa) por lo que nos volvemos a topa con un problema competencial que, de nuevo, el reciente texto Refundido de la LC también omite. Sin embargo, consideramos que el problema está saldado pues el juez concursal está amparado por lo dispuesto en el artículo 6.1 del Reglamento de procedimientos de insolvencia 2015/848. El precepto refiere que podrá conocer sobre las acciones que deriven directamente del procedimiento de insolvencia y tenga una estrecha vinculación con éste (el artículo ejemplifica con las acciones revocatorias) el órgano judicial en el que se haya abierto un procedimiento de insolvencia principal⁷⁵. Por si alguna duda cupiere, también está amparado por el art. 7.2 m) que establece que será la ley del Estado de apertura la que determinará las condiciones de las normas relativas a la nulidad, anulación o inoponibilidad de los actos perjudiciales para el conjunto de los acreedores⁷⁶.

VII. A modo de cláusula de cierre, y a vueltas con la reverencia que el art. 52.1 *in fine* LC hace a los tratados internacionales

98. La consecuencia general prevista en el art. 52.1 LC sobre la suspensión de los efectos encuentra una anotación al final del precepto pues refiere que todo lo acogido en su dicción lo es “sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales”. Ya hemos abordado, con motivo del análisis del sistema monista o dualista y del tratamiento y la posibilidad que tiene el juez de acordar en vía incidental la nulidad de la cláusula compromisoria, como la mayoría de la doctrina considera que la referencia a los tratados internacionales es innecesario e inútil, por obvia, en cuanto que es evidente que los tratados internacionales en los que España sea parte se aplicará con preferencia a lo establecido en la LC; además, no existen a la fecha tratados que versen sobre arbitraje e insolvencia y hagan referencia a lo tratado en el art. 52.1 LC⁷⁷. Ya mostramos la utilidad del precepto y la disconformidad con la doctrina.

1. Efectos de la resolución judicial acordando la suspensión frente a terceros Estados miembros de la UE

99. La consideración que de nuevo me lleva a pensar acerca de que la referencia que hace el precepto 52.1 de la LC ni es impertinente ni es inútil,⁷⁸ se nutre de una segunda razón de peso que viene a reafirmar la convicción de su utilidad y que tiene mucho que ver con los efectos extraterritoriales de la resolución judicial que declara la suspensión de la cláusula arbitral: ¿es posible hacer valer la resolución de suspensión de la eficacia del convenio arbitral en el ámbito internacional en aplicación del art.

⁷⁵ No olvidemos reparar en el actual art. 199 LC y el art. 720 del TRLC. Este último precepto establece que las normas de este libro se aplicaran sin perjuicio de lo establecido en el Reglamento sobre procedimientos de insolvencia de fecha 20 de mayo de 2015.

⁷⁶ No obstante, difiere la impugnación por fraude y la acción rescisoria en cuanto al elemento perjuicio, toda vez que en la acción rescisoria no se requiere que concurra fraude sino únicamente perjuicio para la masa activa del concurso.

⁷⁷ El Texto Refundido de la Ley Concursal cambia la redacción, pero no el sentido, y en el art 140.3 *in fine* establece que: “Quedan a salvo los tratados internacionales”.

⁷⁸ Tratamos el precepto en las pp.21- 23.

52.1 LC?, y en su caso, ¿bajo el auspicio de qué instrumentos internacionales podemos hacer valer la sentencia que acuerda la suspensión de los efectos de la cláusula?

100. Traigamos a colación de nuevo el asunto *DelFuego Booking y David Guetta*⁷⁹: supongamos que, habiendo acordado el juez concursal la suspensión de los efectos de la cláusula, el artista decide iniciar el arbitraje ante el tribunal arbitral o ante los órganos jurisdiccionales franceses, por ser este el país donde tiene el domicilio del actor. Sin embargo, bien la administración concursal o la entidad mercantil concursada, o ambos, quieren hacer valer ante esos tribunales la resolución acordando la suspensión de la cláusula o convenio arbitral.

101. No podemos acudir al Reglamento de Bruselas I Bis toda vez que queda excluida de su ámbito la materia referente a arbitraje y a la quiebra. Se nos presenta un segundo problema, el tribunal arbitral puede comenzar por no reconocer la existencia de la situación concursal, y ya hemos analizado que desde la perspectiva del Derecho arbitral no existe una norma de conflicto que disponga qué ley ha de regir los efectos que el concurso produce sobre un procedimiento arbitral internacional, como ocurre en este caso en que la sede arbitral queda fuera del estado de apertura de concurso, pues se localiza en Londres⁸⁰.

102. Es decir, no ha de descartarse la posibilidad de que los árbitros, y por motivos de prudencia, puedan suspender el arbitraje y sugerir a las partes que soliciten la homologación de concurso directamente ante los tribunales de la sede arbitral (en este caso Londres). Aunque ello implique recurrir al ámbito judicial del que las partes pretendían huir; esta decisión permitiría garantizar la utilidad del procedimiento arbitral y evitaría el riesgo de que árbitros y jueces alcanzaran conclusiones incompatibles al respecto⁸¹.

103. Es una solución óptima sentada en el principio de reciprocidad porque a la postre robustece en vía de regreso el laudo arbitral. No obstante, no olvidemos que también puede tener cabida el orden público como sustento de la denegación del reconocimiento y ejecución del laudo en base a que se hizo caso omiso a una resolución judicial acordando la suspensión.

104. Reforzamos lo anterior trayendo a colación el Reglamento de procedimientos de insolvencia 2015/848, en sus artículos 19 y 32, pues vienen a sentar que las resoluciones relativas al desarrollo y conclusión de un procedimiento de insolvencia por parte del órgano jurisdiccional así como los convenios aprobados por dicho órgano jurisdiccional, se reconocerán asimismo de pleno derecho y se ejecutarán con arreglo a los artículos 39 a 47 y artículos 47 a 57 del Reglamento (UE), nº 1215/2012. El artículo 32 extiende lo anteriormente expuesto a las resoluciones dictadas relativas a las medidas cautelares y adoptadas tras la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia o en relación con esta, pero específica en el apartado 2, que, en el caso de tratarse de resoluciones diferentes a las referidas en el apartado primero, el reconocimiento y la ejecución se regirán por el reglamento 1215/ 2015 siempre que dicho reglamento sea aplicable.

⁷⁹ Aunque esta posibilidad no fue abordada por el juez concursal con motivo de la valoración del perjuicio para la tramitación del concurso.

⁸⁰ La posibilidad de que el juez concursal pueda recurrir al art. 52.1 LC deriva de la norma de conflicto contenida en el art. 7.2.e) RI, según la cual ha de ser la *lex fori concursus* la que regule el efecto que la declaración de insolvencia produce sobre los convenios arbitrales concluidos por el deudor. Sin embargo, si la administración concursal decide ejercitar una acción judicial contra B y ésta presenta una declinatoria de jurisdicción solicitando el reconocimiento del convenio, ¿es este régimen directamente aplicable en ese contexto?

⁸¹ M.A. PENEDÉS FONS, *Insolvencia transfronteriza*..., p. 298, referenciando el caso inglés *Kombinat Aluminjuma Podgorica AD (In Bankruptcy)*, *Re* [2015] EWHC 750 (Ch), en el que el tribunal arbitral LCIA con sede en Londres decidió acudir a los jueces ingleses para acudir al levantamiento de la suspensión automática de arbitrajes del deudor que prevé el Derecho concursal inglés para insolvencias extranjeras que hayan sido reconocidas. Igualmente, vide *Re Pan Ocean Co. Ltd; subnom Seawolf Tankers Inc and another v Pan Ocean Co Ltd and another* [2015] EWHC 1500 (Ch).

En este sentido se pronuncia M. GÓMEZ JENE, "El convenio....", *op cit.* p. 37.

2. Reconocimiento de los efectos de la resolución suspensiva frente a Estados no miembros de la UE. Una problemática añadida en el asunto *DelFuego Booking y David Guetta*

105. Es un hecho previsible que las dificultades con las que nos hemos encontrado pueden no tener fin con el dictado judicial que acuerda la suspensión de los efectos de la cláusula compromisoria, sino que pueden sucederse si una de las partes, obviando la resolución judicial, intenta activar la cláusula ante los tribunales arbitrales de la sede pactada, en nuestro caso en Londres.

106. Para hacer valer la resolución que acuerda la suspensión de los efectos del convenio arbitral frente a un tercer estado que no sea Estado miembro de la Unión Europea, acudiremos de nuevo a la normativa acogida en los Convenios de Nueva York y de Ginebra, por ser ambos Estados parte y regular la declinatoria de jurisdicción. Cuestión diferente es que pudiera no resultar efectivo si las normas de conflicto del Convenio de Ginebra (art. VI) no remiten a la legislación española y por ende resultaría probable que no surta efectos la resolución acordando la suspensión⁸².

107. Es una lectura acorde con la filosofía defendida por la propia UNCITRAL, cuya Guía de Incorporación de la Ley Modelo de Insolvencia afirma que las reglas concursales que prevén la invalidez o la ineficacia (indefinida o temporal) del convenio arbitral como consecuencia de procedimiento concursal “no son contrarias al Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales de 1958”.

108. No obstante, hemos de ceñirnos a los efectos de la suspensión, no como ineficacia del convenio, sino como una medida cautelar, posición esta que venimos defendiendo durante el presente trabajo, al considerar que goza de la naturaleza de medida provisional y en tanto no se acuerde la finalización del concurso, momento en el que adquiere todo su fuerza y vigor⁸³.

109. Recreémonos finalmente en la siguiente situación hipotética, trayendo a colación el asunto judicial objeto de análisis y en la necesidad de hacer valer ante el tribunal arbitral la sentencia del juzgado de lo mercantil: el tribunal arbitral que hubiese sido designado puede defender que, al no estar Reino Unido en la Unión Europea no resulta de aplicación, ni el Reglamento de procedimientos de insolvencia, ni el Reglamento Bruselas I Bis⁸⁴, por lo que, aun reconociendo la suspensión de la cláusula arbitral por sentencia, consideran que no han de interferir suspensivamente en el procedimiento arbitral que se está válidamente desarrollando en Londres, máxime cuando no ha sido declarada nula la cláusula compromisoria a tenor de los instrumentos internacionales, el Convenio de Nueva York y al de Ginebra, que por ser España un país parte, le obliga a respetar.

110. Son varias las preguntas que se nos antoja formular: ¿se puede plantear una declinatoria de jurisdicción si el arbitraje se inicia acordada la suspensión de la cláusula⁸⁵?; o ¿es de recibo pedir el

⁸² Cuando la suspensión o la ineficacia de un convenio arbitral derivara del régimen concursal de un Estado situado fuera de la Unión, en donde se estuviera tramitando el concurso, y un tribunal judicial español tuviera que decidir sobre su competencia en relación con la disputa cubierta por el convenio. En este caso, el reconocimiento del procedimiento de insolvencia extranjero y de sus efectos en España estaría amparado por el art. 223 LC.

⁸³ la reforma de 2011 introduce una solución mucho más favorable para la vía arbitral. En efecto, según la actual redacción del art. 8.4º LC, la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:

“[...] 4.º Toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado excepto las que se adopten en los procesos que quedan excluidos de su jurisdicción en el párrafo 1.º de este precepto y, en su caso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52, las adoptadas por los árbitros en las actuaciones arbitrales, sin perjuicio de la competencia del juez para acordar la suspensión de las mismas, o solicitar su levantamiento, cuando considere que puedan suponer un perjuicio para la tramitación del concurso”.

⁸⁴ El Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (2019/C 384 I/01), incluye una serie de disposiciones que definen qué sucede con los procedimientos de cooperación judicial en curso durante el periodo transitorio y no finalizados el 31 de diciembre de 2020.

La cooperación judicial entre España y el Reino Unido se regirá con carácter general, en materia civil, por los Convenios internacionales adoptados en el marco de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado.

⁸⁵ Un escollo con el que nos encontramos son los preceptos acogidos en la ley de arbitraje española, exactamente el art. 22.1 y el 11.2 en el sentido de que la declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales. Reparemos

reconocimiento y ejecución de la sentencia adoptando esa medida cautelar con la finalidad de paralizar el procedimiento de arbitraje?, ¿procede someter la nulidad de la cláusula compromisoria al tribunal arbitral con motivo de la declinatoria?

111. Son muchos los interrogantes y muchas las respuestas a las que no procede dar cabida en este trabajo, pero en todo caso si dejar sentado, en aras a buscar la opción procesal más adecuada de las planteadas, que las normas de conflicto relativas a arbitraje que prevé el Reglamento de Insolvencia en los art. 7 y 18 son relevantes para todas las acciones de reconocimiento y ejecución presentadas ante las autoridades de cualquier Estado Miembro que se dirija contra una parte sometida a un pronunciamiento concursal en otro Estado de la Unión. La superioridad normativa del régimen del Reglamento y la necesidad de asegurar el *effet utile* de sus normas se deberá traducir en la prevalencia del instrumento europeo sobre las soluciones previstas en el art. V del CNY⁸⁶.

112. Pese a que el Reino Unido ya no forma parte de la Unión Europea ello no nos supone un problema de partida, aunque si pudiera atraer otros, de calificación y conflictual, ya que a partir del 1 de enero de 2021, el acuerdo del Consejo sobre la retirada del Reino Unido⁸⁷ una vez finalizado el periodo transitorio, el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, se aplicará a los procedimientos de insolvencia y a las acciones a que se refiere el artículo 6, apartado 1, de dicho Reglamento, siempre que el procedimiento principal se haya incoado antes del final del periodo transitorio⁸⁸, lo que ocurre en el asunto que nos ocupa, *DelFuego Booking y David Guetta* toda vez que hemos defendido que el Reglamento aludido atribuye competencia al juez concursal para adoptar la cautela de suspensión de los efectos del convenio arbitral.

113. En todo caso, asumiendo que no resulte de aplicación los instrumentos de la UE y, a salvo de los convenios multilaterales susceptibles de aplicación a ambos Estados, en materia de competencia judicial internacional, Convenio de Lugano de 2007 o de la Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro o Convenio de 2 de julio de 2019 sobre Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y mercantil⁸⁹, se aplicará la normativa interna de derecho internacional que en nuestro caso está prevista en la Ley Concursal y/o LOPJ, lo que no supone cambio significativo alguno porque a la postre la primera de las leyes referidas siguió en su dictado las directrices pautadas por los Reglamentos de procedimientos de insolvencias analizados.

VIII. Conclusiones

114. La institución arbitral internacional y la insolvencia transfronteriza interaccionan y confluyen de manera cada vez más frecuente a tenor de la globalización imperante en la contratación. Es inevitable que el roce institucional provoque numerosas fricciones que se agudizan sobremanera por razones, entre otras muchas, de naturaleza, diseño y funcionamiento de ambas disciplinas.

115. Se avecinan malos tiempos para el mecanismo privado de resolución de controversias cuando una de las partes en el contrato deviene insolvente. La pandemia Covid-19 que estamos sufrien-

que la ley de arbitraje no solo hace aplicable su normativa a los arbitrajes nacionales e internacionales que se desarrollan en España (art. 1.1 LA) sino que prevé también la aplicación de algunos de sus preceptos a los arbitrajes que tengan lugar fuera del territorio español (es decir, combinan su normativa internacional con su carácter extranjero), art. 1.2 LA.

⁸⁶ M. PENEDÉS FONS, *op cit.* pp. 397 y 398.

⁸⁷ Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (2019/C 66 I/01) DOU 19 de febrero de 2019. Disponible: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12019W/TXT&from=EN>

⁸⁸ Art. 67.2 y 3 c) del Acuerdo del Consejo.

⁸⁹ Para profundizar en este tema *vid.* R. ARENAS GARCÍA, “Brexit y Espacio Europeo de libertad, seguridad y Justicia: de lo deseable a lo posible”, *Diálogos jurídicos 2018 Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, pp. 28 y ss.

do goza inexorablemente del elemento internacional lo que augura el siguiente escenario: que los operadores económicos, acuciados por sus acreedores, vayan en busca de una reestructuración de sus deudas al albor de la normativa protectora que rige en el ámbito transnacional, refugiándose en el procedimiento concursal y aprovechando la ocasión para solicitar la paralización de los efectos de los convenios arbitrales. Es en este momento cuando surge el problema para el juzgador pues la cuestión planteada, la relativa a la suspensión de una cláusula compromisoria como efecto de la declaración de concurso, es una cuestión de índole concursal y no arbitral.

116. Como quiera que la Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958, así como el Convenio europeo sobre arbitraje internacional hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961 no contienen norma alguna sobre los aspectos referidos a la búsqueda de la norma de conflicto y selección de ley aplicable, sin obviar que la materia concursal y el arbitraje están excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento de Bruselas I Bis, hemos de centrar la atención en el Reglamento (UE) del Parlamento europeo y del Consejo sobre procedimientos de insolvencia 2015/ 848, de 20 de mayo de 2015, y encontrar en el la respuesta a todas las dudas sugeridas. Lo ideal sería lograr un método conflictual que sea operativo en el ámbito concursal como en el arbitral con la finalidad de que respete los principios y las peculiaridades de cada uno de ellos y a su vez un acuerdo en cuanto a la forma de calificación de la situación concursal a los efectos de la determinación de la ley aplicable.

117. El asunto objeto de tratamiento, la sentencia dictada en el incidente concursal denominado, *DelFuego Booking y David Guetta*, nos ha permitido crear una hoja de ruta actual que guíe aquellos supuestos en los que, declarado un concurso de acreedores en España, se solicita la suspensión de los efectos de la cláusula arbitral internacional que ha sido convenida por las partes pero que no ha provocado inicio de procedimiento alguno, y en la que uno de los suscriptores es la parte concursada.

118. El Reglamento 1246/2000 guardaba silencio acerca de los efectos del concurso sobre una cláusula arbitral no activada a la fecha de declaración de la insolvencia, ni en sentido material ni de selección de ley aplicable, por lo que había de iniciarse una interpretación sistemática de su articulado en directa relación con el criterio *Gourdain*, y la naturaleza contractual y/ o procesal del Convenio arbitral. Fueron varios los asuntos que se tornaron emblemáticos y como punto de referencia inexcusable en la búsqueda de la norma de conflicto, en especial, asunto *Elektrim* y asunto *Pirelli*.

119. Ahora bien, eso no es suficiente, no es posible interpretar correctamente las normas sobre ley aplicable previstas por el Reglamento si no prestamos la atención que requiere el régimen de competencia judicial internacional y el principio de *vis attractiva concursus* diseñado por el legislador de la Unión. Únicamente tras explorar estos dos aspectos es posible proponer una interpretación apropiada de la influencia del Reglamento sobre el arbitraje internacional. Son muchas las acciones que se pueden ejercitar y derivarse del procedimiento de insolvencia o que guarden relación con ella y que están sometidas a las normas generales de competencia y reconocimiento y ejecución.

120. Con la entrada en vigor del Reglamento sobre procedimientos de insolvencia 2015/848 , de 20 de mayo de 2015, los parámetros de interpretación no son los mismos que los que fueron bajo el auspicio del Reglamento predecesor, pues la norma en vigor acoge un amplio criterio del principio de *vis attractiva*, así como una referencia expresa al arbitraje de los que carecía el anterior Reglamento, y lo que es sumamente importante, verdaderas normas de competencia judicial internacional, por lo que, acudir insistentemente en la actualidad a los asuntos *Pirelli* y *Elektrim*, no es del todo acertado, y en especial en el asunto *DelFuego Booking y David Guetta*, porque el nuevo reglamento se expresa con aceptable claridad.

121. Ya en el ámbito nacional, en el Estado de apertura del concurso, la norma que regula los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los procedimientos arbitrales es el artículo 52 de la Ley

Concursal que acoge un régimen distinto según nos encontremos ante un convenio arbitral o un procedimiento en tramitación, pero en todo caso, evidencia una posición pro convenio arbitral, criterio que se impuso a partir de la reforma 11/2011, de 20 de mayo.

122. Aunque el artículo 52.1 LC se exprese claramente al referir que la declaración del concurso no afecta a los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado y que el juez, si entendiera que dichos pactos o convenios pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso, podrá acordar la suspensión de sus efectos, no evita que surjan generosas dudas, especialmente en lo referente a las posibilidades que tiene el juzgador cuando se encuentra ante una cláusula arbitral repleta de incertidumbres que puede ser susceptible de nulidad.

Esta situación obliga a hacer una interpretación de nuevo sobre aspectos relativos a la competencia y al procedimiento, así como a la concepción que nuestro ordenamiento tiene sobre el principio de la *vis attractiva concursus* y, en su caso, si la norma provoca un tratamiento diferente del arbitraje interno y del internacional. El resultado de la interpretación sistemática referida nos lleva a interesantes conclusiones que pasamos a exponer:

- A) Que la norma de conflicto localizada por el juez concursal sea el Reglamento de procedimientos de insolvencia 2015/848 y que esta norma nos aboque a la aplicación de nuestra norma nacional, exactamente el artículo 52.1 LC, no ha de implicar necesariamente el destierro definitivo de la aplicación de los Convenios de Ginebra y de Nueva York, en cuanto que el precepto referido continúa en su dicción refiriendo que las posibilidades de suspensión por el juez lo es sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales. No es esta última una alusión ni impertinente ni inútil como considera mayoritariamente la doctrina porque nos permite entender que el juez concursal no solo puede suspender los efectos de la cláusula compromisoria sino también valorar y acordar su posible nulidad, siempre que se den méritos para ello. Si ello no puede ser factible en vía principal, si puede serlo en la incidental, por lo que no se llega a colisionar con el principio *Kompetenz-Kompetenz*.
- B) La suspensión de los efectos del convenio arbitral en sede concursal es una medida que comparte de la naturaleza de la cautelar, es decir, implica una paralización provisional de los efectos positivos y negativos de la cláusula compromisoria, lo que nos induce a pensar que la suspensión de los efectos no provoca una reactivación de las normas ordinarias de competencia judicial; lo que si permitiría, sin embargo, la declaración de nulidad de la cláusula cuando sea merecedora de tan radical efecto.
Entenderlo de otra manera implicaría obviar el espíritu de la reforma efectuada por la ley de arbitraje en el año 2011, y anular la cláusula cuando el precepto permite expresamente la suspensión de los efectos. En consecuencia, si se acuerda judicialmente la suspensión conllevaría una paralización de los efectos hasta que se proceda su alzamiento; si se acuerda la nulidad (a tenor de la aplicación de los tratados internacionales) una reactivación de las normas de competencia judicial. De no hacerlo así, nos encontraríamos ante una resolución incongruente con el dictado legal.
- C) El perjuicio para la tramitación del concurso como condición de la suspensión de sus efectos está íntimamente relacionado con la concepción que se tenga de la suspensión de los efectos. Si entendemos que los efectos de la suspensión se asemejan a los de la nulidad de la cláusula y se declara esta, los perjuicios para el concurso y, por ende, para la masa activa, están servidos. En el asunto *delFuego Booking y David Guetta* analizamos críticamente que la declaración suspensiva de los efectos de la cláusula compromisoria permita acudir ante los tribunales, sino todo lo contrario. Es por todo ello por lo que abogamos por la no suspensión de los efectos de la cláusula compromisoria y con una clara finalidad, la de obtener un laudo arbitral favorable a las pretensiones de la concursada y con el activo obtenido poder reintegrar a los acreedores del concurso.

El juez tiene una posibilidad más cuando se enfrenta a la pretensión de analizar la suspensión, también estaría legitimado para cuestionar la cláusula y su posible fraude, si hubiere méritos para ello, lo que también permitiría activar las normas de competencia judicial internacional y, por ende, la posibilidad de obtener una sentencia favorable al concursado.

La relación de posibilidades ofertadas al juzgador son coherentes con la obligación legal de velar por el interés del concurso y por el efecto útil del procedimiento colectivo y universal.

123. Como último apunte, la referencia que el artículo 52.1 *in fine* de la LC hace a los tratados internacionales tiene un segundo efecto útil, y mucho que ver con los efectos que la resolución suspensiva de los efectos de la cláusula compromisoria puede provocar ante los órganos jurisdiccionales y arbitrales de Estados comunitarios o no miembros de la UE. La razón no es otra que el retorno de nuevo a la internacionalización de la cuestión y a una nueva búsqueda de la norma de aplicación.

La problemática de los efectos extraterritoriales de los dictados judiciales y la respuesta que se vierta a cada una de ellas es sumamente importante pues en la efectividad de las resoluciones es en donde se halla la verdadera justicia material.

LA HISTORIA INTERMINABLE DE LAS INDEMNIZACIONES POR CAMBIOS REGULATORIOS: EL CASO *STADTWERKE* *MÜNCHEN*

THE NEVER-ENDING STORY OF COMPENSATIONS FOR REGULATORY CHANGES: THE *STADTWERKE MÜNCHEN* ARBITRATION

ÁNGEL M. MORENO MOLINA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid

Recibido: 02.05.2020 / Aceptado: 18.05.2020
DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5623>

Resumen: La alteración del régimen jurídico de la energía eléctrica a partir de fuentes renovables puede producir consecuencias negativas para las expectativas económicas y para las cuentas de resultados de las empresas que invirtieron en aquellas instalaciones, sobre todo cuando aquellos cambios regulatorios conllevan una rebaja en el precio de la electricidad allí generada. Ante dicha situación, producida en varios países, las empresas afectadas suelen ejercer acciones legales en demanda de indemnización. En el caso de España, que adoptó un controvertido cambio de regulación en este campo, se han generado numerosos pleitos y procedimientos de arbitraje internacional, del que el caso que se analiza constituye su último exponente, y en el que se recogen unas cuestiones y planteamientos de extraordinaria importancia para el futuro de estos mecanismos resolutorios de conflictos.

Palabras clave: cambio regulatorio, inversión internacional, indemnización, arbitraje.

Abstract: Regulatory changes concerning the generation of electricity from renewable sources can produce negative consequences for the economic expectations and for the benefits of the companies that invested in that sector, especially when those regulatory changes lead to a reduction in the price of the electricity produced in those installations. In those cases, occurring in several countries, the affected firms usually take legal actions in demand for compensation. In the case of Spain, which adopted a controversial regulatory change in this field, numerous lawsuits and international arbitrations have taken place. The case presented here constitutes the latest example of such trend and includes some questions and approaches of extraordinary importance for the future of these conflict resolution mechanisms.

Keywords: regulatory change, International investment, Compensation, Arbitration.

Sumario: I. Introducción. II. Noticia sobre el marco regulatorio español en materia de energías renovables, generador de la diferencia. 1.El contexto político de la toma de decisiones normativas. 2. El marco legal. 3. El “cambio regulatorio” inicial. III. Litigiosidad previa: procesos judiciales, arbitrajes y la sentencia *Achmea* del TJUE. 1. Laudos y litigios. 2. La sentencia “*Achmea*” y su alargada sombra. 3. Posiciones institucionales en el seno de la UE en materia de arbitrajes de inversiones. IV. El procedimiento arbitral *Stadtwerke München*. 1. Marco legal de referencia. 2. La parte solicitante y sus pretensiones. 3. Órdenes procesales invocados por la parte demandada. A) *La parte demandada*. B) La cuestión de la competencia del tribunal y la sombra de la sentencia *Achmea*. 4.- Reclamaciones, réplicas y conclusiones del tribunal. A) No estableció un marco estable para las inversiones del de-

mandante. B) España no dio un tratamiento justo y equitativo a la inversión del reclamante. C) España Provocó un perjuicio a las inversiones del reclamante debido a la adopción de medidas. Irrazonables. D) España no cumplió las obligaciones que había contraído con los inversores. 5. Sentido del fallo y condena en costas. 6. Voto particular. VII. Conclusiones. 1. Relevancia de *Stadtwerke München*. 2. *Stadtwerke München* y el futuro de los arbitrajes internacionales de inversiones. 3. Epílogo: el marco legal actual, ¿nuevos pleitos en lontananza?

I. Introducción

1. Con fecha de 3 diciembre de 2019, un tribunal de arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones¹ (en adelante, “CIADI”) dictó un laudo arbitral en el asunto que oponía a las empresas del sector de la energía *Stadtwerke München* y otras contra el Reino de España². En su extenso laudo³, el tribunal de arbitraje volvió a analizar las consecuencias jurídicas de los cambios en el marco regulatorio de las energías renovables, veta que parece inagotable para el arbitraje internacional de inversiones. El “litigio” se suscitó en el marco de una reclamación por indemnización de daños y perjuicios provocada, según las mercantiles, por los cambios introducidos en el marco legal y reglamentario español relativo al fomento de las energías renovables, y su retribución (*vid. infra*).

2. Las sociedades reclamantes alegaron que las modificaciones legales y reglamentarias introducidas en dicho marco, adoptadas por el Gobierno y el Parlamento español, habían alterado sustancialmente el régimen jurídico de la retribución de la electricidad generada en instalaciones de producción de electricidad a partir de fuentes renovables, y que dichas modificaciones, enmiendas y cambios regulatorios les habían provocado daños y perjuicios antijurídicos.

3. La controversia se desarrolló dentro del marco de referencia para el arreglo amistoso de las diferencias, constituido a los efectos orgánicos por el convenio creador del CIADI⁴ y en el plano sustantivo por la Tratado sobre la Carta de la Energía (en adelante, “TCE”)⁵. Como es sabido, este tratado internacional establece mecanismos no jurisdiccionales para la resolución de los conflictos (“diferencias”, en la terminología internacional) que puedan surgir en el sector de la energía entre inversores y Estados. En concreto, los inversores han de tener la nacionalidad de un Estado parte de tal tratado, y realizar inversiones en el territorio de otra “Parte–contratante”⁶.

II. Noticia sobre el marco regulatorio español en materia de energías renovables, generador de la diferencia

1. El contexto político de la toma de decisiones normativas

4. Para entender bien la problemática que subyace bajo este laudo arbitral es preciso aclarar (sobre todo para los legos en este campo) que desde finales de la centuria pasada España se propuso incrementar la *presencia* de las energías renovables en nuestro país (su “penetración” en el mix energético

¹ Compuesto por los Profs. Kaj HÖBER (Suecia), Zachary DOUGLAS (Australia) y Jeswald SALACUSE (Estados Unidos, Presidente).

² *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH y otras contra el Reino de España*, ICSID Case No. ARB/15/1, de 2 de diciembre 2019.

³ El laudo cuenta con 168 páginas en su versión original inglesa, que es la manejada para esta contribución.

⁴ Convenio para la solución de diferencias de inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, de 18 de Marzo de 1965.

⁵ Tratado sobre la Carta de la Energía, hecho en Lisboa el 17 de diciembre de 1994.

⁶ España ratificó dicho tratado el día 11 de diciembre de 1996. Su texto íntegro se publicó en el *BOE* n° 117, de 17 de mayo de 1997.

nacional)⁷. Esta aspiración era un instrumento necesario para reducir las emisiones nacionales de CO₂ (principal gas de efecto invernadero), pues nuestra patria tenía que cumplir con un conjunto de objetivos de reducción de dichos gases. Estos objetivos, a su vez, dimanaban de los compromisos adquiridos al amparo del Protocolo de Kioto de 1997 (firmado y ratificado por España, así como por la UE), comprometiéndose la Unión en su conjunto, entre otras cosas, a reducir sus emisiones globales de CO₂ en un 8% en el año 2012 como muy tarde (tomando como referencia las cifras históricas registradas en 1990). Además de constituir una herramienta esencial para reducir dichas emisiones (pues una gran parte de ellas han procedido tradicionalmente de las instalaciones térmicas de generación de energía eléctrica), tal desarrollo de las energías de origen renovable habría de subvenir al problema de la tradicional dependencia de terceros países que España y el conjunto de la UE han tenido en el terreno del abastecimiento energético (gas y petróleo).

5. Además, este fortalecimiento de la energía renovable venía no solo aconsejado como medio “adecuado” para conseguir aquellos macro-objetivos ambientales internacionales, sino que venía impuesto por obra directa del Derecho de la Unión, pues esta impuso sobre sus Estados miembros (en adelante, “EM”) la obligación de acometer tal favorecimiento a través de varias disposiciones, siendo la primera de la serie la Directiva 2001/77/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la promoción de la electricidad producida a partir de fuentes de energía renovable en el mercado interior de la electricidad, luego sustituida por la Directiva 2009/28/CE, de 23 de abril de 2009⁸.

2.El marco legal inicial

6. Cuando las autoridades de un país se proponen alcanzar un objetivo tan ambicioso como el ya citado, y que implica la modificación de un patrón estructural consolidado, hay solo dos posibilidades de llevarlo a cabo: o bien es el propio Estado el que hace las inversiones necesarias para el diseño, construcción y explotación de las infraestructuras e instalaciones necesarias para la generación y transporte de la electricidad, o bien es la inversión privada la llamada a realizar tal esfuerzo, debiendo el Estado captar o atraer capitales en el interior del país, pero también en el exterior (inversores internacionales). La primera opción es inviable, no sólo por el gigantesco esfuerzo económico-inversor con cargo a las arcas públicas que ello implicaría sino sobre todo por que la *constitución económica* europea y la española proscriben en principio que el Estado realice esta actividad en un sector que ha sido sometido a una amplia operación de privatización⁹ y de desmantelamiento de los monopolios públicos nacionales. Por tanto, solo hay una modalidad “ortodoxa” de acometer aquel macro-objetivo: la captación de inversión privada.

7. En un mundo *ideal*, tal y como lo describen los manuales de los economistas, sobre todo los de orientación neo-liberal, el empresariado privado acudiría, intrépido y valiente, a esta nueva veta de negocio, arriesgándose a enriquecerse o a arruinarse, en función de los caprichosos dados que gobiernan el comercio. Sin embargo, en la realidad de las cosas, el capital privado es precavido, y sólo acudirá solícito si las autoridades le diseñan un cuadro “atractivo”, compuesto de *incentivos* varios (subvenciones) que le aseguren pingües ganancias, prolongadas en el mayor tiempo posible. Y, además, si es posible, un marco de resolución de conflictos que no tenga que pasar por el lento e hiper-juridificado camino de los tribunales del Estado *huésped*, que habrían de resolver, en caso de pleito, sobre la base de un derecho doméstico ignoto para el inversor extranjero.

⁷ “Presencia” que se descompone básicamente en tres vectores: el volumen absoluto de energía bruta producida en un año; el porcentaje que dicha electricidad “renovable” representa en el total de la energía producida en España; y el porcentaje que dicha electricidad representa en el consumo de electricidad (cifras o porcentajes estos últimos que se ponen en relación con los guarismos correspondientes a otras formas de generación eléctrica, como el ciclo combinado, la térmica, nuclear, etc.).

⁸ DOUE L 140, de 5.6.2009. Directiva esta que será remplazada a partir del 1 de julio de 2021 por la Directiva 2018/2001, del Parlamento europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables (DOUE L 328/82, de 21.12.2018).

⁹ Propiciada ya por la Ley 54/1997, de 27 de noviembre de 1997, del Sector Eléctrico.

8. La historia del despegue de las renovables en España siguió efectivamente ese guión. Con el fin de atraer al capital privado, nacional y foráneo, al empeño de proyectar, construir y explotar el mayor número de instalaciones de generación de electricidad a partir de fuentes renovables (sobre todo de la energía solar) y hacerlo en el menor tiempo posible, el Gobierno de la Nación y las Cortes Generales aprobaron un conjunto de disposiciones legales y reglamentarias que definían y regulaban ese contexto normativo o “regulatorio”, conocido técnicamente como *marco de apoyo*.

Dicho marco regulatorio estaba integrado, fundamentalmente, por las siguientes disposiciones:

- a) Al amparo de la Ley 54/1997, de 24 de noviembre, del sector eléctrico, el Gobierno aprobó el RD 2818/1998, de 23 de diciembre de 1998, sobre instalaciones de producción de energía eléctrica obtenida a partir de energías renovables, residuos o cogeneración (“BOE” del 30), que reguló con detalle ese de generación eléctrica (legalmente identificado como “régimen especial”) y estableció ya un sistema de “primas” a la retribución o pago de la electricidad obtenida a partir de fuentes renovables. Ese sistema, a grandes rasgos, consistía en que los productores de esa electricidad tenían derecho a venderla a unos precios superiores que el resto de operadores “no renovables”. Es decir, tenían derecho a obtener una remuneración consistente en el precio del mercado, “complementado en su caso por una prima o incentivo” (art. 23). Cada tipo de energía renovable gozaba de una “prima” (o sobreprecio) diferente, regulada por separado en dicho decreto. Este régimen estaba limitado a las instalaciones con potencia eléctrica instalada igual o inferior a 50MW. Se creó igualmente un registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial, en el que tenían que inscribirse las empresas que se quisieran beneficiar del mismo.
- b) El RD 436/2004, de 12 de marzo¹⁰ (aprobado ya en las postrimerías del segundo gobierno de J.M. Aznar) modificó la metodología para la actualización del régimen legal y económico de la producción de energía eléctrica en “régimen especial” (el aplicable a las renovables), mejorando su retribución. A los productores de este tipo de electricidad se les daba la opción de elegir entre vender su electricidad a una tarifa *regulada* (es decir, fijada legalmente) o venderla al precio del mercado pero incrementada en una prima y otros conceptos. En ambos casos, el precio de la electricidad que cobraban estas empresas, sobre todo las que explotaban instalaciones solares, estaba muy por encima de los precios del mercado¹¹, que era el precio que cobraban por el mismo producto¹² otros generadores “convencionales” (por ejemplo, instalaciones térmicas).
- c) El primer plan nacional de energías renovables (PER), que cubría los años 2005-2010, fue aprobado por el Gobierno en agosto de 2005 y estableció el marco plurianual estratégico de referencia, los programas y los marcos de apoyo para el desarrollo de las energías renovables.¹³
- d) El Real-Decreto Ley 7/2006, de 23 de junio, de medidas urgentes en el sector eléctrico.
- e) El Real Decreto 661/2007, de 25 Mayo, que derogó el RD 436/2004 y estableció una nueva metodología para la actualización y sistematización del régimen legal y económico para la producción de energía eléctrica en “régimen especial” (el aplicable a las renovables).

9. No es éste el lugar para describir con detalle y pormenor todos los aspectos técnico-económicos de este marco regulatorio, solo accesible a los ingenieros. Baste con saber que, como se ha explicado

¹⁰ Su exposición de motivos proclamaba que: “Con este real decreto se pretende que en el año 2010 cerca de un tercio de la demanda de electricidad esté cubierta por tecnologías de alta eficiencia energética y por energías renovables, sin incrementar el coste de producción del sistema eléctrico...”.

¹¹ La energía más “primada” era la procedente de la energía solar fotovoltaica, seguida por la termosolar y, a mucha distancia, por la energía eólica. En el caso de la energía solar fotovoltaica, la energía eléctrica era pagadera a sus productores a un precio consistente en un 575% respecto de los precios medios de mercado (durante los primeros 25 años de la instalación), y un 460% a partir de ese momento.

¹² Aunque constituya un hecho notorio, es preciso aclarar para quien se asome por primera vez a estas cuestiones, que la electricidad producida en una planta de energía renovable es exactamente la misma que la generada en una instalación convencional, por lo tanto la diferencia de retribución no estaba justificada en una superior “calidad” de la electricidad generada en instalaciones renovables o en ninguna otra propiedad física de la misma.

¹³ Fungió como modificación del “Plan de Fomento de las Energías Renovables en España 2000-2010”.

más arriba, a los inversores que construyeron y explotaron instalaciones de generación de electricidad a partir de fuentes renovables se les permitió vender al sistema eléctrico nacional, y con carácter preferente, *toda* la electricidad producida en dichas instalaciones, y además a un precio muy superior al que recibían los operadores del régimen general (los de generación “convencional” de electricidad, como las centrales térmicas). Se fijaron así unas “tarifas primadas” (*primadas* por ser más altas que las del mercado) o simplemente “primas” exclusivas para dichas energías, que la red nacional de distribución de energía eléctrica satisfacía a las empresas de renovables. Estas primas, además, habían de actualizarse a lo largo de la vida útil de la planta, con referencia al IPC.

10. Esta retribución subvencionaba se aplicaba a toda la electricidad producida, es decir, sin límite de cantidad ni de horas al día, mes o año; y además, esas tarifas se hacían efectivas durante toda la vida útil de la planta, aunque a partir del vigésimo sexto año las condiciones cambiaban ligeramente. A su vez, y esto es importante subrayarlo, la citada red nacional obtenía esos fondos del consumidor final, que a través de su factura pagaba religiosamente los impuestos y las primas a las energías renovables. Es decir, al final del día las empresas y el asendereado ciudadano eran (y siguen siendo), los que “pagaban el pato” de tan generoso sistema retributivo¹⁴, lo cual es seguramente una de las razones de que la electricidad en España sea una de las más caras de Europa¹⁵.

11. El marco legal establecido inicialmente para el fomento y apoyo de las energías renovables fue extraordinariamente eficaz para el desarrollo de tales tecnologías. Como posiblemente escribiría Samaniego, *a un panal de rica miel regulatoria miles de inversores acudieron*. El capital, excitado con elevados rendimiento fijos y exentos de los vaivenes del comercio, se involucró de modo entusiasta en esta empresa, y en el transcurso de pocos años el campo español comenzó a poblarse, aquí y allá, en cualquier recodo del camino, de miles de “huertos solares”. En especial, ya en 2012 España disponía de más capacidad instalada de generación de electricidad por medio de energía termosolar que ningún otro país del mundo (1,950 MW) guarismo que se elevó a 2,300 MW a finales del año siguiente.

12. Gracias a ese desarrollo de las energías renovables y al favorable marco regulatorio de incentivos que lo propició, muchas empresas obtuvieron importantes ganancias, pues llegaban a amortizar la inversión realizada en un tiempo breve y durante el resto de la vida útil de la planta se generaban prácticamente beneficios netos. Beneficios que por lo demás podrían ser calificados como “extraordinarios”, a la vista de la evolución de los tipos de interés vigentes durante el periodo y de la reducida rentabilidad del capital mobiliario o de otras inversiones tradicionales.

3. El “cambio regulatorio”

13. A partir del año 2010 se pusieron de manifiesto unas tendencias negativas y preocupantes en el sistema eléctrico español. Según el Gobierno, entre los años 2004 y 2012 se produjo un fuerte desequilibrio entre los ingresos y los costes regulados de dicho sistema eléctrico, destacando entre estos últimos los representados por las “primas” del régimen especial de energía renovable, que se habían multiplicado por seis. Todo ello, unido a otros factores, llegó a generar una deuda del sistema eléctrico que rondaba los 26.000 millones de euros.¹⁶ Se detectó, además, un problema de exceso de capacidad de generación de electricidad (sobre-dimensionamiento). Literalmente, el marco de apoyo, el “support system” de las energías renovables, había *muerto de éxito*.

¹⁴ Por ejemplo, para una factura mensual de electricidad de 100 € el consumidor tiene que pagar unos 20 € en concepto de “incentivos a las energías renovables”, lo cual constituye una cantidad importante (eso sin olvidar la existencia de otros impuestos y recargos, cuya suma agregada representa nada menos que el 52% de la factura eléctrica habitual).

¹⁵ Entre 2002 y 2010 el precio de la electricidad para el *Juan Español* de la calle se incrementó en un 81%.

¹⁶ *Vid.* la exposición de motivos del R. Decreto-Ley 9/2013.

14. Ante esta desviación de los resultados y la materialización de una situación no querida por las autoridades, estas decidieron, lógicamente modificar el marco legal regulador de la generación de electricidad a partir de fuentes renovables de energía y en particular de su remuneración o retribución, pues se detectó que ese era el principal factor distorsionante. Y aquí es donde empezaron los problemas para los inversores, pues dichos cambios se aplicaron no solo a las instalaciones “nuevas”, esto es, a las que se pusieran en práctica a partir de ese diagnóstico, sino también a las que ya estaban operando desde hacía varios años. Esta modificación *pro futuro* del cuadro normativo que regulaba hasta el momento el régimen retributivo de las energías renovables se instrumentó a través de varias disposiciones de diverso rango (ley, decreto-ley, real decreto y Orden ministerial), entre las que destacan las siguientes:

- a) En un primer momento, el RD 1565/2010, de 19 de noviembre, y el Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre por el que se establecieron “medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico” (dictados durante el segundo gobierno de R. Zapatero) modificaron el régimen retributivo aplicable a las instalaciones fotovoltaicas, limitando el número máximo de horas de funcionamiento por las cuales los productores de esta electricidad tendrían derecho a percibir las primas arriba expuestas (límite que no existía antes, como se ha visto más arriba). Este cambio ya fue interpretado por las empresas afectadas como un “recorte”.
- b) Estos recortes se harían más drásticos con el gobierno de M. Rajoy. En efecto, el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se volvieron a adoptar “medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico” habilitó al Gobierno para aprobar un nuevo régimen jurídico y económico para las instalaciones de producción de energía eléctrica existentes a partir de fuentes de energía renovable, cogeneración y residuos, modificando para tal menester el art. 30.4 de la Ley del Sector Eléctrico. Para las instalaciones “existentes” en el momento de entrar en vigor de este decreto (que disfrutaban de régimen retributivo “primado”) dicha norma estableció una “rentabilidad razonable” del 7,398% anual¹⁷. La nueva “filosofía” consistía en asegurar una retribución “justa” a esas empresas, teniendo en cuenta un conjunto de variables tales como sus costes estándar, el valor de la inversión inicial, y las inversiones necesarias que debería acometer una empresa eficiente y bien gestionada. Por lo tanto, el nuevo régimen regulatorio venía a asegurar a las empresas del sector una rentabilidad antes de impuestos de casi 7,4% durante la vida de la planta, lo que, aunque suponía una reducción de los beneficios que se venían obteniendo hasta entonces, podía seguir siendo calificado como un rendimiento muy positivo, a la luz (igualmente) del marco macroeconómico existente, del rendimiento del capital mobiliario y de la reducción paulatina de los tipos de interés, que se situaron en el entorno del 0%.
- c) La Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico nacional, derogó la ley homónima de 1997 y estableció nuevos criterios y reglas en materia de retribución de energías renovables, en línea con el decreto-ley antecitado. Entre otras cuestiones, esta ley estableció el enfoque de que los parámetros de retribución de estas energías se fijarían “teniendo en cuenta la situación cíclica de la economía, de la demanda eléctrica y la rentabilidad adecuada para estas actividades, por periodos regulatorios que tendrán una vigencia de seis años” (art. 19.4)¹⁸. El primer periodo regulatorio fue el comprendido entre el 1 de enero de 2014 y el 31 de diciembre de 2019.
- d) Sobre la base de la precitada ley el Gobierno aprobó el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, que fijó con detalle y exhaustividad técnica las nuevas reglas y criterios de retribución de la actividad de generación de electricidad con fuentes renovables.

¹⁷ Este porcentaje resultaba de sumar 300 puntos básicos al rendimiento medio de las obligaciones del Estado durante los últimos 10 años, que se determinó en el 4,398 % (disp. Adicional primera).

¹⁸ En su exposición de motivos, esta ley incluía un párrafo que resulta de especial interés para esta contribución: “ante el deterioro progresivo de la sostenibilidad del sistema eléctrico, *los sujetos del mismo no podían confiar legítimamente en la conservación de los parámetros* que habían degenerado en la situación descrita y cualquier operador diligente podía anticipar la necesidad de estos cambios” (cursiva añadida).

15. En resumidas cuentas, el nuevo sistema retributivo de las energías renovables instaurado por el Real Decreto-ley 9/2013 modificó el régimen anterior y lo sustituyó por una retribución regulada específica, que garantizaba a las instalaciones una *rentabilidad razonable* fija durante un horizonte plurianual de seis años, revisable al final de dicho periodo (*vid. infra*).

III. Litigiosidad previa: procesos judiciales, arbitrajes y la sentencia *Achmea* del TJUE

1. Laudos y litigios

16. Estas modificaciones legales tuvieron un evidente impacto económico negativo en las empresas que habían invertido en la construcción y explotación de instalaciones de generación eléctrica al amparo del marco legal precedente. Esta repercusión afectó tanto a sus rendimientos de explotación esperados (y beneficios consiguientes) como al valor de sus inversiones, esto es, el valor de las instalaciones eléctricas y eventualmente el valor de las acciones de las empresas que las gestionaban. En lugar de aceptar aquellas modificaciones perjudiciales como un hado del destino o como un revés inherente al caprichoso mundo de los negocios, las empresas consideraron que se habían alterado injustificadamente las pautas legales reguladoras de la actividad, en infracción de varios principios jurídicos y, lo que es más importante para esta contribución, de ciertas obligaciones que gravitan sobre las Potencias que han suscrito el Tratado sobre la Carta de la Energía.

17. Como consecuencia de esta reacción legítima de las empresas afectadas, se han desencadenado en los últimos años varias docenas de procedimientos arbitrales contra España, promovidos por las empresas extranjeras (en su mayor parte europeas) que habían invertido en nuestra patria en el sector de las energías renovables. Dichos arbitrajes han tenido lugar en diferentes instancias y foros, como la Cámara de Comercio de Estocolmo o el CIADI de Washington, DC (EEUU).

18. En cuanto a los inversores nacionales, no pudieron acceder a ese mecanismo de *resolución de diferencias* por quedar fuera del ámbito de cobertura de aquel Tratado internacional (al ser mecanismo reservado a los inversores foráneos), por lo que se vieron “condenados” a pleitear ante los tribunales españoles. Por razones de acotación y concreción temática, no podemos detenernos en este vector litigioso, que se mueve por parámetros procesales y sustantivos muy diferentes a los arreglos arbitrales de diferencias por inversiones internacionales, que constituyen el eje de esta contribución. Baste decir que dicho vector generó una interesante jurisprudencia de nuestros máximos órganos judiciales, en la que se ha contrastado la legalidad o aún constitucionalidad de los cambios regulatorios a la luz de los principios de confianza legítima y de seguridad jurídica.

19. En sede constitucional, podemos citar aquí la STCo 270/2015, de 17 de diciembre, en la que el Alto Tribunal desestimó un recurso de inconstitucionalidad suscitado por el Gobierno de la Región de Murcia contra el R. Decreto-Ley 9/2013, antes referido¹⁹. Más numerosos fueron los pleitos sustanciados ante los contencioso-administrativos, en demanda del reconocimiento de “responsabilidad patrimonial” de la Administración pública por la promulgación de los reglamentos que materializaron el cambio regulatorio (arriba citados).

20. Por lo que hace al Tribunal Supremo (“TS”), su Sala Tercera desestimó varios recursos contencioso-administrativos deducidos contra varios reglamentos promulgados en el sector de las ener-

¹⁹ La STC 270/2015 rechazó que el RD-Ley 9/2013 incurriera en retroactividad prohibida por el artículo 9.3 de la Constitución, así como en vulneración de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima. Sobre esta sentencia, *vid. J.F. ALENZA GARCÍA*, “Las energías renovables ante la fugacidad legislativa: la mitificación de los principios de (in)seguridad jurídica y de (des)confianza legítima: [A propósito de la STC 270/2015 sobre el nuevo sistema retributivo de las energías renovables]”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, n° 55, 2016, pp. 15-18.

gías renovables durante el periodo controvertido. Así, ya en un primer momento la STS de 25 de octubre de 2006 (RCA 12/2005) desestimó el recurso deducido contra el RD 2351/2004, de 23 de diciembre, que modificó la metodología para la determinación de las primas a las renovables y su actualización, entendiendo el Tribunal que el decreto no violaba los principios de seguridad jurídica y de expectativas legítimas, y que las empresas que invertían en un sector fuertemente subvencionado tendrían que ser conscientes de que tales subvenciones pueden ser modificadas bajo ciertos requisitos. Esta sentencia habría de tener cierta trascendencia en el arbitraje aquí glosado (*vid. infra*).

21. Posteriormente, el TS validó la minoración de las primas que se otorgaban a la retribución de las energías renovables, instrumentada por el RD 1565/2010, que fue objeto de impugnación contenciosa: en su sentencia de 12 de abril de 2012 (RCA 40/2011), la Sala Tercera desestimó el recurso y proclamó que el principio de seguridad jurídica no es incompatible con los cambios jurídicos, especialmente en un sector como el de la energía, que necesita de constantes ajustes normativos en función de la evolución de la Economía.

22. Finalmente, en su sentencia de 10 de octubre de 2017 el TS también desestimó el recurso contencioso-administrativo deducido contra el RD 413/2014 y la Orden IET/1045/2014, declarando que eran conformes a derecho. En esta sentencia, la Sala razonó, a nuestro entender de modo plausible, que los inversores nunca pudieron confiar en la inmutabilidad del marco legal; que los cambios regulatorios no podían calificarse de inesperados y que eran previsibles ante las circunstancias económicas del sistema eléctrico; que la reforma estaba justificada en razones objetivas y relevantes; y que el cambio regulatorio combatido no derivó en un desmantelamiento completo del sistema retributivo privilegiado “inicial”, pues después de la reforma se siguió reconociendo a los inversores un complemento adicional sobre los ingresos procedentes del puro mercado, con una retribución regulada específica que garantizaba a las instalaciones una *rentabilidad razonable*, por lo que el nuevo sistema podía seguir siendo calificado como “de incentivo”²⁰.

23. Como puede apreciarse, esta Jurisprudencia ha sido generosa con la posibilidad de introducir cambios normativos en el sector energético, y poco proclive a reconocer indemnizaciones por violación de principios constitucionales. Nuestros máximos tribunales han considerado, a nuestro juicio de manera atinada, que dichos principios no pueden oponerse a la capacidad de innovación normativa discrecional que es inherente a los poderes legislativo y ejecutivo, para adecuar el desenvolvimiento de un sector tan dinámico como el de la energía a las circunstancias cambiantes de la economía y para introducir, con ciertos límites, los necesarios reajustes que exige el interés general.

24. Lejos del foro judicial doméstico, en el terreno puramente arbitral internacional se han desencadenado cerca de medio centenar de procedimientos de arbitraje contra España, como consecuencia de las reclamaciones y diferencias sustanciadas por empresas del sector eléctrico que en su día invirtieron en instalaciones de producción de electricidad a partir de fuentes renovables²¹. Varios de esos procedimientos arbitrales han culminado ya por medio de laudos. Algunos han exonerado al Reino de España²², otros (una docena) lo han condenado al pago de compensaciones e indemnizaciones millonarias por los perjuicios económicos ocasionados a las empresas del sector como consecuencia de haber modificado el marco regulatorio de la retribución de la energía renovable, en los términos antes explicados. Entre tales laudos condenatorios podemos citar los siguientes:

²⁰ El magistrado del TS don J.M. BANDRÉS hace un atinado comentario a esta sentencia en: AAVV: *Las sentencias fundamentales del Tribunal Supremo en materia contencioso-administrativa*, Madrid, Iustel, 2016, pp. 544 y ss. Otras sentencias del TS recaídas en este terreno, y con la misma línea argumental, son las de 12 de julio de 2012 (RCA 52/2011) y de 1 de julio de 2013 (RCA 305/2012).

²¹ Se estima que, en conjunto, el sector afectado reclama el reconocimiento de indemnizaciones que rondarían los 8.500 millones de euros.

²² Casos “Charanne” (*Charanne B.V. and Construction Investment S.A.R.L. v. The Kingdom of Spain*, SCC Arbitration V 062/2012, de 21 de enero de 2016) e “Isolux” (*Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Kingdom of Spain*, Arbitration SCC V2013/153, de 12 de julio de 2016). Ambos tramitados ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

- el caso *Eiser*²³
- el caso *Antin*²⁴
- el caso *Masdar Solar*²⁵
- el caso *NovEnergía*.²⁶

El monto total de las indemnizaciones que en principio debe satisfacer nuestro país en virtud de los laudos condenatorios dictados hasta la fecha ronda los 500 millones de euros²⁷.

2. La sentencia “*Achmea*” y su alargada sombra

25. En medio de esta suerte de “tormenta perfecta” de arbitrajes adversos, el TJ había de dictar, el 6 de marzo de 2018, una sentencia muy relevante para esta contribución, concretamente la del caso *Achmea*²⁸. Este fallo resuelve una cuestión prejudicial deducida por el *Bundesgerichtshof* alemán (tribunal supremo en materia civil y penal) que a su vez se inserta en el marco de la ejecución de un laudo dictado por un tribunal de arbitraje de Frankfurt, por el que se había condenado a la República Eslovaca a satisfacer una indemnización de 22 millones de euros a una sociedad mercantil neerlandesa del sector energético (“*Achmea*”) por los cambios regulatorios introducidos en el derecho eslovaco en materia de liberalización y nacionalización del sector eléctrico; vaivenes que habían producido un daño económico a la empresa reclamante.

26. Dicho laudo había sido dictado a iniciativa de la empresa neerlandesa quejosa (quien eligió el *foro arbitral* de Frankfurt) en aplicación del mecanismo de resolución de diferencias en materia de inversiones internacionales que estaba diseñado por el Tratado Bilateral para el Fomento y la Protección Recíprocos de las Inversiones suscrito inicialmente entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca, instrumento en el que se subrogó posteriormente la República Eslovaca tras su independencia. Este tipo de tratados bilaterales se conocen usualmente como “Acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones (y por sus siglas “APPRI”), y también como “Bilateral Investment Treaties” (“BIT”)²⁹.

27. El concreto, el *Bundesgerichtshof* preguntó si el marco regulador de estos mecanismos de resolución de diferencias en materia de inversiones internacionales que vinculan a dos EM de la Unión era compatible con ciertos artículos del TFUE, a saber los arts. 8, 267 y 344. Estaba en juego nada más y nada menos que la autonomía del Derecho de la Unión y su relevancia misma, puesto que los laudos arbitrales internacionales se resuelven por regla general sobre la base de “las normas y los principios universalmente admitidos del Derecho Internacional” y eventualmente sobre la base del Derecho interno del Estado,

²³ Caso *Eiser infrastructure limited y energia solar Luxembourg c. Reino de España*, Caso No. ARB/13/36 del CIADI, de 5 de mayo de 2017. Este laudo condenó a España a una indemnización de 128 millones de euros, más intereses.

²⁴ Laudo arbitral dictado en el caso *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l and Antin Energia Termosolar B.V. v. Kingdom of Spain*, Caso No. ARB/13/31, del CIADI, de 15 de Junio de 2018. Este laudo condenó a España a una indemnización de 101 millones de euros, más intereses.

²⁵ Laudo arbitral dictado en el caso *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, asunto No. ARB/14/1, del CIADI, de 16 de Mayo de 2018. Condenó a España a pagar 64,5 millones de euros a una empresa de Abu Dhabi por los perjuicios causados por los recortes a las energías renovables.

²⁶ Laudo arbitral dictado en el caso *Novenergia II – Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. Kingdom of Spain*. En este caso, un laudo arbitral dictado el 15 de febrero de 2018 por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo condenó a España a pagar una indemnización de 53,3 millones de euros a la sociedad luxemburguesa “Novenergía”, que contaba con varias instalaciones de energía solar en Murcia y otras CCAA.

²⁷ Sobre estos laudos arbitrales, vid.: M. REQUENA CASANOVA, “Los arbitrajes de inversiones contra España por los recortes a las energías renovables: ¿cambio de tendencia en la saga de arbitrajes o fin de etapa tras la sentencia *Achmea*?”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, No 42/2019, parte “Doctrina/artículos” (formato electrónico).

²⁸ Sentencia del TJ de 6 de Marzo de 2018, *Republica Eslovaca c. Achmea BV*, asunto C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158

²⁹ España ha suscrito varias docenas de APPRIs, de los cuales 71 estaban en vigor a fecha de 15 de febrero de 2019, según los datos oficiales del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio (vid.: <http://www.comercio.es/acuerdos>)

pero no sobre la del Derecho de la Unión como fuente específica³⁰. De ahí que no pueda garantizarse que un laudo arbitral, dictado por un tribunal de arbitraje establecido en un EM de la Unión y que dirima una diferencia entre un EM de la Unión y una sociedad registrada en otros EM haya respetado, ni siquiera tenido en cuenta, el Derecho de la Unión sustantivo aplicable a las inversiones transnacionales, que es bastante relevante, extenso y profundo (libertad de establecimiento, libre circulación de capitales, etc.).

28. Por otro lado, los tribunales arbitrales no pueden conceptualizarse propiamente como “órganos jurisdiccionales” de ningún Estado miembro, por lo que no pueden formular cuestiones prejudiciales a través de las cuales se garantice la interpretación uniforme del Derecho de la Unión y el respeto de los principios de efecto útil, de efecto directo y de primacía de dicho Derecho. Tampoco las pueden plantear los órganos judiciales “fetén” del EM donde se inste la ejecución del laudo. Dichos tribunales no pueden controlar más que los aspectos puramente formales de los laudos, y no pueden entrar a enjuiciar su corrección material, portillo éste que les daría la ocasión para plantear eventualmente una cuestión prejudicial ante el TJUE. No queda, pues, garantizado el respeto de las reglas del tratado que regulan las libertades de establecimiento y de libre circulación de capitales, que percuten de manera evidente en las inversiones internacionales dentro de la Unión..

29. En su sentencia, el TJ declaró que los arts. 267 y 344 del TFUE se oponen a una disposición de un tratado internacional celebrado entre Estados miembros, como el artículo 8 del APPRI neerlandés-eslovaco de marras, conforme a la cual “un inversor de uno de esos Estados miembros puede, en caso de controversia sobre inversiones realizadas en el otro Estado miembro, iniciar un procedimiento contra este último Estado miembro ante un tribunal arbitral cuya competencia se ha comprometido a aceptar dicho Estado miembro”. En consecuencia, el TJ ha proclamado la incompatibilidad de los tratados intra-europeos como el implicado en el caso *Achmea* con las reglas del TFUE. Por lo tanto, los mecanismos de resolución de diferencias previstos en aquellos y los laudos arbitrales rendidos a su sombra no son en principio oponibles a los EM. Esta sentencia, como es fácil de apreciar, tiene una gran relevancia e impacta de modo sobresaliente en la materia aquí explorada. Por ello ha provocado la consiguiente atención de la doctrina.³¹

30. Correlativamente a su importancia, la sentencia *Achmea* pronto comenzó a proyectar una alargada sombra (favorable a los Estados de la Unión, adversa para los inversores), pues ponía en cuestión el mecanismo institucional sobre el que se apoyaban los laudos rendidos y los procedimientos arbitrales en curso o en fase de ejecución. Los tribunales de los EM no iban a tardar en extraer todas las consecuencias de la sentencia de Luxemburgo, y así, el 17 de mayo de 2018 la Corte de Apelación de Svea (Suecia) suspendió indefinidamente la ejecución del laudo arbitral que había sido dictado por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo en el caso *NovEnergia*, que había sido desfavorable a los intereses españoles (*vid. supra*). La razón esencial es que, si estos tratados bilaterales son contrarios al Derecho de la Unión, lo fueron siempre (y no solo desde que lo declaró el TJUE); por consiguiente, España nunca pudo haber aceptado válidamente la instauración de un procedimiento de arbitraje tal en el caso de la reclamación de NovEnergía.

31. Acto seguido, la empresa luxemburguesa se dirigió a Estados Unidos, y más concretamente al Tribunal de distrito del Distrito de Columbia (DC), solicitando el reconocimiento y la ejecución del

³⁰ *Vid.* como ejemplo de esta acotación sustantiva el APPRI suscrito entre España y Bulgaria en 1995 (art.11.4).

³¹ *Vid.*, por ejemplo: J. Díez-Hochleitner, “La sentencia del TJUE en el asunto *Achmea* frente a los laudos arbitrales condenando a España por los cambios regulatorios en el sector de las energías renovables”, *Derecho Internacional Público; blog de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 25 abril 2019. Este especialista entiende que los arbitrajes intra-europeos basados en el Tratado de la Carta de la Energía resultarían tan contrarios al principio de “autonomía” del Derecho de la UE como lo puede ser un arbitraje basado en un APPRI intra-europeo. Igualmente se han asomado a las repercusiones de la sentencia *Achmea* M.M. VILLAGRASA ROJAS, “Algunas consideraciones sobre la compatibilidad de los laudos arbitrales en materia de energías renovables y el Derecho de la Unión Europea”, *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, XIX, Zaragoza, 2018, pp. 415-449; y M. REQUENA CASANOVA, “Los arbitrajes...”, *op. cit.* nota 27.

laudo³², todo ello al amparo del Convenio sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros de Arbitraje, de 10 de junio de 1958 (Convenio de Nueva York), que es un tratado firmado y ratificado por los Estados Unidos³³. En ese nuevo pleito, España defendió que los mecanismos de resolución de diferencias como el que dio lugar al laudo cuya ejecución se impetraba son contrarios al Derecho de la Unión, y por lo tanto los tales laudos son nulos de raíz (“they are void *ab initio*”), dado que España nunca pudo aceptar válidamente una invitación a someter la diferencia a arbitraje, y por lo tanto tampoco pudo consentir válidamente en dicho arbitraje. Al final, y tras larga discusión, el tribunal norteamericano también rechazó a principios de 2020 la petición de la mercantil, al considerar, básicamente, que la ejecución del laudo había sido suspendida por el tribunal competente (el sueco), aspecto relevante que impide la ejecución por otro foro según el Convenio de Nueva York³⁴.

3. Posiciones institucionales en el seno de la UE en materia de arbitrajes de inversiones

32. Desde hace varios años, la Comisión Europea se ha venido mostrando contraria a los arreglos de diferencias establecidos en los APPRI intra-europeos y ha tenido por costumbre solicitar ser tenida como interviniente en los diferentes procedimientos arbitrales dirigidos contra algún EM de la Unión por parte de inversores igualmente procedentes de alguno de dichos Estados. También lo haría en el asunto aquí analizado (*vid. infra*)³⁵. La sentencia *Achmea* ha venido a “confirmar” la tesis, largamente sostenida por la Comisión Europea, de que las cláusulas de los tratados bilaterales de protección de inversiones suscritos entre Estados de la UE que establecen mecanismos de arbitraje entre empresas y dichos Estados no tienen validez legal por oponerse al derecho europeo. Dado que la sentencia *Achmea* también favorece, en principio, los intereses de los Estados miembros, puede decirse que la UE en su conjunto ha reaccionado en el sentido de desactivar (o al menos intentarlo) estos mecanismos de arreglos de diferencias que oponen a una o varias empresas de un EM y a otro Estado de la Unión.

33. Uno de los principales hitos en este movimiento institucional europeo contra los arbitrajes de inversiones en el sector energético está constituido por la *Declaración de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros de 15 de enero de 2019*, suscrita por 22 de los 27 EM, entre ellos España³⁶. En esta Declaración, los EM han expresado su voluntad de no permitir la continuidad de los laudos dictados en el marco de los APPRI intra-europeos, como el que estaba implicado en caso *Achmea*. Esta declaración (redactada en inglés y francés y de la que no hay versión en las otras lenguas oficiales) contiene una serie de afirmaciones y promesas de gran alcance. Otra cosa es su naturaleza jurídica y el rigor o relevancia de los *statements* allí contenidos.

34. Empezando por el primer asunto, los representantes de dichos Estados (aún figuraba el Reino Unido entre ellos) afirman, entre otros extremos, que “el Derecho de la Unión tiene primacía sobre los tratados bilaterales de inversión celebrados entre Estados miembros. Como consecuencia, todas las cláusulas de arbitraje entre inversor y Estado contenidas en tales tratados bilaterales son contrarios al Derecho de la Unión y, por lo tanto, inaplicables. Los tribunales arbitrales establecidos sobre la base de las citadas cláusulas de arbitraje carecen de virtualidad jurídica, debido a la falta de una oferta válida para arbitrar por parte del Estado miembro concernido”.

³² *United States district court for the District of Columbia, Novenergia II – energy & environment (SCA), petitioner, v. the Kingdom of Spain, respondent*. Civil action no. 1:18-cv-1148, filed 10/16/18.

³³ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, June 10, 1958, 21 U.S.T. 2517, 330 U.N.T.S. 38 (“New York Convention”).

³⁴ *Memorandum Opinion of the United States District Court for the District of Columbia*, 27 January 2020.

³⁵ Sobre el fenómeno de la “entrada” e “intervención” de terceros en los arbitrajes internacionales, *vid.*:

M. V. SÁNCHEZ POS, “La entrada e intervención de terceros en el arbitraje comercial internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol 12, Nº 1 (Marzo 2020), pp. 365-385.

³⁶ “Declaration of the representatives of the governments of the member states, of 15 January 2019 on the legal consequences of the judgment of the court of justice in *Achmea* and on investment protection in the European Union”.

35. Aparte de esta declaración “de parte”, los Estados circunstantes se comprometieron a llevar a cabo una serie de actuaciones futuras y de manera conjunta, entre las que destacan las siguientes:

- Tomarán las medidas necesarias para informar a los tribunales de arbitraje bajo cuya actuación se encuentren incursos de las consecuencias de la sentencia *Achmea*. Igualmente, solicitarán a los tribunales de justicia que deban actuar en relación a laudos intracomunitarios, que no admitan dichos laudos ni eventualmente procedan a su ejecución forzosa, debido a una falta de consentimiento válido para arbitrar.
- Informarán a los inversores de que no están dispuestos a iniciar nuevos procedimientos de arbitraje de inversiones dentro de la UE.
- Los que controlen empresas públicas que hayan recurrido al arbitraje de inversiones contra otro Estado miembro les darán las instrucciones tendentes a retirar o desistir de los arbitrajes de inversiones en curso.
- Llevarán a cabo las actuaciones precisas en el orden internacional para dar por finalizados o terminados todos los tratados bilaterales de inversiones concluidos entre ellos, procurando finalizar tal proceso antes del 6 de diciembre de 2019.³⁷
- Eso sí, los acuerdos y laudos arbitrales que ya hubieran recaído en procedimientos de arbitraje intra-europeos y que fueron cumplidos voluntariamente por los Estados demandados antes del dictado de la sentencia *Achmea* no serán recurridos ni cuestionados por aquellos.
- Junto con la Comisión, debatirán si es necesario adoptar iniciativas adicionales para extraer todas las consecuencias de la sentencia *Achmea* en relación con la aplicación del Tratado sobre la Carta de la Energía en el interior de la UE.

36. A simple vista puede apreciarse que estas manifestaciones suponen en principio y en la práctica la sentencia de muerte para los arbitrajes de inversiones dimanantes de APPRI intra-europeos, pues ningún Estado va a consentir en el futuro en nuevos arbitrajes, y además cada uno por su cuenta va a tomar las medidas necesarias para detener, anular, archivar o desactivar los procedimientos arbitrales que estén en proceso de solución.

37. Ahora bien, desde el punto de vista jurídico es preciso realizar una serie de precisiones acerca del documento aquí referenciado. En primer lugar, la naturaleza jurídica de este *statement* debe ser investigada. No está claro si nos encontramos ante una “Resolución del Consejo y de los representantes de los Estados miembros reunidos en el seno del consejo” o de una simple “declaración de los representantes de los Estados miembros”, lo cual parece a simple vista una diferencia de matiz pero constituye una diferencia importante. En el primer caso estamos ante una fuente “atípica” del Derecho de la Unión³⁸, mientras que en el segundo se trata simplemente de un documento en el que se plasman 22 declaraciones de otros tantos EM. Se trata, pues, más de una simple declaración “diplomática” (formulada conjuntamente) que de una auténtica norma o fuente del derecho de la Unión.

38. En segundo lugar: en cuanto declaración diplomática o programática, no puede tener más fuerza que la que se le quiera dar, sobre todo por las empresas concernidas, por los tribunales de arbitraje y por los tribunales de justicia que eventualmente estén llamados a ejecutarlos. En tercer lugar, los tratados internacionales bilaterales como los APPRI de los que aquí se habla ni se anulan, ni se *derogan*, ni se terminan por sentencias de tribunales de justicia, máxime si esos tribunales no son tribunales de ninguna de las potencias contratantes. Por lo tanto, dichos tratados son válidos y siguen estando en vigor en tanto en cuanto los signatarios no lleven a cabo y perfeccionen las actuaciones que exija para la finalización de dichos tratados el Derecho internacional Público general, y en concreto el Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados (1968) y más en particular el tratado bilateral en cuestión.

³⁷ No nos consta que tal proceso se haya culminado.

³⁸ Sobre esta fuente del derecho europeo, vid.: VVAA V. ABELLÁN/B. VILÁ, (DIRS): *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*. Ed. Ariel, 2ª ed. 1995, pp. 101-103.

39. En este sentido, el mecanismo más habitual es la denuncia, que los Estados signatarios tienen que formalizar por los conductos diplomáticos previstas en el Derecho internacional general. Ahora bien, esta denuncia no siempre se puede formular en cualquier momento a voluntad del denunciante, sino solamente con ocasión de la expiración del plazo inicial de vigencia pactado en el convenio, (es decir, impide la reconducción tácita del Acuerdo) y además dentro de un plazo previo de “pre-aviso” mínimo que está fijado en el BIT (y que suele ser de varios meses). Por lo tanto, no se puede denunciar un convenio de este tipo en 24 horas³⁹. Además, es habitual que esos convenios dispongan que, a pesar de su denuncia, ciertas partes o preceptos de los mismos se sigan aplicando durante un tiempo, con posterioridad a la formalización de la denuncia, periodo que en algunos casos puede ser de varios años⁴⁰. En definitiva, no es fácil “aniquilar” un BIT, ni se puede hacer con carácter instantáneo.

40. En cuarto lugar, esta declaración conjunta de los EM afecta a los tratados intracomunitarios, pero sin embargo no percute sobre los mecanismos de resolución de diferencias que pudieran haberse pactado con países de fuera de la UE (Japón, China, EEUU...).

41. En quinto lugar, es también discutible el ámbito objetivo al que se quiere aplicar esta declaración. En efecto, los EM no se conforman con mostrar su rechazo a las cláusulas arbitrales incluidas en los tratados intra-europeos, sino que también incluyen dentro de ese rechazo las cláusulas arbitrales incluidas en el Tratado de la Carta de la Energía. Es cuanto menos dudoso que esa “voluntas” de los Estados pueda proyectarse más allá de los convenios que ellos mismos pueden dar por terminados por acuerdo mutuo. La Carta de la Energía no es un tratado bilateral, ni siquiera un tratado intra-comunitario (como lo pudo ser el Tratado de Schengen en su día) sino un tratado internacional multilateral de ámbito mundial que cuenta con más de 50 potencias signatarias. Entre ellas figuran países que son miembros de la UE y países que no lo son, pero por otra parte no todos los EM de la UE son parte del TCE. Además, ha sido suscrito por la propia UE de manera independiente. La estructura negocial-subjetiva del TCE es, pues, totalmente distinta a la de los APPRI intra-europeos usuales.

42. Finalmente, la declaración - recordémoslo- no es una “Declaración de la Unión” como organización internacional, sino de sus Estados integrantes (y no de todos ellos). La declaración no es una norma *hard* de derecho de la Unión, y su virtualidad jurídica será muy diferente dependiendo que se quiera aplicar a los tratados bilaterales o a los tratados internacionales multilaterales en vigor, a los que no se puede sobreponer.

43. Actualmente, la determinación de las repercusiones de la sentencia *Achmea* conforma una situación oscura y de inseguridad jurídica: por un lado, algunos tribunales nacionales de la UE se muestran ya sensibles a este cambio político-jurídico determinado por la sentencia *Achmea* y la subsiguiente posición institucional de la Unión y de sus EM, sobre todo si actúan sobre la base de tratados bilaterales intra-europeos que aquellos Estados han proclamado aborrecer o dejar sin efecto. Así ha sucedido con los tribunales suecos en el caso *NovEnergía II* antes referido. Por otro, sin embargo, hay tribunales de arbitraje que se muestran reacios a verse afectados por tales acontecimientos, sobre todo si actúan desde Washington DC en el contexto del CIADI y lo hacen sobre la base de la Carta de la Energía⁴¹. Esto es, precisamente, lo que sucedió en el laudo arbitral que aquí comentamos, como se verá seguidamente.

³⁹ Vid., por ejemplo, el Tratado bilateral sobre promoción y protección recíproca de inversiones suscrito entre España y Argentina, de 3 de octubre de 1991 (BOE del 18.11.1992), que establece la posibilidad de denunciar el convenio mediante notificación previa por escrito, efectuada seis meses antes de la fecha de la expiración del convenio (este convenio se celebró por un periodo de 10 años).

⁴⁰ En el Acuerdo citado en la nota anterior, tras su denuncia la mayor parte de sus preceptos siguen aplicándose, y nada menos que por un periodo de 10 años (art. 11.3): “En caso de denuncia, las disposiciones previstas en los artículos I al X del presente Acuerdo seguirán aplicándose por un periodo de diez años a las inversiones efectuadas antes de su denuncia.” Tales disposiciones incluyen las relativas a los procedimientos y mecanismos de resolución de conflictos.

⁴¹ Hay que tener en cuenta, además, que los muy suculentos honorarios que las partes deben satisfacer a los árbitros, abogados y peritos actúa como poderoso “elemento de convicción” a la hora de que un tribunal de arbitraje se declare competente o no para enjuiciar determinada diferencia.

44. Otra consecuencia de la sentencia *Achmea* es que la UE, tanto como organización autónoma como en su dimensión de instancia catalizadora de la acción conjunta de sus EM ha puesto en marcha el proceso de revisión del Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE), proceso que se denomina eufemísticamente “modernización”. En este sentido, el 15 de julio de 2019 el Consejo autorizó a la Comisión a participar en las negociaciones encaminadas a reformar la Carta de la Energía, de acuerdo con unas directrices⁴². Dicha reforma, ya iniciada en el seno de la *Conferencia de la Carta de la Energía*, debería dar sus frutos a lo largo de 2020 o 2021.

45. De este documento de “directrices” negociadoras nos interesan dos aspectos para esta contribución. En primer lugar, en dichas directrices no hay rastro alguno de los compromisos vehementes expresados por los representantes de los Estados miembros del 15 de enero pasado, y al que nos hemos referido más arriba. Este silencio puede deberse a varias razones: o existe una descoordinación entre la secretaría general del Consejo y los representantes de los gobiernos de los EM, o dichos representantes han moderado o reconsiderado las manifestaciones relativas al alcance que la sentencia *Achmea* tendría que tener sobre los mecanismos de arbitraje previstos en el TCE.

46. En segundo lugar, la UE y sus Estados miembros quieren dejar constancia explícitamente en el futuro texto del TCE de que los Estados que lo suscriban tienen el derecho a adoptar medidas para alcanzar objetivos políticos legítimos (lo que se denomina «derecho a regular») y de que, en el ejercicio de esa potestad legítima de regular el orden económico-social, “las disposiciones sobre protección de las inversiones no pueden interpretarse como *un compromiso de las Partes de no modificar su legislación*, en particular de modo que pueda afectar negativamente a las expectativas de obtención de beneficios del inversor” (cursiva añadida).

47. Se trata de una modificación de derecho sustantivo de gran alcance, un auténtico “aviso a navegantes”, que en caso de aprobarse e introducirse en la versión revisada del TCE debilitaría considerablemente cualquier demanda o posición reivindicativa de los inversores basada en las expectativas o en la confianza legítima. Los inversores deben saber, por consiguiente, que los Estados tienen la potestad soberana de legislar y regular, y que esa normación puede modificarse sin que los inversores puedan invocar quiebra de expectativas de obtención de beneficios. Obviamente, esta “cautela” en el nuevo tratado no anula cualquier reivindicación de las empresas, pues las demás obligaciones-tipo de los Estados que suelen contenerse en los APPRI se mantienen inalteradas (principios de nación más favorecida, trato justo y equitativo, seguridad jurídica, definición de expropiación directa e indirecta, etc.).

IV. El procedimiento arbitral *Stadtwerke München*

1. Marco legal de referencia

48. La regulación legal sustantiva y procesal que constituye el marco para la reclamación resuelta por este tribunal de arbitraje está constituido por el TCE, del que forman parte tanto España (lugar de la inversión y domicilio social de una de las reclamantes) como Alemania (domicilio social de la mayoría de las empresas inversoras). El segundo elemento de referencia que hay que subrayar es que no existe tratado bilateral de inversiones (APPRI) entre esos dos países, miembros ambos de la Unión Europea.

2. La parte solicitante y sus pretensiones

49. Como se anunció al principio de esta contribución, los reclamantes en este procedimiento arbitral, cuya resolución ha tardado casi cinco años, son nueve sociedades mercantiles de responsabi-

⁴² Consejo de la UE: *Directrices de negociación para la modernización del Tratado de la Carta de la Energía*, 15 julio 2019 (Doc. 10745/19 ADD 1).

lidad limitada que trabajan en el sector de la producción y distribución eléctrica. Todas son empresas alemanas salvo una (“Marquesado”), pero esta fue creada al efecto por las empresas antedichas, por lo que sus propietarios son igualmente germanos. Además, una de las nueve empresas alemanas, *Stadtwerke München* (SWM), precisamente la que da nombre al laudo arbitral, es una empresa pública local, perteneciente por más señas al ayuntamiento de Munich.

50. En concreto, las empresas reclamantes constituyeron en el año 2009 la sociedad mercantil española (“Marquesado”) con el fin de canalizar sus inversiones en el sector de las energías renovables de nuestro país. Aquel año, invirtieron a través de “Marquesado” unos 345 millones de euros en el diseño, construcción y explotación (producción de electricidad y su venta posterior) de una instalación de generación de electricidad a partir de energía solar, que recibió el nombre de “Andasol 3”, ubicada en el municipio de Aldeire (provincia de Granada). Esta instalación, propiedad al 100% de “Marquesado”, es una de las más grandes de Europa en su especie, utiliza la tecnología solar concentrada (o “termosolar”, como se la conoce vulgarmente) y tiene una capacidad de generación de 182 millones de Kw/hora, ahorrando supuestamente más de 150.000 toneladas de CO₂ por año. Toda la inversión realizada fue “directa” o aportada por las empresas partícipes, sin recurso a créditos bancarios.

51. El desencadenante del laudo arbitral vino constituido por las actuaciones y desarrollos regulatorios examinados más arriba, y que según las reclamantes suponían una infracción de las obligaciones contraídas por España al amparo del TCE y de otras disposiciones y principios del Derecho internacional. En concreto, los sucesivos cambios operados en el marco normativo de las energías renovables y los recortes en su régimen retributivo les habían deparado unos daños patrimoniales en relación con las inversiones que las empresas habían realizado con el fin de construir y explotar la citada planta de generación eléctrica “Andasol 3”. Dicha instalación se construyó al amparo de la normativa “inicial”, expuesta más arriba, y la Administración informó a “Marquesado” de que su planta cumplía los requisitos para beneficiarse de las condiciones retributivas para la venta de la electricidad generada en aquella planta en los términos fijados por la legislación vigente⁴³.

52. Las empresas se quejaban de que las modificaciones producidas en la normativa española en materia de energías renovables les habían provocado una merma en los beneficios proyectados y en el valor de sus instalaciones. Además, dentro del elenco de medidas consideradas como ilegítimas, aquellas incluían también el establecimiento de un impuesto específico sobre las instalaciones de energías renovables, figura tributaria establecida a nivel nacional a través de la Ley 15/2012⁴⁴. Las empresas reclamantes solicitaban, en concreto, que :

- se declarara que España había infringido las obligaciones que le incumben sobre la base del art. 10 del TCE;
- se restableciera la situación anterior a los cambios regulatorios negativos para los intereses de las reclamantes;

⁴³ En respuesta a una solicitud-requerimiento de la empresa “Marquesado”, la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio dictó una resolución (fecha el 10 de febrero de 2011) confirmando que la planta Andasol 3 cumplía los requisitos establecidos legalmente para tener derecho a la tarifa fija por *toda* la electricidad que produjera la planta, en los términos legales y reglamentarios vigentes, a saber: (a) durante los primeros 25 años de explotación de la planta, una tarifa fija de 29,0916 céntimos de euro por/kwh, o en su defecto una tarifa variable podría fluctuar entre un límite superior de 37,1483 céntimos y uno inferior de 27,4353 céntimos por kwh); (b) a partir del vigésimo sexto año, una tarifa fija de 23,2731 EUR cent/kwh o una tarifa sometida a los mismos límites superior e inferior.

⁴⁴ Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética («BOE» núm. 312, de 28/12/2012). Esta ley estableció un nuevo impuesto, denominado “impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica”. Gravaba la producción e incorporación al sistema eléctrico de energía eléctrica en las instalaciones de energías renovables y su tipo impositivo se fijó en el 7%, que se calculaba sobre el importe total que le correspondiera percibir al contribuyente (cabalmente la empresa de generación eléctrica) por la producción e incorporación al sistema eléctrico de energía eléctrica, por cada instalación de energías renovables.

- se condenara a España al pago de todas las indemnizaciones procedentes por las pérdidas patrimoniales sufridas;⁴⁵
- se le condenara en costas.

3. Óbices procesales invocados por la parte demandada

A) La parte demandada

53. La parte *demandada* (“la otra parte”, en la terminología de los arbitrajes) es el Reino de España, como Estado soberano miembro del CIADI y parte del Tratado de la Carta de la Energía. Más allá de este dato formal, externo e iusinternacional, es pertinente la cuestión de qué organización o ente está siendo demandado “de verdad”, es decir, en el terreno de la práctica jurídica. Esto es, ¿quién asume el peso de las defensas y de los diferentes escritos procesales y contestaciones que se generan en el procedimiento arbitral?; y sobre todo, en el caso de que se condene al “Reino de España”, ¿quién debería hacer efectivas las indemnizaciones que se pudieran declarar?.

54. Esta organización no es otra que la Administración General del Estado, aunque no aparezca en ninguna parte del laudo. Aunque el centro de imputación es el Estado como sujeto de Derecho internacional, los “autores” de las “medidas” reputadas contrarias al orden internacional son las Cortes Generales, por un lado (por las medidas legales y las convalidaciones de los decretos-leyes adoptados) y el Gobierno, por otro, como autor de las normas reglamentarias contestadas. Ahora bien, las Cortes Generales ni actúan en el procedimiento arbitral ni tienen un presupuesto para hacer frente a las posibles condenas pecuniarias que se pudieran declarar. Se produce aquí una suerte de hiato entre la personificación que actúa en la esfera ius-internacional y la organización ejecutiva que, en el orden interno, toma las diferentes decisiones procesales y al final del día tiene que hacer frente a las consecuencias económicas del laudo.

55. En efecto, la representación y defensa de España fue asumida, por exigencia legal y reglamentaria⁴⁶ por los abogados del Estado encuadrados en la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado (y más concretamente en el Departamento de Arbitrajes Internacionales) dependiente del Ministerio de Justicia. Por otro lado, el “Reino de España” como sujeto de Derecho internacional no tiene un presupuesto específico o propio. Los únicos presupuestos públicos a los que se podrían imputar los pagos procedentes por las indemnizaciones declaradas son los de las diferentes administraciones territoriales y de sus organismos y entidades adscritos o vinculados, y en este caso la Administración territorial general.

56. Esta constatación no es baladí, sino que tiene consecuencias importantes. En el caso aquí examinado, toda la “responsabilidad” o *autoría* de los hechos y desarrollos jurídico-normativos que alegadamente causaron el daño patrimonial a las empresas reclamantes correspondió a las autoridades centrales o estatales. Sin embargo, en el caso de un Estado profundamente descentralizado, tal responsabilidad podría no ser imputable a las “autoridades centrales”, sino a algún Estado federado o confederado, o entidad subestatal equivalente, que no es un sujeto de Derecho internacional y por lo tanto no podría ser sometido a arbitraje. Esto evidentemente suscita cuestiones de composición e integración institucional de derecho interno de gran relevancia, que solo podemos dejar aquí apuntadas.

B) La cuestión de la competencia del tribunal y la sombra de la sentencia *Achmea*

57. La representación procesal española invocó un conjunto de óbices procesales, como es práctica forense habitual entre los abogados del Estado. Algunos eran razonables, otros bastante febles. En

⁴⁵ Las mercantiles reclamaban 423 millones de euros por los daños y perjuicios sufridos.

⁴⁶ Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, y específicamente su art. 9.

concreto, España alegó la incompetencia del tribunal de arbitraje del CIADI sobre la base de los siguientes argumentos:

- a) Que España y Alemania no eran Estados “diferentes” en el sentido del TCE, sino miembros de la misma Organización Regional de Integración Económica (ORIE, en la terminología de aquel tratado), y que por lo tanto no se cumplía la condición previa exigida por el TCE (excepción denominada “intra-europea”). Esta excepción fue rechazada por razones obvias.
- b) Que la empresa *SMW* no podía ser parte del arbitraje al ser una empresa pública controlada por Alemania, por lo que no podía actuar contra España. Alegación que siguió la misma suerte.

58. (c) Más allá de este “trasteo” inicial, sí que tuvo más sentido la alegación de que el arbitraje no podía continuar por haberse visto afectado por el dictado de la sentencia *Achmea*, del TJUE (*vid. supra*). De hecho, en este intento obstativo España se vio arropada por la Comisión, institución que solicitó al inicio del procedimiento ser tenida como interviniente en el arbitraje, pues quería defender la misma tesis que ha mantenido desde hace varios años contra estos arbitrajes (*vid supra*). Aunque el tribunal del CIADI le concedió un “leave to intervene” provisional, la Comisión no llegó a adquirir formalmente la condición de interviniente procesal al negarse a satisfacer los derechos económicos y constituir los depósitos que le exigió el tribunal. En consecuencia, no pudo defender sus tesis.

59. España sí que defendió esta posición y la razonó a nuestro juicio con lógica plausible. Sin embargo, el tribunal se reafirmó en su competencia basándose en una lectura literal de *Achmea*, al entender que dicho fallo solo se pronunció en relación con un “BIT” intra-europeo, y que aunque dicho fallo podía entenderse que afectaba a todos los acuerdos bilaterales de esa especie, en modo alguno podía suponerse que afectara al TCE, que es un tratado internacional multilateral suscrito, además, por la propia Unión Europea. A mayor abundamiento, varios tribunales de arbitraje, confrontados en su momento con la misma alegación obstativa, habían resuelto en mismo sentido que acabamos de decir.

60. (d) La única alegación procesal española que prosperó fue la tendente a excluir del objeto del arbitraje la “medida” consistente en el impuesto a las energías renovables, creado por virtud de la Ley 15/2012 (*vid supra*), pues las medidas de carácter tributario que impactan sobre las inversiones y actividades económicas están excluidas de arbitraje por efecto del art. 21 del TCE. Aunque las reclamantes arguyeron que aquel impuesto no podía calificarse como una auténtica medida tributaria al no haber sido establecida “bona fide” por España, el tribunal no halló convincente este argumento, pues carece de base legal expresa. Por consiguiente, le reconoció auténtica naturaleza tributaria, con lo que quedó excluido del objeto del arbitraje.

4. Reclamaciones, réplicas y conclusiones del tribunal

61. Las empresas demandantes formularon cuatro alegaciones (*claims*) diferentes contra España, que debemos exponer por separado, así como las defensas del demandado y la apreciación del tribunal en relación con cada una de ellas. En concreto, a España se le reprochaba que, en violación de las obligaciones que le incumbían al amparo del TCE, incurrió en las siguientes situaciones:

A) No estableció un marco estable para las inversiones del demandante

62. El art. 10.1 del TCE establece que “*de conformidad con las disposiciones del presente Tratado, las Partes Contratantes fomentarán y crearán condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras Partes Contratantes realicen inversiones en su territorio*”. Sobre la base de este precepto las empresas demandantes sostuvieron en primer lugar que las

autoridades españolas, en el breve plazo de dos años, promulgaron un conjunto de medidas regulatorias inopinadas, que tuvieron por efecto privarles de una parte significativa de los beneficios esperados a raíz de su inversión. Por consiguiente, dichas autoridades no crearon un marco legal ni estable ni transparente para la inversión de las reclamantes, por ende violando aquel precepto.

63. Sobre este particular, España alegó, en primer lugar, que la obligación contraída por los Estados-parte del TCE al amparo de su art. 10.1 no significa que no puedan modificar el marco legal establecido en su día, para ajustarlo a circunstancias macroeconómicas cambiantes, tesis esta que sostuvo haciendo referencia a varios laudos arbitrales que ya habían aceptado esta inteligencia.⁴⁷

64. En segundo lugar, que los cambios regulatorios adoptados no significaron ni mucho menos la derogación o eliminación radical del marco financiero de apoyo, sino su modificación. Que dicha alteración no alteró la naturaleza del sistema, pues este sigue atribuyendo a los inversores una remuneración privilegiada si se compara con los meros precios del mercado, así como una rentabilidad razonable que se prolonga a lo largo de un periodo dilatado de tiempo. Un marco, en definitiva, que sigue garantizando beneficios sostenidos durante toda la vida útil de la planta.

65. A juicio del tribunal, la cuestión clave en este punto es determinar el significado correcto del adjetivo “estable”, y cuánto puede alterar un Estado el marco legal de una inversión para que no pierda esa nota de “estabilidad”. Tras las consultas semánticas oportunas y constatar que la “jurisprudencia” de los laudos arbitrales recaídos en estas cuestiones no suministraba apoyatura segura para tal guía interpretativa, el tribunal llegó a la conclusión de que esa obligación del art. 10.1, inciso primero, del TCE no constituye una obligación accionable por particulares, sino una directriz general dirigida al Estado *huésped* de la inversión, con lo que esta parte de la demanda fue desestimada.

B) España no dio un tratamiento justo y equitativo a la inversión del reclamante

66. La segunda alegación de las empresas reclamantes consistió en que España había incumplido la cláusula de trato justo y equitativo (“fair and equal treatment, FET”, en inglés) prevista en el art. 10.1 del TCE. Esta queja es, con mucho, la más importante y la de mayor enjundia de todo este arbitraje. Dicha cláusula FET, según inteligencia común en el mundo de las inversiones internacionales, está compuesta por cinco obligaciones cumulativas. Siguiendo ese guión, y razonando a la inversa, las empresas adujeron que España:

- adoptó medidas que frustraron las expectativas legítimas de las reclamantes, pues estas esperaban que el marco reglamentario no se alterara, o que lo hiciera sin carácter “retroactivo”;
- no estableció un marco legal estable y predecible para la inversión de las reclamantes;
- mantuvo una conducta no transparente;
- adoptó medidas irrazonables;
- adoptó medidas desproporcionadas.

67. España se defendió alegando que, en esencia, un inversor diligente no puede esperar razonablemente (máxime si no hay un compromiso o contrato escrito por medio) que el marco regulatorio de la energía no vaya a cambiar en un país, siendo este un campo en continuo dinamismo; que ninguna actuación o expresión de voluntad de las autoridades españolas pudo razonablemente hacer nacer en el espíritu de los inversores la certeza o seguridad (ni siquiera la esperanza) de que el marco legal energético permanecería congelado por siempre; que después de las reformas operadas el sistema retributivo español de las energías renovables sigue reconociendo a los inversores un beneficio generoso y dilatado en el tiempo; que los cambios regulatorios siguieron el cauce procedimental establecido con carácter general

⁴⁷ Entre ellos, *Plama c. Bulgaria* (2008)

para su aprobación (incluyendo trámites de participación del público y de los *stakeholders*), por lo que fueron aprobados de modo transparente; y que las medidas adoptadas fueron razonables y proporcionales, en virtud de la gravedad de la situación y de las desviaciones del sistema a las que se quería subvenir.

68. El tribunal de arbitraje analizó cuidadosa y extensamente todas las alegaciones aducidas por la reclamante en este apartado de su “memorial”, y fue dando una respuesta separada a cada una de ella, adhiriéndose con carácter general a las tesis de nuestro país. Para empezar, el tribunal consideró que la actuación seguida a lo largo del tiempo por las autoridades españolas no puede en modo alguno identificarse como una estratagema encaminada a atraer con artificio o engaño al inversor para, una vez mordido el cebo, cambiar dolosamente el contexto legal. Al contrario, España diseñó de buena fe un marco de apoyo suficientemente atractivo para la inversión, y reaccionó cuando los efectos perniciosos del marco regulatorio se hicieron evidentes, dejando aún de ese modo subsistente un sistema que sigue reconociendo al inversor una rentabilidad razonable (pars. 258-259 del laudo). A juicio de los árbitros, España no hizo más que corregir legítima y proporcionalmente las desviaciones imprevistas del sistema, concluyendo en este punto que “...while the Claimants may have found that those corrective actions had unpleasant consequences for their energy business, the Tribunal does not believe that by changing its regulatory system Spain failed to provide the investors a stable regulatory system and thereby violated its obligation to treat their investments fairly and equitably” (par. 260 del laudo).

69. De especial interés son sus consideraciones sobre la alegada violación de las expectativas legítimas de las reclamantes. En síntesis, el tribunal entendió que un diligente comerciante no pudo albergar la expectativa legítima de que el marco de apoyo español para el incentivo a las energías renovables nunca sería modificado. Para empezar, ningún marco legal, por definición y en ningún país del mundo, es inmutable y queda congelado *pro futuro*; mucho menos en un sector tan dinámico como el de la energía y especialmente en el de las renovables, que en el momento de fijarse el marco legal inicial se encontraban al principio de su despegue. Por otro lado, antes de producirse la inversión en “Andasol 3” el TS español ya había dictado una importante sentencia en la que desestimó el recurso contra los cambios del marco regulatorio acometidos por el RD 2352/2004 (*vid. supra*); sentencia de público conocimiento que en razón de su importancia fue objeto de difusión y comentario, especialmente en el sector regulado, por lo que un inversor diligente debería haberla conocido y haber Estado ya prevenido sobre la legalidad de estos cambios.

70. Otro argumento en contra de la tesis de la actora fue que los diferentes reglamentos aprobados al amparo de la Ley del Sector Eléctrico de 1997 hicieron recurrentemente alusión a las condiciones cambiantes del mercado, como una de las causas de su aprobación. Un informe de “due diligence” adecuado debería haber identificado estos extremos. Por otra parte, el gobierno español en ningún momento suscribió con “Marquesado” un contrato o convenio escrito por el que se comprometiera a no modificar el marco regulatorio-económico en el futuro. Finalmente, un empresario diligente y prudente no puede confiar en unos simples *power points* presentados en unas sesiones de captación de inversores extranjeros⁴⁸ como base razonable ni como *promesa* gubernamental de no modificar el marco regulatorio. En resumen, el tribunal halló que las expectativas de las reclamantes ni fueron razonables ni legítimas, por lo que desestimó su alegato de que España había infringido su obligación de acordar un trato justo y razonable a las inversiones de las reclamantes (par. 308 del laudo).

71. Poco le costó igualmente al órgano arbitral deshacerse de las débiles alegaciones consistentes en que España no había actuado de modo transparente a la hora de realizar los cambios legales. Así,

⁴⁸ Las reclamantes alegaron que el Instituto Español de Comercio Exterior (ICEX) había llevado a cabo en Alemania unas jornadas de captación de inversiones, a las que asistieron representantes de las empresas querellantes, y que en dichas jornadas el organismo gubernamental había circulado unos folletos y hecho unas presentaciones en “power point”, que fueron determinantes en la decisión de invertir en España. A juicio de las reclamantes, de esos folletos y presentaciones se desprendía que el marco legal español en punto a las energías renovables permanecería inmutable.

el tribunal señaló que ya en su momento la exposición de motivos del RD-Ley 7/2006, que estaba en vigor cuando las reclamantes realizaron su inversión, anticipaba que España estaba intentando adoptar medidas que re-equilibraran el régimen retributivo de las instalaciones de energías renovables, especialmente las que se acogían a la metodología establecida por el RD 436/2004. Es decir, y en *plain Spanish*, “el que avisa no es traidor”. Por otra parte, las medidas legales y reglamentarias fueron adoptadas siguiendo el procedimiento legal de aprobación, los proyectos normativos fueron objeto de publicidad, hubo trámites de información pública y plazos para alegaciones, informes de expertos, etc. Todo lo cual hizo que el *modus operandi* español no pudiera caracterizarse en modo alguno como no transparente.

72. Pasamos ahora a la acusación de que las medidas adoptadas por España no fueron razonables, todavía dentro del ámbito de la cláusula “FET”. Tras un ligero análisis semántico del vocablo “irrazonable” y a la luz de otros laudos arbitrales anteriores (como *AES Summit c. Hungría*), el tribunal llegó a la conclusión de que la actuación de las autoridades españolas no fue irracional, dado que actuaron para lograr un objetivo de política pública y de interés nacional. A la hora de reconducir la situación de sobre-remuneración producida al calor de la normativa inicial, España tenía básicamente dos opciones: o seguir incrementando el precio de la electricidad para el consumidor final o rebajar la remuneración al generador, y la segunda opción parecía la más razonable puesto que entre 2003 y 2009 la tarifa eléctrica pagadera por el consumidor final se había incrementado en un 80%, llegando a ser una de las más caras de Europa. En ese marco económico y social, la alternativa adoptada no podía ser caracterizada como irrazonable (par. 321 del laudo).

73. Para terminar el examen de este arsenal acusatorio basado en la cláusula “FET”, nos referimos finalmente al alegato de que las medidas adoptadas por España fueron desproporcionadas, pues, entre otros extremos, destruyeron la mitad del valor de las inversiones de las reclamantes. Aquí el tribunal observó, puntilloso, que la palabra “proporcionadas” no aparece recogido expresamente en el texto del TCE y que además los demandantes no habían sido capaces de ofrecer una formulación de ese concepto basada en la “jurisprudencia” existente. Es cierto que en la normativa de las inversiones internacionales no hay una definición ni formulación acabada del principio de proporcionalidad, aplicado a las medidas gubernamentales que sedicentemente pueden deteriorar las dichas inversiones. Esto habría bastado para desestimar esta parte del alegato, pero el tribunal, *for the sake of completeness*, no rehusó entrar en el fondo, para evidencia del demandante. Decimos esto ya que, entre otros extremos, las reclamantes fueron incapaces de determinar con precisión cuál era la tasa de rendimiento o rentabilidad (*rate of return*) que le correspondía a Andasol 3 tras los cambios regulatorios producidos, por lo que difícilmente podía edificarse con seriedad una demanda de desproporción de las medidas en cuanto a su impacto “real” en la estructura del beneficio empresarial propio. El tribunal, basándose en los cálculos suministrados sobre esta cuestión por España (!) dio por buena la cifra de 8,1% antes de impuestos para fijar dicha rentabilidad. Todo ello permitió al tribunal la fácil deducción de que en términos absolutos, las medidas adoptadas por las autoridades españolas fueron proporcionadas en el sentido de que no tuvieron un impacto negativo significativo sobre la inversión del reclamante. Esto vendría a concluir que los recortes a las renovables no han sido tan “salvajes” ni “radicales” como ha sostenido reiteradamente el sector.

74. El tribunal entendió que España adoptó las medidas controvertidas con el fin de proteger la estabilidad y solvencia del sistema público de electricidad, fin de vital importancia para el interés público; que, para conseguirlo, España optó por distribuir los sacrificios necesarios, en el sentido de hacer recaer parte del ajuste en aquellos que se habían beneficiado del sistema. En palabras del laudo: “*los operadores tuvieron que perder una parte de sus beneficios para preservar el sistema eléctrico, por lo que el método y los efectos de las medidas estatales fueron razonables... la carga impuesta sobre aquellos fue razonablemente proporcionada al fin perseguido, ...el argumento de las reclamantes de que las medidas de España no fueron “proporcionadas” debe ser rechazado*” (par. 355 del laudo).

75. En resumidas cuentas, todas las alegaciones y acusaciones realizadas por las reclamantes al amparo de la cláusula de tratamiento justo y equitativo (“FET”) fueron rechazadas tajantemente por el

tribunal del CIADI, y con esto puede decirse que las demandantes habían perdido ya el arbitraje, pues los alegatos restantes constituían realmente “munición ligera” en comparación con la que se acababa de revelar inoperante.

C) España provocó un perjuicio a las inversiones del reclamante debido a la adopción de medidas irrazonables

76. Basándose en el tercer inciso del art. 10.1 del TCE, las reclamantes alegaron que la adopción de medidas irrazonables en nuestra patria les supuso una depreciación importante de sus inversiones. En realidad, reiteraron en este punto alegatos anteriores: las medidas de España fueron irrazonables, las acciones de “Marquesado” perdieron el 50% de su valor de mercado, etc. En verdad no apreciamos que este fuera un argumento desgajable argumentalmente de los ya vistos más arriba, por lo que el tribunal, lacónicamente, se limitó a rechazar ese argumento dando por reproducidas sus consideraciones anteriores.

D) España no cumplió las obligaciones que había contraído con los inversores

77. De nuevo se apoyaron las reclamantes en el art. 10.1 del TCE, en este caso en su último inciso, que reza como sigue: “*Toda Parte Contratante cumplirá las obligaciones que haya contraído con los inversores o con las inversiones de los inversores de cualquier otra Parte Contratante*”. Este inciso es conocido en la jerga de las inversiones internacionales como “cláusula paraguas” (“umbrella clause”). A juicio de la actora, España habría contraído de modo implícito la obligación de no alterar el marco regulatorio. Esta obligación, aunque no cristalizada explícitamente, podía ser deducida tácitamente a partir de la existencia de varias notas de prensa, de declaraciones públicas de responsables gubernamentales y de resoluciones administrativas varias. Además, estaba el hecho de que la Administración había inscrito a la planta “Andasol 3” en el registro correspondiente, lo que a juicio de las reclamantes constituía un indicio de una suerte de promesa o compromiso de no alteración del marco legal. A los abogados del Estado les fue relativamente fácil desmontar esas febles andanadas, pues la adopción de normas no puede ser conceptualizada como “obligación” en el sentido del art. 10.1 del TCE, y además España no suscribió ningún contrato, pacto o convenio, verbal o escrito, con los inversores (ni siguió una conducta individualizada *vis à vis* de aquellos) en virtud del cual se comprometiera *con ellos* a no modificar nunca el marco legal vigente.

78. El tribunal, analizando la literalidad del art. 10.1, último inciso, del TCE, tras el trasteo semántico habitual llegó al convencimiento de que aquel precepto solo puede aplicarse a obligaciones realmente “contraídas con” inversores determinados, esto es, *intuitu personae*, y en ningún caso se puede predicar de medidas normativas adoptadas con efectos *erga omnes*. No existió en ningún momento contrato o pacto alguno entre España y los inversores, o con “Marquesado”, la sociedad que canalizó sus inversiones. Por lo tanto, España nunca pudo violar el último inciso del art. 10.1 del TCE. Con ello quedaba rechazado el cuarto y último argumento de las reclamantes, lo que significaba una derrota contundente y en toda la línea de sus posiciones.

5. Sentido del fallo y condena en costas

79. El tribunal afirmó su competencia en este asunto, excepto en lo atinente a la fiscalidad dimanante de la Ley 15/2012. En cuanto a las cuestiones de fondo, decidió rechazar que España hubiera violado el art. 10 del TCE por no ofrecer a las inversiones de las reclamantes unas condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes. Igualmente declaró que nuestro país no incumplió la obligación de otorgar a la inversión de las reclamantes un tratamiento justo y equitativo. En tercer lugar, concluyó que España no había violado la norma de marras, pues ni perjudicó la inversión de las reclamantes como

consecuencia de adoptar medidas no razonables ni incumplió obligaciones contraídas con las reclamantes o con sus inversiones.

80. La cuestión de las costas que se generan en el marco de un proceso de arbitraje internacional como el aquí glosado se rige por el art. 61.2 del convenio del CIADI. A su amparo, las reclamantes habían solicitado que se condenara a España al pago de casi 5 millones de euros en concepto de costas⁴⁹. A su vez, España solicitó que se condenara a las reclamantes al pago de las costas, que nuestro país fijó en 3,3 millones de euros.⁵⁰

81. Teniendo en cuenta el marco decisorio constituido por la regla de arbitraje número 28 y la amplia discreción que esta deja a los árbitros, el tribunal consideró que se habían suscitado seis cuestiones (cuatro sustantivas y dos procesales) y que España había ganado en cinco de las seis cuestiones suscitadas⁵¹. De manera proporcional, dividió las costas procesales entre los contendientes en razón de su respectiva tasa de éxito, por lo que condenó a las reclamantes a pagar a España cerca de 2,4 millones de euros en concepto de gastos de defensa (la otra sexta parte tuvo que soportarla España) y unos 362.000 dólares en concepto de la parte de los costes del proceso que España tuvo que proveer en su momento. Cantidades que, además, generan los intereses correspondientes en caso de impago.

6.Voto particular

82. El tribunal del CIADI solo decidió de manera unánime a la hora de declarar su competencia en este procedimiento, pero el resto de sus determinaciones, incluidas las atinentes a la condena en costas, no se alcanzaron por unanimidad, sino por mayoría, pues solo fueron suscritas por el presidente del tribunal, (prof. Salacuse) y uno de sus vocales (el prof. Douglas). En cambio el prof. Hobér redactó un voto particular. En él, este árbitro sueco entendió que se debería haber condenado a España a indemnizar a los reclamantes todos los daños causados por violación de la cláusula “FET”, pues se defraudaron sus expectativas legítimas y los cambios introducidos en España fueron radicales, esenciales y retroactivos. Para una visión más amplia y transparente de las cosas, debemos señalar que el prof. Hobér fue el árbitro propuesto por los reclamantes.

VII. Conclusiones

1.Relevancia de *Stadtwerke München*

83. El laudo que aquí analizamos tiene a nuestro juicio una gran relevancia. En primer lugar, es uno de los últimos laudos que ha sido dictado en esta materia y que ha tenido a España como parte demandada. Esto hace que haya tenido ya en cuenta el posible impacto de la sentencia *Achmea*, con el resultado arriba examinado. Ello nos pone sobre la pista de que los tribunales constituidos en el marco del CIADI tienen pocas ganas de declararse incompetentes en estos casos, mientras que los tribunales de arbitraje constituidos al amparo de un APPRI intra-europeo pueden ser mucho más sensibles a las

⁴⁹ Concretamente 4.983.290 euros. Esta cantidad se componía de los siguientes conceptos: (1) honorarios de abogados y gastos conexos: 3.873.042 euros; (2) Costes de peritos y expertos: 628.795 euros; (3) gastos de los reclamantes relacionados con la gestión y administración del arbitraje: 29.876 euros, (4) tasa de interposición de la demanda de arbitraje: 25.000 dólares; y (5) provisiones a cuenta a favor del CIADI: 499.820 dólares.

⁵⁰ Cantidad desglosada en los siguientes conceptos: (1) honorarios de abogados: 2.289.980 euros; (2) testigos y peritos: 551.205 euros; (3) traducciones: 40.760 euros; (4) edición e impresión de documentos: 4.549 euros; (5) Servicios de mensajería: 2.231 euros; (6) gastos de viajes: 16.031 euros; y (7) provisión de fondos al CIADI: 499.802 dólares.

⁵¹ Había vencido en las cuatro cuestiones sustantivas. En cuanto a las cuestiones procesales, había vencido en la alegación de la improcedencia de someter a arbitraje la cuestión de la fiscalidad de las energías renovables, pero no prevaleció en su cuestionamiento de la competencia del tribunal.

conclusiones del TJ en aquel famoso caso y a sus relevantes consecuencias jurídicas, aspecto este sobre el que se volverá más adelante.

84. En segundo lugar, es un arbitraje en el que se han desestimado total y completamente todas las alegaciones y reclamaciones de los inversores extranjeros contra España basadas en la violación del art. 10 del TCE, y en concreto de la cláusula “FET”. Con este laudo, España ha ganado su primer arbitraje de las renovables en el CIADI tras una decena de “derrotas” anteriores. Concurrimos por entero con el laudo, que creemos correcto y acertado, a la par que magníficamente razonado ante unas alegaciones de las empresas que nos han parecido cuanto menos mejorables. En las argumentaciones y en el desarrollo del arbitraje se vieron algunas debilidades en su posición, como el hecho de haber contado con un defectuoso “due diligence report”, o haber sido incapaces de determinar con precisión cuál era la nueva tasa de rentabilidad que correspondía a la planta Andasol 3 tras el cambio regulatorio. Por no hablar del pueril argumento de los *power points* del ICEX... El tribunal de arbitraje ha sabido reconocer la legitimidad de la reacción legislativa ponderada, transparente y proporcional de las autoridades españolas ante una situación de extrema gravedad, fruto de un marco de apoyo que había provocado una situación de sobre-capacidad, un desequilibrio del conjunto del sistema eléctrico y, de paso, unas de las tarifas eléctricas más caras del mundo a satisfacer por ciudadanos y empresas.

85. El laudo de *Stadtwerke München* puede perfectamente leerse como un aldabonazo a la tesis de que el ejercicio legítimo, razonable y ponderado del poder legislativo y reglamentario por parte de un Estado no puede censurarse (en cuanto potestad soberana, discrecional y libre) desde la perspectiva de principios como el de confianza legítima, principio por otra parte sometido a una elaboración pretoriana todavía inconclusa. Máxime cuando (a) un inversor prudente y diligente no puede esperar nunca razonablemente la congelación eterna de ningún marco regulador, sobre todo en una actividad económica sometida a continuo cambio y adaptación técnico-económica; (b) un empresario sutil y conocedor de su sector productivo no podía esperar que las altísimas retribuciones ofrecidas por España en la primera etapa del marco de apoyo se mantendrían *sine die*, independientemente de la evolución macro-económica o del sistema eléctrico; (c) los cambios regulatorios combatidos siguieron reconociendo una rentabilidad razonable, duradera y actualizable durante toda la vida útil de la planta de generación, y (d) tanto las rentabilidades obtenidas antes de la mudanza legislativa como después de la misma (aunque en menor medida, evidentemente) pueden calificarse como atractivas, sobre todo a la vista de la evolución de los tipos de interés, de los rendimientos generales de la actividad económica y de las rentabilidades homónimas ofrecidas por países de nuestro entorno, entre las que sobresalen las aquí garantizadas. Por otro lado, con este laudo arbitral se produce una suerte de unificación (si bien partiendo desde postulados jurídico-positivos completamente distintos) entre la “jurisprudencia” de los arbitrajes internacionales de inversiones y la Jurisprudencia (fetén) de nuestros tribunales de justicia (*vid. supra*).

86. La buena noticia que para nuestras arcas públicas supuso *Stadtwerke München* vino acompañada por otra, no tan positiva como aquella pero seguramente más que los laudos condenatorios recaídos hasta la fecha. Nos referimos al asunto *BayWa*⁵², en el que España resultó condenada a pagar daños, pero por un importe muy inferior al reclamado: en este caso, otro tribunal del CIADI desestimó en su mayor parte la demanda presentada contra nuestro país por dos empresas alemanas del grupo “BayWa” por los cambios regulatorios de las energías renovables, en este caso en el sector de la energía eólica, en el que aquellas habían invertido⁵³. Aunque el tribunal determinó que España había incumplido la garantía de estabilidad del art. 10.1 del TCE por la *retroactividad* de las medidas adoptadas, desestimó la pretensión de que se declarara que España había violado las expectativas legítimas de los inversores, que era su alegato principal (las empresas solicitaban una indemnización de más de 67 millones de euros). En consecuencia, el tribunal conminó a las partes a que llegaran a un acuerdo sobre el importe de la indem-

⁵² Asunto *BayWa Renewable Energy GmbH vs. Kingdom of Spain*, Caso CIADI No. ARB/15/16, de 2 de diciembre de 2019.

⁵³ Hay que tener en cuenta que, como se ha visto más arriba, la remuneración de la energía eólica se ha regido por normas, parámetros técnicos y magnitudes económicas diferentes a las de la energía termosolar

nización que España debería pagar por la citada retroactividad ilegal, acuerdo que no nos consta que se haya producido todavía.

87. La perspectiva que ofrece ya el tiempo transcurrido desde la producción de los controvertidos cambios normativos y su correlativa contestación jurídica permite ya a nuestro juicio la realización de una reflexión de conjunto, que permita identificar cuál ha sido el problema de fondo. A nuestro juicio, por un lado el marco de apoyo inicial fue demasiado generoso⁵⁴. O no se calculó bien o su éxito desbordó todas las previsiones. Sin embargo, ese marco de apoyo estaba justificado porque era tal vez la única forma de atraer suficiente inversión del exterior (la interior se juzgó insuficiente) para construir a marchas forzadas multitud de plantas de generación de energía renovable que permitiera a España cumplir con los objetivos de penetración de las energías renovables que le habían impuesto las directivas europeas. Tal vez esté ahí la raíz última de todos estos males: la UE debería haber optado por objetivos de penetración de energía renovable menos ambiciosos, o por conseguir los establecidos en un plazo más dilatado, de manera que el capital necesario para la erección de las instalaciones necesarias hubiera fluido de manera más ordenada o “tranquila”, sin tener las velas infladas por un marco de fomento tan generoso que tarde o temprano habría de modificarse a la baja por su elevado coste económico⁵⁵. Parece que la Unión ha tenido demasiadas prisas, y ha querido transformar en un tiempo demasiado breve nada menos que la estructura de generación de energía de 28 países diferentes, imponiéndoles obligaciones ambiciosas que exigían inyecciones cuantiosas de capital para la construcción de miles de instalaciones. Instalaciones que por otro lado han alterado el paisaje tradicional de nuestros campos y que además tienen un impacto ambiental que se soslaya con demasiada frecuencia.

2. *Stadtwerke München* y el futuro de los arbitrajes internacionales de inversiones

88. Tras el dictado de este laudo, y al menos en el momento de redactar estas líneas, siguen siendo tres los marcos de resolución que existen para resolver los conflictos de inversiones internacionales, en función de las variables concurrentes en el caso y de las empresas afectadas. Estos tres marcos son los siguientes: (a) en el caso de empresas españolas “fetén”: interposición de recursos contencioso-administrativos ante los tribunales de esa jurisdicción, sobre la base de la legislación administrativa española en materia de responsabilidad patrimonial y esgrimiendo argumentos de legalidad ordinaria, tanto sectorial como general o común, o de carácter constitucional; (b) en el caso de empresas extranjeras: (b.1) solicitar un arbitraje ante un tribunal constituido al amparo de un APPRI suscrito entre España y el Estado de origen del inversor; y (b.2) desencadenar un arbitraje ante un tribunal del CIADI sobre la base del TCE.

89. De estos tres mecanismos, el arriba identificado como (a) sigue siendo desde luego operativo y disponible para las empresas, pero las sentencias recaídas hasta la fecha han sido bastante contrarias a los intereses de los inversores, como se ha visto más arriba. La jurisprudencia de nuestros tribunales constitucional y supremo parece lo suficientemente acrisolada para concluir que ese mecanismo conflictual no garantiza el éxito de las reclamaciones de las empresas (todo lo contrario) a menos que se introduzcan nuevos argumentos en el debate jurídico o se produzca una modificación relevante de las circunstancias fáctico-normativas, que obligara a los tribunales a un cambio de interpretación.

90. El mecanismo arriba identificado como (b.1) parece fuertemente afectado por la sentencia *Achmea* y por las iniciativas diplomático- institucionales que los EM de la Unión se han conjurado en coronar, como se ha visto más arriba. A nuestro juicio, aquella decisión del Tribunal de Luxemburgo

⁵⁴ Tan generoso que atrajo a inversores cuanto menos peculiares: ¿Qué hacía *Stadtwerke München*, una empresa energética del ayuntamiento de Múnich, invirtiendo en España para generar energía para el mercado español?; ¿realmente constituía dicha actividad una parte lícita de su giro o tráfico, cuando no es sino una entidad instrumental local?

⁵⁵ Las primas fueron exageradamente generosas, muy por encima de las ofrecidas por los países de nuestro entorno: entre 1998 y 2019 la cantidad acumulada de esta subvención superó la cifra aproximada de 100.000 millones de euros.

ha supuesto, en la práctica, el fin los arbitrajes internacionales de inversiones basados en APPRI ratificados por EM de la UE (“intra-europeos”). Siguen estando en pleno vigor, en cambio, los arbitrajes de inversiones basados en APPRI suscritos entre España y terceros países como Japón, EEUU, etc.

91. Finalmente, el mecanismo identificado como (b.2) sigue siendo viable para las empresas extranjeras, pues los tribunales de arbitraje constituidos en el marco de aquella organización, y al calor del TCE, parece mantener su competencia y no darse por aludidos por la sentencia *Achmea*, tal y como ha sucedido con el laudo *Stadtwerke München* y otros arbitrajes recaídos con posterioridad a la publicación de ese fallo de Luxemburgo. Ahora bien, incluso esta vía podría sufrir un fuerte impacto si llegan a culminarse adecuadamente las negociaciones inter-gubernamentales y diplomáticas que se han comenzado a desplegar por los Estados de la UE de cara a acometer una modificación de dicho tratado. Como se ha visto más arriba, tales potencias buscan introducir en la futura redacción de la Carta de la Energía el llamado “derecho a regular” y la previsión expresa de que los cambios regulatorios no podrán dar lugar, en general, a reclamaciones basadas en el principio de protección de las expectativas legítimas de los inversores.

92. Aún podría esta vía conflictual-arbitral sufrir un impacto fatal en tres supuestos. *Primo:* en el caso de que algún tribunal de arbitraje del CIADI valorara el alcance de la sentencia *Achmea* de manera diferente a como lo ha hecho el autor de *Stadtwerke München*, situación muy difícil dada la *jurisprudencia* ya existente pero teóricamente factible, dada la naturaleza eminentemente descentralizada y policéntrica del sistema de arbitrajes internacionales de inversiones. *Secundo:* en la coyuntura de que un órgano judicial de algún Estado de la Unión se viera en la tesitura de tener que ejecutar un laudo arbitral del CIADI en el que se condene a dicho Estado, y este se opusiera a la ejecución forzosa del citado laudo. El tribunal interno podría entonces elevar al TJ una cuestión prejudicial, en la que le podría plantear específicamente si el Derecho de la Unión se opone a este tipo de arbitrajes internacionales (los del CIADI y basados en el TCE)⁵⁶. Ello daría al Tribunal de Luxemburgo la ocasión perfecta para extender los razonamientos de *Achmea* a este tipo de arbitrajes, o declarar que estos se encuentran extramuros de aquellas consideraciones y por lo tanto son compatibles con el Derecho de la Unión. A nuestro juicio, tampoco estos arbitrajes se libran de las consideraciones y argumentaciones vertidas por el TJ en el caso *Achmea*, aunque en ese caso y por constricción fáctico-procesal evidente, el tribunal no se pudiera pronunciar en ese sentido. Dicho en pocas palabras: es inconcebible que, en la Unión Europea, un conflicto jurídico sobre reclamación de daños derivados de una inversión, suscitado entre un particular (nacional de un Estado miembro) y un EM (diferente del primero) se resuelva por mecanismos no estrictamente jurisdiccionales y al margen del derecho europeo, que constituye no solamente la regulación sustantiva esencial sino el marco principal mismo de las inversiones interestatales dentro de la Unión.

93. *Tertio:* España también podría denunciar el TCE, movimiento que, a pesar de su indudable impacto en el grado de atracción de nuestro marco institucional y normativo *vis à vis* las inversiones internacionales, sigue siendo desde luego una posibilidad lícita para cualquier Estado soberano parte del convenio, como lo es nuestro país. Además, Estados de la Unión de primer nivel como Italia no son parte del Convenio (ni de la Conferencia), lo que no parece que haya constituido un hecho obstativo de primer nivel. Evidentemente, hasta que alguno de estos tres posibles desarrollos cristalice, estos arbitrajes podrán seguir tramitándose y decidiéndose. Quedan igualmente al margen e inmunes a estas consideraciones los arbitrajes impetrados contra EM de la Unión por nacionales y empresas de terceros países.

94. Que los arbitrajes internacionales de inversiones estén abocados a su progresiva desaparición (al menos los trabados entre actores privados y estatales pertenecientes a la UE) es algo que nos parece digno de loa, por los aspectos a nuestro juicio problemáticos que estos mecanismos de resolución de diferencias tienen tanto en el plano particular como en el plano constitucional-general y que a buen

⁵⁶ En España se ha designado a los Juzgados de Primera Instancia como autoridad competente para la ejecución de los laudos del CIADI (al amparo del art. 54.1 del convenio).

seguro merecerían una contribución doctrinal separada⁵⁷. Haremos alusión aquí, simplemente, a un aspecto puramente técnico. Por ejemplo, en el caso *Stadwerke München* se ha podido apreciar cómo el concepto de “nacional de otro Estado-Parte”, recogido en el art. 26 TCE jugó muy favorablemente a favor de la entidad mercantil “Marquesado”, que en realidad es una empresa 100% española, por lo que en puridad tendría que haber litigado en los tribunales españoles. Ocurre sin embargo que sus accionistas son alemanes, y por ese portillo el colegio arbitral del CIADI la consideró como empresa “foránea” a efectos de la admisibilidad de su demanda. Es decir, que en lugar de litigar ante los tribunales de lo contencioso-administrativo como cualquier otra empresa española, se le permitió demandar en Washington ante un *tribunal* extranjero, que falla en atención a difusas reglas del Derecho internacional. Por lo tanto, se produce una escisión a nuestro juicio artificial entre empresas españolas que son propiedad de españoles y empresas españolas que son propiedad de extranjeros. Esta fragmentación del régimen no solo procesal sino sustantivo sólo puede dar lugar al recelo dogmático, al generar disparidad en el tratamiento y en las soluciones a los mismos problemas.

3. Epílogo: el marco legal actual, ¿nuevos pleitos en lontananza?

95. Como se ha visto más arriba, durante el “primer periodo regulatorio” (2014-2019) la *rentabilidad razonable* (RR) de las energías renovables estuvo establecida con carácter general en un 7,398%. Sin embargo, el 1 de enero de 2020 comenzó el segundo periodo regulatorio de ese régimen retributivo específico, que se extenderá hasta finales de 2025. El Real Decreto-ley 17/2019, de 22 de noviembre, aprobado cuando el Gobierno de P. Sánchez aún estaba en funciones, fijó el valor de la RR en ese periodo, estableciéndolo en 7,09%, lo cual significa que se ha ajustado ligeramente a la baja⁵⁸. Este nuevo “recorte” se ha justificado por el Gobierno por la adopción de una nueva metodología técnica de referencia para el cálculo de dicha rentabilidad, que ahora se basa en el “coste medio ponderado del capital”, metodología que al parecer es más habitual en nuestro entorno.

96. De gran relevancia para esta contribución es la previsión contenida en el citado decreto-ley, consistente en que las instalaciones que tuvieran reconocida una retribución primada a la entrada en vigor del RD-ley 9/2013 (como es el caso de todas las que han acudido a arbitrajes internacionales de inversiones) podrán seguir manteniendo - con carácter excepcional - la tasa de rentabilidad correspondiente al periodo regulatorio precedente (cabalmente, el 7,398%) durante los próximos 12 años, en lugar del aprobado para el nuevo periodo regulatorio (disp. Final Tercera, bis). Este régimen excepcional se supedita, empero, al cumplimiento de alguna de estas condiciones, dependiendo de la situación procesal en la que se encuentren las reclamaciones deducidas contra España por las empresas titulares: (a) en el caso de que no hayan litigado todavía: que no inicien un procedimiento judicial o arbitral en relación con la modificación del régimen retributivo; (b) en el caso de que el procedimiento arbitral o judicial se

⁵⁷ Desde el punto de vista de la teoría y de la sistemática clásica del control de *legalidad* de los poderes internos del Estado por su actividad jurídica *dirigida* a los súbditos o particulares de ese mismo Estado (ya sean nacionales o inversionistas allí afincados) no deja de resultar llamativo e intrigante el mecanismo de estos “arbitrajes”: son resueltos al margen del Derecho interno (*ius loci* de la inversión) y del de la misma Unión (infraestructural de las inversiones europeas) por personas físicas que ni son jueces ni forman parte de un auténtico poder judicial interno o internacional, y por medio de sus laudos se puede *condenar* a un Estado soberano -a requerimiento de empresarios privados sometidos al *imperium* de dicho Estado- sobre la base de vaporosos principios ius-internacionales. A nuestro juicio se trata de un mecanismo espurio (o al menos que se debe contemplar con recelo) desde el punto de vista del principio constitucional de legalidad interna, pues el control del que se habla al principio de esta nota debería estar encomendado exclusivamente a los tribunales del Estado huésped de la inversión. De otro modo se consagra una peligrosa escisión o dicotomía (cuestionable incluso desde el principio de igualdad) entre los inversores nacionales y los foráneos, al tener estos a su alcance medios resolutorios en principio más *flexibles* y teóricamente más cercanos a sus reivindicaciones.

⁵⁸ Este régimen económico afecta a cerca de 64.000 instalaciones, que son las que hay actualmente en España. Según el nuevo *Plan Nacional Integrado de Energía y Clima* (PNIEC), cuya propuesta ha sido aprobada a principios de 2020 por el Gobierno, España tendría que desarrollar aún más de 30 GW de proyectos fotovoltaicos de aquí a 2030 para cumplir con los objetivos impuestos por las directivas europeas sobre desarrollo de las energías renovables.

encuentre todavía en curso: que desistan del mismo; o (c) en el caso de que el arbitraje haya concluido por medio de laudo “condenatorio” contra España, que renuncien a percibir la indemnización o compensación en él reconocida. En el caso de que las empresas concernidas acepten esta “oferta”, deberán comunicarlo de modo fehaciente a la Administración estatal antes del 20 de octubre de 2020, dando cuenta de su desistimiento del procedimiento iniciado, o la renuncia a la percepción de las indemnizaciones ya reconocidas

97. La causa o justificación de esta cláusula “privilegiada” parece consistir en que el Gobierno la incluyó pensando en la línea de arbitrajes desfavorables que ya había recaído y en un intento de que los inversores internacionales desistieran de dichos procedimientos. Sin embargo, cuando se promulgó el decreto-ley aún no se habían hecho públicos ni el laudo de *Stadtwerke München* ni el de *BayWa*. Es por lo tanto posible que, si el Gobierno hubiera sido conocedor de que la saga de los arbitrajes estaba a punto de cambiar netamente de rumbo (en su favor) no hubiera incluido este régimen privilegiado. Paradójicamente, pues, esta nueva regulación exclusiva supone un giro inesperadamente favorable para las empresas beneficiarias, dado que los dos citados laudos arbitrales (que se hicieron públicos solo algunos días después de la entrada en vigor del decreto-ley) hacen presagiar una línea arbitral resolutoria de los tribunales de arbitraje de inversiones, contrario a las tesis de las empresas.

98. Pero este no parece ser el punto final en lo que aquí hemos denominado “historia interminable”. La razón es que el Decreto-Ley 17/2019 ha de ser precisado en sus aspectos técnico-económicos últimos (“parámetros retributivos”) por medio de una Orden Ministerial (OM). En febrero de 2020 el Gobierno hizo público el borrador de la citada Orden, que fue unánimemente criticada por las asociaciones de generación de electricidad renovables. A juicio de aquellas, la nueva metodología de cálculo prevista en la OM supondría un nuevo recorte en la retribución de esta electricidad, que el sector ha cuantificado en cerca de mil millones de euros, según la prensa especializada. Fuentes del sector regulado afirmaron que si no se atenuaba y suavizaba el impacto financiero antes mencionado, “no tendrán más remedio” que acudir a los tribunales...⁵⁹. La citada reglamentación fue finalmente aprobada como Orden TED/171/2020, de 24 de febrero (BOE del 28).

99. Como puede apreciarse, la batalla judicial por los cambios regulatorios en materia de energías renovables está lejos de poder darse por concluida. En este posible nuevo capítulo, sin embargo, las empresas tendrán que partir de unos presupuestos jurídicos asaz más desfavorables que en el pasado, pues la jurisprudencia europea y española, así como los arbitrajes *Stadtwerke München* y *BayWa* actúan ciertamente en contra de la culminación positiva de sus intereses. El tiempo dirá, pues, si la litigiosidad por los cambios regulatorios de las energías renovables ha llegado a un punto muerto o sigue recorriendo otros meandros sobre la base de nuevos postulados y argumentaciones jurídicas.

⁵⁹ Vid. *Cinco Días*: “Renovables y cogeneración abrirán un frente judicial al Gobierno por los nuevos recortes”, edición del 17 de febrero de 2020.

THE EVOLUTION OF NATIONAL REFERENDUM TOOLS IN CZECH REPUBLIC AND SLOVAKIA'S COMPARATIVE CASE

LA EVOLUCIÓN DE LAS HERRAMIENTAS DEL REFERENDUM NACIONAL EN EL MARCO COMPARATIVO DE REPÚBLICA CHECA Y ESLOVAQUIA

FABIO RATTO TRABUCCO

*Visiting Professor in Comparative Public Law
University of Ss. Cyril and Methodius in Trnava*

ORCID ID: 0000-0002-2273-4019

Recibido: 14.05.2020 / Aceptado: 05.06.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5624>

Abstract: This article analyses and compares the direct democracy tools in the Czech Republic and Slovakia in the framework of the former socialist Central-Eastern European area. Based on comparison and the previous Czechoslovak Republic experience, the author draws conclusions about shortcomings of the legal framework of direct democracy in the Constitutions of both countries. However, the Czech and Slovak national referendum experiences since 1993 confirm a weak usage of these tools. The majority of politicians are unwilling to make use of the national referendum tools and to make further regulations of the legislation of the referendum tools. In both countries, except for the EU accession field, the national referendum tools have been virtually non-existent. Moreover, the national referendums are tools in the hands of the political parties systematically used by politicians to discredit the opposition political part. The resulting of these two factors is that the tool becomes a real parody of direct democracy.

Keywords: national referendum tools, Rule of law, people's participation, Czech Republic, Slovakia.

Resumen: Este artículo analiza y compara las herramientas de democracia directa en la República Checa y Eslovaquia en el marco de la antigua área socialista de Europa Central y Oriental. Sobre la base de la comparación y la experiencia previa de la República de Checoslovaquia, el autor saca conclusiones sobre las deficiencias del marco legal de la democracia directa en las Constituciones de ambos países. Sin embargo, las experiencias del referéndum nacional checo y eslovaco desde 1993 confirman un uso débil de estas herramientas. La mayoría de los políticos no están dispuestos a hacer uso de las herramientas del referéndum nacional y hacer más regulaciones de la legislación dentro de este ámbito. En ambos países, a excepción del campo de adhesión a la UE, las herramientas del referéndum nacional han sido prácticamente inexistentes. Además, los referendums nacionales son herramientas en manos de los partidos políticos utilizados sistemáticamente por los políticos para desacreditar a la parte política de la oposición. El resultado de estos dos factores es que la herramienta se convierte en una verdadera parodia de la democracia directa.

Palabras clave: herramientas del referéndum nacional, Estado de derecho, participación popular, República Checa, Eslovaquia.

Summary: I. Introduction. II. The Czechoslovak Republic experience. III. The 1991 Constitutional Act of the Czechoslovak Federal Republic. IV. The Czech national referendum experience since 1993. V. The Slovak national referendum experience since 1993. 1. The instrumentalization of national referendum tools in Slovakia. 2. The Slovak national referendum tools and lobbies indoctrination. VI. Conclusive remarks.

I. Introduction

1. The referendum institution has never enjoyed a particularly active role in Czech Republic and Slovakia (nor in the Czechoslovak Federal Republic, prior to its establishment on January 1, 1993). For more than 80 years, Czechs and Slovaks have been functioning within one political, economic, and social system. The Czechs had economic power in the socialist state (federal since 1969), while Slovaks were the poor part due to various political and economic circumstances which resulted in this pacific division.

2. In 1989, the Velvet Revolution restored democracy¹. The word “socialist” was removed from the country’s full name on March 29, 1990, and replaced by “federal”. In 1992, because of growing nationalist tensions in the government, Czechoslovakia was peacefully dissolved by the Parliament. On 1 January 1993, Czechoslovakia formally separated into two independent countries, Czech Republic and Slovak Republic.

3. Both are the youngest and least experienced states in Europe, as far as direct democracy is concerned. Direct democracy functions on both nation-wide and local level, but only on the latter, it laid the roots. The referendum tool on the national level was, to all intents and purposes, virtually non-existent. Although referendum has always been part of the legal order since the establishment of the Czechoslovak Federal Republic in 1918, it was always regulated in the narrowest possible way in periods characterized by a positive legal basis. The latter aspect probably accounts in large measure for the fact that the referendum institution had no practical impact in both Czech Republic and Slovakia: since the establishment of the Czechoslovak Federal Republic in 1918, not any nation-wide referendum took place. The local referendum, which will be further discussed, had a more active role in both countries (as well as in the Central-Eastern European area, in countries like Albania, Bulgaria, Hungary, Poland, and Slovenia), yet due to its finely sub-national nature, it has never had a broad impact on political or legal affairs².

4. Since referendum tools do not enjoy an extensive history and practice, I propose to outline a brief historical survey since 1918. I consider that this approach can give a better illustration of the general attitude toward referendums in Czech Republic and Slovakia as part of the traditionally negative attitude toward any form of direct democracy.

5. Broadly speaking, the main objective of this comparative analysis is to understand how deep the *deficit* of democratic participation in Czech Republic and Slovakia is with particular reference to the evolution of national referendum tools. The legal study question, or better the puzzle of the present article, is the weak experience of direct democracy in both countries at the national level with only one vote in Czech Republic and – conversely – in Slovakia, all referendums except one had lack of

¹ I wish to thank Prof. Jaroslav Mihálik by University of St. Cyril and Methodius in Trnava for the excellent and helpful research assistance.

See: V. ŽÁK, “The Velvet Divorce – Institutional Foundation”, in J. MUSIL (ed.), *The End of Czechoslovakia*, Budapest, Central European University Press, 1995, pp. 225-244; J. SIMON, *Czechoslovakia’s “Velvet Divorce”, Visegrád Cohesion, and European Fault Lines*, Washington, Institute for National Strategic Studies, 1993, pp. 2-3, available at: <http://www.files.ethz.ch/isn/23474/mcnair23.pdf>.

² See A. AVTONOMOV, “Sub-national Referendum in Central-Eastern European Countries”, in A. AUER, M. BÜTZER, *Direct Democracy: the Eastern and Central European Experience*, Aldershot, Ashgate, 2001, pp. 325-339.

sufficient participation *quorum*. Particularly, the gap in the literature I want to address is related to the secondary objective of this study, which is to highlight the poor implementation of national referendum tools in favor of formal rules that ensure these institutes. Indeed, I want to point out that the “burlesque” national direct democracy experience in both Czech and Slovak Republics has never been emphasized by legal scholars so far. The high level of political distortion of people’s initiatives by the party system, particularly in Slovakia, is a clear litmus test of the strong patronage that characterizes people’s direct participation.

II. The Czechoslovak Republic experience

6. The constitutional charter of the Czechoslovak Republic of March 6, 1920, No. 121/1920 Coll., provided for a very limited form of the referendum – a facultative referendum that could only be called at the initiative of the government and only in relation to a statute which the government had proposed and the Assembly rejected³. The general attitude toward referendums may be inferred from the fact that the original draft of the 1920 constitutional Charter did not contain a provision on referendums; it was not until the debate that the Assembly itself introduced such a provision (article 46)⁴.

7. Article 46 of the Czechoslovak constitutional Charter provided that, if the Parliament rejected a statute proposed by the government, the government could, by a unanimous resolution, put the statute to a referendum. As the government was the only possible initiator, the provision could certainly not be considered a means of strengthening direct democracy, but rather as a tool affecting the balance between the legislative and executive branches. Also, changes to the constitution could not be effected in this way, so that one of the most significant characteristics of referendums, leaving to “the people” decisions on basic issues of governance, was in Czechoslovakia the very thing denied to the people⁵.

8. Issues of how referendums were to be held were meant to be regulated in a statute. As such a referendum could only diminish Parliament’s role, it is not surprising that none was ever adopted, leaving article 46 a “dead letter”⁶.

9. Moreover, there were not national referendum tools in the communist Constitutions of May 9, 1948, and July 11, 1960⁷. However, it is important to remember that Czechoslovakia, since its beginning, has an encoded inner division that was capable of breaking up this state. Apparently, in principle, there were no Czechoslovakians but Czechs and Slovaks inhabiting separate territories and besides, they

³ See T. LEBEDA, “Referendum o přistoupení ČR k Evropské unii. Několik různých pohledů na první všelidové hlasování v Česku”, *Politologický časopis*, No. 3, 2004, pp. 206-223.

⁴ This attitude is also well illustrated by the following quote from Headlam-Morley: «Distrust of a representative assembly [...] has always been strong in Germany; and it is in that country and in those influenced by German thought that the widest use of the referendum and initiative has been made [...]. In Poland, Yugoslavia, and Czechoslovakia, on the contrary, where the influence of French constitutional thought is stronger, the referendum and initiative have been entirely, or almost entirely, dispensed with. So strong, however, was opinion in favor of the theory of direct legislation that the system was rejected in these countries, not so much because it was objected to in principle, but because it was considered unsuitable for a people not long used to the practice of self-government». See A. HEADLAM-MORLEY, *The New Democratic Constitutions of Europe: a Comparative Study of Post-war European Constitutions with Special Reference to Germany, Czechoslovakia, Poland, Finland, The Kingdom of the Serbs, Croats & Slovenes and the Baltic States*, London, Oxford University Press, 1928, p. 133.

⁵ This aspect was also pointed out by Headlam-Morley: «Its object is to strengthen the position of the Government as against the Chamber. [...] [It] seems to be to enable the Government to pass a measure against the will of Parliament, without taking the extreme step of dissolving Parliament. So far the cause has remained a dead letter». See A. HEADLAM-MORLEY, *The New Democratic Constitutions of Europe*, cit., p. 139.

⁶ See: D. BRABEC, “The Determinants of Civic Participation in the Czech Republic”, in M. MARCZEWSKA-RYTKO, K. AKSIUT, D. MAJ, M. POMARAŃSKI (eds.), *Civic Participation in the Visegrád Group Country after 1989*, Lublin, Maria Curie-Skłodowska University Press, 2018, pp. 19-20; M. GILLIS, “Czech Republic”, in A. AUER, M. BÜTZER (eds.), *Direct Democracy: the Eastern and Central European Experience*, cit., p. 40.

⁷ See P. PECHANEC, *Přímá demokracie v České republice*, Praha, Wolters Kluwer Česká Republika, 2011, p. 32.

were not territorially mixed, separated by a very clear border that did not change over centuries although it was then only of administrative character⁸.

10. Finally, the Czechoslovak experience is an ample illustration of the *dictum* that your point of view depends on where you stand, with a certain ironic twist. Under the Austrian-Hungarian Empire, the Czech and Slovak political elites were in favor of autonomy for their groups. Once Czechoslovakia was established, the leading Czech politicians were against autonomy, while the Slovak political elite still was in favor. And once Slovakia was established, the Slovak political elite unanimously refused to grant political strong autonomy to the Hungarian community in an *ad hoc* region⁹.

III. The 1991 Constitutional Act of the Czechoslovak Federal Republic

11. The Federal Assembly of the Czechoslovak Federal Republic (CSFR) constitutional Act on referendums, of July 18, 1991, No. 327/1991 Coll., provided the first legal basis for a nation-wide referendum. While this Act contains some very significant and powerful elements of direct democracy, it addresses one issue – the resolution of constitutional relations within the federation of the Czech and Slovak Republics. Had this tough issue been resolved by political means, the Act would have lost its purpose. As it was, its significance (or lack thereof) was amply demonstrated by the fact that, when the terminal crisis of the CSFR came about, this Act was entirely ignored.

12. It provided for the calling of referendums on two issues: the first – rather generally phrased (albeit still limited in breadth) – concerned the decision of basic issues of the CSFR constitutional organization; the second – very specifically – the secession of a republic from the federation¹⁰. Of course, in a certain sense, these two issues shade into each other – the referendum on secession is a specific instance of the more general type, differing perhaps only in its apparent finality and the fact that it is held at the republican level. Also, the more general type encompasses the issue of joint (federation-wide) decisions on dissolution by agreement, not by secession. While the referendum on the former issues was facultative (to be called only at the initiative of the Federal Assembly), on the latter issue a referendum was mandatory, to be called by the national council of the republic contemplating succession. Although no direct (people's) initiative was contemplated, the people's voice was binding in the sense that, in the general case, the results had «the binding force of a constitutional act». Though nothing in the Act prevented the Federal Assembly from subsequently adopting a contrary act and overruling the people (although this would seem to be contrary to the purpose of a referendum), a negative result was binding in the sense that no further referendum on the same issue could be held for five years. Although, again, it seems there would have been nothing to prevent the Federal Assembly from overruling the negative result – immediately if it so wished.

13. Article 6, para. 3, makes it amply clear that a positive result on the second issue – the succession vote – was binding, as it directly lays down the consequences, namely that the federation would end one year after the announcement of the results, and that each republic would become a bearer of full state sovereignty. While no explicit provision barred the Federal Assembly from overruling such a result by the adoption of a subsequent constitutional act (though politically such a move would be suicidal), documents make it clear that it was intended to be final and binding.

⁸ See T. SIWEK, “Słowacja i Czechosłowacja – geografia regionalna dawniej i dziś”, in T. MARSZAŁ (ed.), *Miasto – region – gospodarka w badaniach geograficznych. W stulecie urodzin Profesora Ludwika Straszewicza*, Łódź, University of Łódź Press, 2016, p. 164.

⁹ See E. BUKKE, “The Principle of National Self-determination in Czechoslovak Constitutions 1920–1992”, *Central European Political Science Review*, 2002, Vol. 10, No. 3, p. 196.

¹⁰ See T. LEBEDA, “Referendum o přistoupení ČR k Evropské unii. Několik různých pohledů na první všelidové hlasování v Česku”, cit., p. 207.

14. Since the referendum was to be binding and have such far-reaching and permanent consequences, a rather stricter voting majority was required; an absolute majority (50% plus one) of all eligible voters in favor (the more typical requirement calls for a 50% majority of a *quorum* of at least 50% of the eligible voters, theoretically allowing just over one-quarter of eligible voters to decide an issue).

15. Article 1, para. 1, provides that a proposal for the secession of the Czech Republic or Slovakia could be decided only by referendum. It is possible that dissolution by agreement was not covered. If this restriction was truly intended, one could say that it was repealed by the Federal Assembly of the Czechoslovak Constitutional Act on the dissolution of the CSFR, of November 15, 1992, No. 542/1992 Coll. Whether this was legitimate depends on whether one answers in the political or legal senses. Politically one could say «no, but they got away with it». Legally, it is hard to argue for the entrenchment of this provision, so the posterior constitutional act should prevail over the anterior.

IV. The Czech national referendum experience since 1993

16. Concerning the pre-existing legal regulation of the referendum tool, since Act No. 327/1991 Coll. was never formally repealed, questions may be raised about its present validity. Filip lays down a strong case (for purposes of argument, not necessarily to indicate his agreement therewith) for this Act having some current effect, to show that it would still not provide a sufficient basis for the holding of a referendum at present¹¹.

17. Firstly, the 1993 constitution brought several crucial changes to the legal order of the Czech Republic. Constitutional Act No. 4/1993 Coll. It contains a general reception clause, providing that all constitutional acts of the CSFR are received as being those of the Czech Republic, as of December 31, 1992. However, as of January 1, 1993, those acts either were repealed (by article 112, para. 2, of the Czech constitution repealing all constitutional acts amending or supplementing the 1960s Czechoslovak Constitution), or were demoted to the status of ordinary statutes, thus being, under article 2, para. 2, of the Czech constitution (which requires a constitutional act as the basis for a referendum), of insufficient legal power to provide the legal basis for a referendum. Furthermore, the 1991 implementation statute (No. 490/1991 Coll.), as called for in article 7 of Act No. 327/1991 Coll., while still in existence, is merely a body without a head – a statute with no purpose because its application presupposes a constitutional act on referendums.

18. The 1993 constitution itself contains no explicit reference to the referendum tool, but article 2, which concerns the sovereignty of the people (para. 1 contains the standard proclamation that «All state authority emanates from the people; they exercise it through the legislative, executive, and judicial bodies») makes an explicit reference to direct democracy in para. 2, which provides: «A constitutional Act may designate the conditions under which the people may exercise state authority directly». Several important consequences follow from this article. There is currently no positive law basis in the Czech Republic for the referendum tool. Unless and until a constitutional act concerning the matter is adopted, «the people», as holders of state authority, have delegated that authority to state bodies, which exercise it in their name. The Czech Republic is a fully representative democracy. Furthermore, the wording of article 2, para. 2, makes it clear that the state has absolutely no obligation to adopt such a constitutional act; the constitution gives it facultative authority - «a constitutional act may designate». Hence, the situation bears strong similarities to that which existed under the First Republic. The tool of direct democracy was introduced in principle in the Constitution, but the perfected legal authority for holding a referendum depends on further action, whereas the state authorities generally lack any political will to adopt such tools as would perfect the legal basis of the referendum institution. As referendums may only be introduced by a constitutional act, the current situation would seem to be even more intractable than that which existed during the First Republic, where an ordinary statute sufficed. From 1993 to 2018

¹¹ See J. FILIP, *Ústavní právo České republiky*, Brno, Masaryk University Press, 2003, pp. 371-372.

eighteen attempts to adopt such an act have so far been unsuccessful¹². However, it would not be accurate to conclude that the Czech Republic will not adopt a national referendum rule, as further factors make its introduction quite likely.

19. The legal bases of the referendum are included in the constitution of the Czech Republic of December 16, 1992, the Act on Local Referendum of 2004, and the Regional Referendum Act of 2010. Despite many legislative initiatives, there are still no acts on a national referendum in the Czech legal order¹³. An exception is the constitutional act regulating the referendum on the Czech Republic's membership in the EU, but it is of incidental character¹⁴.

20. The Czech local referendum was institutionalized by constitutional law from the year 1990; in compliance with this law, the citizens themselves could decide on local affairs at municipal assemblies, in a referendum, or through the municipal council¹⁵. The municipal order at the time¹⁶ confined an obligatory arrangement of referendums to the decisions involving the questions of amalgamation or separation of municipalities. A request by one-tenth of the citizens of the municipality above eighteen years of age or one-third of the members of the municipal council was required to proceed to the referendum¹⁷. Detailed legislation of a local referendum was approved several years later in 1992¹⁸. The law stipulated that in a local referendum the citizens decide on specific questions that fall within independent powers of the municipality or a city quarter. A local referendum could not be held in taxatively enumerated questions¹⁹. The turnout of 35% of eligible citizens was required in the voting to making a local referendum valid and an absolute majority of all the participating voters was essential to making the result of a referendum legally binding. Therefore, a completely new law on local referendum came into effect in 2004²⁰ with recurring mitigation of conditions regarding the validity and legal binding of a local referendum since 2008²¹. Lastly, the latest legislation of a local referendum was passed in the year 2012 and it governed only partial aspects of the law on a local referendum concerning the review of the matters related to the proposal by the preparatory committee²². Anyway, the reflection on the practice of Czech local referendums it is strongly complicated for an inaccurate and obsolete register of local referendums²³.

21. Since January 1, 2011, the most recent tool of direct democracy in the Czech system has been a regional referendum by law approved in April 2010²⁴. The requirements for the validity and legal binding of a regional referendum are identical to the ones on the local level. To make the regional referendum valid, it was required to achieve the turnout of 35% of eligible voters at the minimum. The regional referendum has a legal binding provided an absolute majority of participating voters and at least 25% of eligible persons registered in the list of eligible voters voted in favor of the proposal. A regional referen-

¹² See D. BRABEC, "The Legal Basic for Civic Participation in the Czech Republic after 1989", cit., pp. 31-36.

¹³ See V. JIRÁSKOVÁ, K. SKOTNICKI, *Parlament Republiki Czeskiej*, Warszawa, Wydawnictwo Sejmowe, 2009, p. 14.

¹⁴ See A. RYTEL-WARZOCHA, *Referendum ogólnokrajowe w państwach Europy Środkowo-Wschodniej*, Warszawa, Wydawnictwo Sejmowe, 2011, p. 132.

¹⁵ Constitutional Law No. 294/1990 coll.

¹⁶ Law No. 367/1990 coll. on the municipal system.

¹⁷ The possibility to declare a referendum upon the request by a municipal council was later abolished. Municipal councils assumed this power no earlier than in 2004.

¹⁸ Law No. 298/1992 coll. on elections to the municipal councils and a local referendum, into effect on 1 July 1992.

¹⁹ They concerned the matters regarding municipal budget, local fees, elections, and a dismissal of a mayor or board or any questions contrary to generally binding legal regulations. Also, the referendum could not be held in the last six months of an election period of a municipal council.

²⁰ Law No. 22/2004 coll. on a local referendum and amendments of some laws.

²¹ Amendment No. 169/2008 coll.

²² Law No. 142/2012 coll., effective of 1 July 2012. See P. JÜPTNER, P. VALUŠOVÁ, I. KRUNTORÁDOVÁ, "Participation and Elements of Direct Democracy in the Czech Republic: Part I", *Viešoji politika ir administravimas/Public Policy And Administration*, 2014, Vol. 13, No. 4, pp. 651-654.

²³ See P. JÜPTNER, P. VALUŠOVÁ, I. KRUNTORÁDOVÁ, "Participation and Elements of Direct Democracy in the Czech Republic: Part II", *Viešoji politika ir administravimas/Public Policy And Administration*, 2015, Vol. 14, No. 2, p. 288.

²⁴ Law No. 118/2010 coll. on a regional referendum and amendments of some laws.

dum may also be held on the territory of the capital city of Prague, which is simultaneously a region and a municipality²⁵. Anyway, it will remain difficult to understand how the local and regional referendum politics reflects transformations in local civil society, and ultimately in the quality of the local democracy²⁶.

22. The constitution of the Czech Republic in article 2, section 1 states that all state authority emanates from the people; they exercise it through legislative, executive, and judicial bodies. Section 2 specifies that a constitutional act may designate the conditions under which the people may exercise state authority directly. The provision for the possibility of a referendum is very important because this institution permanently encounters strong resistance from politicians²⁷. The analysis of the above-mentioned legal articles allows the author to formulate a conclusion that the institution of a referendum is regulated rather laconically and the representative form of government is superior. Moreover, as Skotnicki rightly points out, the term may designate the conditions in section 2 shows that the nation may exercise indirect power based on each constitutional act and without any permanent legal bases²⁸.

23. Thus the Czech law does not provide for an obligatory referendum. Each time the decision of ordering this form of direct democracy may depend on different circumstances. As a result of amendments to the constitution of 2003, article 10a was added which says that: «1. Certain powers of Czech Republic authorities may be transferred by treaty to an international organization or institution. 2. The ratification of the treaty under the paragraph requires the consent of Parliament unless a constitutional act provides that such ratification requires the approval obtained in referendum». Amending the constitution with Article 10a introduced the so-called European integration clause and referred to the possibility of conducting the referendum on membership in the EU. Under article 62 of the amended constitution, the President was authorized to call a referendum and declare its results. The President was to call the referendum within 30 days of signing the accession treaty²⁹. It was, therefore, a referendum on the ratification of the EU accession treaty which excludes parliamentary intervention as in the Polish case.

24. This solution was limited to the referendum on the EU membership exclusively and, paradoxically, it was obligatory because there was no other option for the Czech Republic to become a member state of the EU³⁰. At the same time it was asserted that in case of a negative result of the accession referendum, the next one might be called after two years at the earliest (in the same case and on the same conditions). According to Act of November 14, 2002, No. 515 Coll., on the Referendum on the Accession of the Czech Republic to the EU each registered voter was empowered to petition the constitutional court pointing to legal objections concerning the validity of the referendum within ten days after voting³¹.

25. The Czech Parliament several time was working on the act of national referendum in the Czech Republic³², without any result³³. Despite earlier initiatives, there is no act on the national referen-

²⁵ See P. JÜPTNER, P. VALUŠOVÁ, I. KRUNTORÁDOVÁ, "Participation and Elements of Direct Democracy in the Czech Republic: Part I", cit., p. 651.

²⁶ See M.L. SMITH, "Making direct democracy work: Czech local referendums in regional comparison", in H. REYNAERT, K. STEYVERS, P. DELWIT, J.-B. PILET (eds.), *Towards DIY-Politics. Participatory and Direct Democracy at the Local Level in Europe*, Brugge, Vanden Broele, 2007, p. 101.

²⁷ See K. SKOTNICKI, *System konstytucyjny Czech*, Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe, 2000, p. 17.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ See S. HANLEY, *Referendum Briefing No. 6. The Czech EU Accession Referendum 13-14 June 2013*, Sussex European Institute, Opposing Europe Research Network, 2003.

³⁰ See T. LEBEDA, *Referendum o přistoupení ČR k Evropské unii. Několik různých pohledů na první všelidové hlasování v Česku*, cit., p. 207-208.

³¹ See E. KUZELEWSKA, "Direct Democracy in Czechia", in M. MARCZEWSKA-RYTKO (ed.), *Handbook of Direct Democracy in Central and Eastern Europe after 1989*, Opladen, Budrich, 2018, p. 87.

³² See VLÁDA ČESKÉ REPUBLIKY, *Vláda projedná zákon o referendu*, March 26, 2012, available at: <http://www.vlada.cz/cz/media-centrum/aktualne/vlada-projedna-zakon-o-referendu-94006/>.

³³ See POSLANECKÁ SNĚMOVNA PARLAMENTU ČESKÉ REPUBLIKY, *Sněmovní tisk 661 VI. n. ústavního zákona o celostátním referendu*, April 11, 2012, available at: <http://www.psp.cz/sqw/historie.sqw?o=6&t=661>.

dum in the Czech constitutional system³⁴. The Czech citizens have experienced only 30 years of democracy during the past 100 years and they are suffering from a lack of trust in their own ability to directly express their opinion³⁵. As Skotnicki wrote, the referendum tools met with strong opposition from the politicians³⁶. Indeed, the Czech political elites support the traditional way of solving public affairs (in cabinets) and do not prefer consulting public opinion in a referendum³⁷.

26. Only from 2013, it should be pointed out that the situation can be changed because of a new populist political party was established like Dawn of Direct Democracy (Úsvit přímé demokracie, UPD) later transformed in Freedom and Direct Democracy (*Svoboda a přímá demokracie*, SPD) founded by Okamura, a Czech-Japanese politician, and entrepreneur. This new party supports introducing a system of direct democracy and encouraging citizen participation in politics following the example of the Swiss model³⁸. In this way, the Czech debate on increasing direct democracy tools was initiated but it is premature to evaluate the achievement of this movement insofar as there does seem to be a political consensus that legal conditions should be improved so that local, and perhaps national, direct democracy in the Czech Republic has a chance to flourish³⁹.

27. As above mentioned, in the Czech Republic, only one national referendum has so far been held, i.e. the voting concerning the EU accession. Previously, there had been unsuccessful attempts to order a referendum on the Czech accession to NATO⁴⁰. Membership of the EU was the key goal for all post-communist governments in the Czech Republic⁴¹.

28. The ruling governmental coalition announced that it would respect the result of the accession referendum regardless of the turnout and victory of any of the parties. The use of referendum and the respect for the will of the nation was a kind of “replacement” of the parliament’s decision⁴². The then ruling authorities were sure of the support of the citizens for the idea of European integration; however, the results of the surveys of the public opinion showed a small but gradual decline in the number of EU supporters⁴³.

29. Since the Czech referendum law was limited to one specific case, the deputies did not establish any special conditions for the validity of the result. The referendum was thus acknowledged as binding without a *quorum*. The Czech politicians discussed a 50% requirement as in Poland and Slovakia, but eventually, they did not adopt this option⁴⁴. The situation complicated a little after Klaus was elected President in February 2003, which changed the narrative of the referendum campaign⁴⁵. Since Klaus was not a supporter of Czech membership in the EU, it was rightly feared that his attitude could

³⁴ See V. JIRÁSKOVÁ, K. SKOTNICKI, *Parlament Republiki Czeskiej*, cit., p. 14.

³⁵ See M. VALACH, “Czech Republic”, in B. KAUFMANN, M.D. WATERS (eds.), *Direct Democracy in Europe. A Comprehensive Reference Guide to the Initiative and Referendum Process in Europe*, Durham, Carolina Academic Press, 2004, p. 48.

³⁶ See K. SKOTNICKI, *System konstytucyjny Czech*, cit., p. 17.

³⁷ See E. ZIELIŃSKI, “Referendum w Czechach, Słowacji, Słowenii i na Węgrzech”, in E. ZIELIŃSKI, I. BOKSZCZANIN, J. ZIELIŃSKI (eds.), *Referendum w państwach Europy*, Warszawa, Aspra-JR, 2003, p. 55.

³⁸ See E. KUŹELEWSKA, “Referendum in the Czech Republic and Slovakia”, *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, sectio K – Politologia*, 2014, Vol. 21, No. 1, p. 100.

³⁹ See M.L. SMITH, “The Uneasy Balance between Participation and Representation: Local Direct Democracy in the Czech Republic”, in T. SCHILLER (ed.), *Local Direct Democracy in the Czech Republic*, Wiesbaden, VS Verlag, 2011, p. 52.

⁴⁰ See M.A. VACHUDOVÁ, “The Czech Republic: The Unexpected Force of Institutional Constraints”, in J. ZIELONKA, A. PRAVDA (eds.), *Democratic Consolidation in Eastern Europe*, Vol. 2, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 351.

⁴¹ See P. LYONS, “‘It’s the economy, stupid!’ Popular support for EU accession in the Czech Republic”, *Sociologický časopis/Czech Sociological Review*, 2007, Vol. 43, No. 3, p. 524.

⁴² See V. PAVLIČEK, V. JIRÁSKOVÁ, *Transformace ústavních systémů zemí střední a východní Evropy*, Vol. 2, Praha, Vodňár, 2000, pp. 223-239.

⁴³ See F. MENDEZ, M. MENDEZ, V. TRIGA, *Referendums and the European Union. A Comparative Inquiry*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 78.

⁴⁴ See I. ŠLOSARČÍK, “Constitutional Changes in the Czech Republic and Case Law of the Constitutional Court in 2000-2002”, *European Public Law*, 2004, Vol. 10, No. 1, pp. 3-18.

⁴⁵ See S. HANLEY, *Referendum Briefing No. 6. The Czech EU Accession Referendum 13-14 June 2013*, cit.

discourage the Czechs from taking part in the referendum. The politicians feared that the turnout may not be sufficient since municipal and Senate elections have not achieved a participation rate exceeding 30%. To prevent this from happening, the ruling coalition decided on a two-day accession referendum (June 13-14, 2003)⁴⁶. The same solution has been implemented in Lithuania, Poland, and Slovakia, with successful turnout⁴⁷. Moreover, before the referendum, each Czech citizen received a ballot pamphlet with the basic information on the Accession Treaty⁴⁸.

30. All the parties jointly forming the government were firm supporters of the accession⁴⁹. Those against were only the Civic Democratic Party (*Občanská demokratická strana*, ODS) and Communist Party (*Komunistická strana Čech a Moravy*, KSČM) that turned against Brussels' bureaucracy and its temptation of "creeping socialism"⁵⁰. The official referendum campaign was neither long nor particularly intense⁵¹ with discussion in the context of possible EU accession were problems connected with national interest⁵², as Czech sovereignty, security, free movement of workers, growth in price, etc. The turnout in the accession referendum was 55.21% and 77.33% of the voters supported the membership of the EU⁵³ and the highest support for the accession was recorded in the four biggest Czech cities (Praha, Brno, Ostrava, and Plzeň)⁵⁴. The fewest supporters of the European integration were in central Bohemia and the regions bordering Austria, Germany, and Poland⁵⁵.

31. However, the relatively low turnout could be the fact that many Euro-sceptic voters did not participate in the referendum as they were certain of its outcome in favor of accession⁵⁶. From another standpoint towards the turnout, 55% of the participants in the EU membership referendum are relevantly strong turnout, slightly below the 58% figure for the parliamentary elections in June 2002⁵⁷. Balík rightfully shares this point of view. In his opinion this participation of voters should be recognized as a dimension of strong democratic culture and political maturity of the Czechs; the Europeans came to the ballot-boxes⁵⁸. According to Krenzler and Krok-Paszkowska (2003), low turnout shows low levels of trust in the state institutions, a lack of communication between state and citizens, and a lack of identification with and loyalty to political parties⁵⁹. On the other hand, participation in the accession referendum and elections to the 2004 EU Parliament brought contradictory results: 55% in the referendum and 28% in the EU elections⁶⁰. Finally, also there are strong connections between voting in a referendum and the

⁴⁶ See M. VALACH, "Czech Republic", cit., p. 50.

⁴⁷ See E. KUZELEWSKA, "Do the Poles Influence the Decision-Making Process by Applying Direct Democracy Instruments?", *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, sectio M – Balcaniensis et Carpathiensis*, 2016, Vol. 1, No. 1-2, p. 130.

⁴⁸ See D. MAREK, M.J. BAUN, *The Czech Republic and the European Union*, London-New York, Routledge, 2011, p. 26.

⁴⁹ The Social-Democratic Party, Christian Democratic Union, People's Party, and the Democratic Union.

⁵⁰ See M. PEROTTINO, "The Czech accession referendum: 'yes', but no passion?", in J.-M. DE WAELE (ed.), *European Union Accession Referendums*, Brussels, Editions de l'Université Libre de Bruxelles, 2005, p. 27.

⁵¹ *Ibid.*, p. 25.

⁵² See P. ŠARADÍN, "Referendum o přistoupení k EU a vlební podpora politických stran v České republice", in *Sředoevropské politické studie*, 2003, Vol. 5, No. 4, available at: <http://journals.muni.cz/cepsr/article/view/4021>.

⁵³ Source: Czech Statistical Office (Český statistický úřad, ČSÚ), available at: <http://www.volby.cz/pls/ref2003/re?xjazyk=EN>.

⁵⁴ See M. BAUN, J. DÜRR, D. MAREK, P. ŠARADÍN, "The Europeanization of Czech Politics: The Political Parties and the EU Referendum", *Journal of Common Market Studies*, 2006, Vol. 44, No. 2, p. 265.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 264.

⁵⁶ See J. VEČERNÍK, *Czech Society in the 2000s: A Report on Socio-economic Policies and Structures*, Praha, Academia, 2009.

⁵⁷ See M. BAUN, J. DÜRR, D. MAREK, P. ŠARADÍN, "The Europeanization of Czech Politics: The Political Parties and the EU Referendum", cit., p. 264.

⁵⁸ See S. BALÍK, "Několik poznámek k referendu o vstupu ČR do EU", *Revue Politika*, June 20, 2003, available at: <http://www.revuepolitika.cz/clanky/818/nekolik-poznamek-k-referendu-o-vstupu-cr-do-eu>.

⁵⁹ See H.-G. KRENZLER, A. KROK-PASZKOWSKA, *Public Attitudes Towards the EU in Candidate Countries: Report of the Working Group on the Eastern Enlargement of the European Union*, Florence, European University Institute, 2003.

⁶⁰ See O. KREJČI, *Geopolitics of the Central European Region: The View from Prague and Bratislava*, Bratislava, Veda, 2005, p. 446.

parliamentary elections in 2002. In the Czech regions with high support for the coalition in 2002, the high support for the EU membership was a year later⁶¹.

32. The relatively low participation in the EU referendum in the Czech Republic (lower turnout was only in Hungary and Slovakia) can be explained by the fact that the European integration issue is not exactly independent from domestic politics. This attitude drives the referendum vote in accordance with the government's popularity⁶². The low turnout frequently corresponds with the participation in national elections and in the European elections in most EU Member States⁶³.

33. The Czech EU membership referendum was a successful step towards a more democratic society in a country whose citizens have no experience of direct participation in public affairs⁶⁴. The referendum results were also the victory for the Czechs who viewed EU membership as an incontrovertible sign of the country's reintegration into Western Europe and the break with its isolation in the past⁶⁵.

34. In connection with the discussion on referendum tools, about government system the Czech Republic has so far been classified into typical parliamentary systems; however, due to the shift in constitutional traditions upon the first direct election of the President in 2012, the position of the President has fluctuated. The position of the President in the system will then be closely linked with the personality of the first and actual direct elected Czech President Zeman. Among other things, negative experience with his approach to the constitutional definition of the President considerably also lowers the chances of an implementation of a direct election of mayors and, together with the Baltic States, the Czech Republic will be one of the few countries in this region which elect the mayors indirectly. In his typology of local systems, Swianiewicz ranks the Czech Republic among the cluster of countries for which an indirect election of mayors is a characteristic feature⁶⁶. None of the relevant legislative proposals for the implementation of a direct election of the President represented a deviation from a parliamentary system. The presidential powers were to remain the same or to be even limited, in such questions as amnesty or appointment of the members of the Bank Board of the Czech national bank. Although some of the previous legislative proposals contained a one round majority system, a two-round system requiring an absolute majority of cast votes dominated the discussions and was implemented in the end⁶⁷.

V. The Slovak national referendum experience since 1993

35. The Slovak Republic is one of those multifarious states where a written constitution provides for national and local referendums. The Slovak Constitution was adopted by the Slovak National Council (*Národná rada Slovenskej republiky*) on September 1, 1992, during the last few months of the existence of the Common State of Czechs and Slovaks, namely Czechoslovakia. Even before the demise of the Federal Republic (CSFR), the Slovak Republic disposed, on a federal, constitutional level, of only one remarkable

⁶¹ See T. LEBEDA, "Referendum o přistoupení ČR k Evropské unii. Několik různých pohledů na první všelidové hlasování v Česku", p. 222.

⁶² See C.H. DE VREESE, H.A. SEMETKO, *Political Campaigning in Referendums: Framing the Referendum Issue*. London-New York, Routledge, 2004, p. 18.

⁶³ See M. ILLNER, D. ČERMÁK, T. KOSTELECKÝ, J. STACHOVÁ, "EU Accession and the Public Sphere in New Member States: the Case of the Czech Republic", in L. GIORGI, I. VON HOMEYER, W. PARSONS (eds.), *Democracy in the European Union. Towards the Emergence of the Public Sphere*, New York, Routledge, 2006, p. 158.

⁶⁴ See E. KUZELEWSKA, "Referendum in the Czech Republic and Slovakia", cit., p. 103.

⁶⁵ See M. LONG, *Making History: Czech Voices of Dissent and the Revolution of 1989*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2005, p. 151.

⁶⁶ See P. SWIANIEWICZ, "An Empirical Typology of Local Government Systems in Eastern Europe", *Local Government Studies*. 2014, Vol. 40, No. 2, pp. 292-311.

⁶⁷ See P. JÜPTNER, P. VALUŠOVÁ, I. KRUNTORÁDOVÁ, "Participation and Elements of Direct Democracy in the Czech Republic: Part II", cit., pp. 284-285.

constitutional law, which deserves special attention. The law at issue is the Constitutional Law No. 327, adopted by the CSFR Assembly in July 1991 under the simple name 'On referendum'. A reference to this constitutional law – which for various political reasons was never applied – is necessary both for its intended (or actual) consequences and (in some respects) clear wording. This concerns especially article 3, para. 3, which states that “unambiguous” and “intelligible” questions must be posed in case of the referendum so that the President of the CSFR could, within the fixed 15 days term (article 3, para. 1 and 2), reject the proposal to call the referendum if questions were not worded in such a manner. However, if the legislative assembly insisted on the same questions, the President would call a referendum within 15 days after the repeated proposal. The above-mentioned requirement of unambiguous and intelligible questions to be examined by the President remains very pertinent. Unfortunately, the Slovak Republic did not draw on this important formula of the CSFR constitutional law on referendums for inspiration. As already mentioned, this law was never applied. Although it had been conceived to draw the attention on the legitimacy question of the common federal state, with major consequences for its further existence or demise, this issue of great importance was not eventually solved, which will be shortly discussed as follows.

36. The constitutional law at issue stated that some principal questions concerning the structure of the state and its legal organization could be submitted to the citizens (article 1, para. 1). Since the citizens of Czech and Slovak Republic were considered at the same time citizens of the CSFR according to the constitutional law of the Czechoslovak Federation which became effective on January 1, 1969, the Constitutional Law on Referendum of July 8, 1991, stated that suffrage in the Czech Republic belongs to the citizens – electors of the Czech National Council – as well as to the citizens of the Slovak Republic – electors of the Slovak National Council (article 1, para. 3). The purpose of this scenario was to allow the electorate of both nations to express their will or at least to allow one of them to know whether the CSFR acted in a legitimate way based on a bi-national consensus or not (article 6, para. 2, even virtually envisaged the possibility of a one-sided consensus, that is given by only one nation, on its secession from the federation. This could also potentially interest consequences therefrom resulting – the demise of the federal state and the creation of two sovereign states within one year after the announcement of the results). The President was obliged to call a referendum upon the proposal of the Federal Assembly of the Czech or Slovak National Council (article 3, para. 1 and 2). Such proposals were to be accepted if more than 50% of the total votes were positive in both republics (article 5, para. 1) or one of them (article 5, para. 2). Eventually, a referendum on the same issue could not be held before five years after the referendum date (article 5, para. 5). Thus, a referendum to decide whether the Czech or Slovak Republic could withdraw from the CSFR or not could not be arbitrarily repeated.

37. Although the question of the secession of the Slovak or Czech Republic from the CSFR could be solved only through a referendum and despite the huge petition activities of citizens who pressed the Federal Assembly to accept the proposal which should have led to a referendum being called by the President of the CSFR, the demise of the CSFR came into force on January 1, 1993, based on the above mentioned constitutional law, No. 542/1992 (without any ratification through a referendum). It results that the federal constitutional law on referendums was roughly put aside in former Czechoslovakia as concerns this crucial matter that affected a considerable part of the electorate and had significant future consequences.

38. The national referendum is mentioned in Chapter 5 concerning legislative power in the Slovak Republic. While the first section of this chapter deals with the National Council of the Slovak Republic, the second discusses the topic of national referendums. That being said, one may conclude that legislative power in Slovakia belongs both to the National Council and to the citizens. This complies also with other parts of the constitution, especially with article 2, para. 1, which provides state power to originate from the citizens, who exercise it either through elected representatives or directly. Unfortunately, the popular initiative – according to which citizens can initiate laws or constitutional amendments upon which the National Council should decide within the legislative process – is not clearly discussed in the articles of the constitution.

39. The direct democracy tradition in Slovakia is not very strong, it can be rather considered as just a constitutional opportunity providing three different referendum tools, albeit in a very limited form. In the constitution, other forms of direct democracy are mentioned (especially at the municipal level) such as petitions, people's initiatives, plebiscites, and, lastly, participatory budgeting, though they all are not strong nor successful forms of direct democracy in the Slovak Republic. As concerns referendums, there are limitations on issues related to fundamental human rights and economic ones (taxes or State budget). In a European comparative view, a comparison can be drawn with Finland, where referendums always have the power of recommendation and there is no limitation on the subject matter. Contrarily, referendums in Germany can be held only to discuss changes concerning national borders, while in Belgium, due to the ethnic composition of the State, the referendum tool is hardly implemented at the national level. Estonia, as an exemplar country of e-democracy, provides a *quorum* in the form of a simple majority, regardless of the overall participation⁶⁸.

40. The first Slovak referendum option is the referendum for important topics of public interest⁶⁹. Particularly, the approved Slovak referendum of May 17, 2003, on accession to the EU enjoyed the parliamentary consensus based on this constitutional provision. However, the results of the referendum are valid provided the absolute majority of eligible voters (*quorum*) who participated in the vote.

41. The second and third referendum options are the parliamentary initiative and the people's initiative⁷⁰. The percentage of required signatures for the people's referendum initiative is quite high (around 7%); from a comparative viewpoint, it emerges that the country with the lowest percentage of required signatures is Ecuador with around 0.25%. In Italy, only 0.8% of voters (half a million) or five regional councils are enough to call a referendum, while other countries that facilitate the referendum initiative are Albania (1.8%), Serbia (1.5%) and Hungary (2%)⁷¹.

42. The most recent referendum votes in Slovakia were the three question referendums on banning same-sex marriage and related issues; the referendum took place in Slovakia on 7 February 2015. It was initiated by the Alliance for Family (*Aliancia za rodinu*), which gathered 400,000 signatures. Ultimately, the referendum occurred to be invalid as the turnout did not reach the required threshold of

⁶⁸ See P. HORVÁTH, J. MACHYNIÁK, "The Practical Dimension of Civic Participation in Slovakia after 1989", in M. MARCZEWSKA-RYTKO, K. AKSIUTO, D. MAJ, M. POMARAŃSKI (eds.), *Civic Participation in the Visegrád Group Country after 1989*, cit., pp. 190-191.

⁶⁹ Article 93 (1 and 2), Const., in conjunction with Article 98 (1), Const. Article 93, Const.: «(1) A referendum is used to confirm a constitutional law on entering into a union with other states, or on withdrawing from that union. (2) A referendum can be used to decide also on other important issues of public interest. (3) Basic rights and freedoms, taxes, levies, and the state budget may not be the subject of a referendum». Article 98, Const.: «(1) The results of the referendum are valid if more than one-half of eligible voters participated in it and if the decision was endorsed by more than one-half of the participants in the referendum. (2) The proposals adopted in the referendum will be promulgated by the National Council of the Slovak Republic in the same way as it promulgates laws».

⁷⁰ Article 95, Const., in conjunction with Arts. 96 (1) and 98 (1), Const. Article 95, Const.: «(1) The referendum is called by the President of the Slovak Republic if requested by a petition signed by a minimum of 350,000 citizens, or on the basis of a resolution of the National Council of the Slovak Republic, within 30 days after the receipt of the citizens' petition, or the resolution of the National Council of the Slovak Republic. (2) The President of the Slovak Republic may, before calling a referendum, file with the Constitutional Court of the Slovak Republic a petition for a decision whether the subject of the referendum, which should be called on the basis of a citizens' petition or a resolution of the National Council of the Slovak Republic pursuant to paragraph 1, is in compliance with the Constitution or a constitutional law. If the President of the Slovak Republic files with the Constitutional Court of the Slovak Republic a petition for a decision whether the subject of the referendum which should be called on the basis of a citizens' petition or a resolution of the National Council of the Slovak Republic is in compliance with the Constitution or a constitutional act, the period pursuant to paragraph 1 shall not continue from filing of a petition by the President of the Slovak Republic until the decision of the Constitutional Court of the Slovak Republic becomes effective». Article 96, Const.: «(1) The motion to pass a resolution of the National Council of the Slovak Republic on calling a referendum may be introduced by Members of Parliament, or by the Government of the Slovak Republic. (2) A referendum shall be held within 90 days from the day it was called by the President of the Slovak Republic».

⁷¹ See S. BAGNI, *Il popolo legislatore*, Bologna, Bononia University Press, 2017, p. 224.

50%, with only around 21% of voting citizens⁷². However, the initiative was not only specious and extremely deceptive, but also useless, since, on June 4, 2014, the National Council of the Slovak Republic adopted an amendment to the Constitution to define marriage as «the unique bond between one man and one woman»⁷³. The explanatory memorandum that accompanies the law explicitly states that same-sex couples will not have the possibility to enter into a marriage. The amendment, specifically, denies same-sex couples the legal protections associated with marriage by specifying that «it will be impossible for the rights and duties associated with marriage to be conferred in any way other than a legally recognized union between a man and a woman»⁷⁴.

43. Indeed, over the last decades in Central-Eastern Europe, the referendum has become an implementing tool of policies and laws dealing with important questions, such as the issue of LGBTI's rights or linguistic minorities (Croatia, Romania, Slovakia, and Slovenia)⁷⁵. The majority decides on the rights of minorities with the risk of creating greater discrimination. That is how the issue of human rights referendums emerges. Firstly, it is fundamental to highlight the necessity to address this issue to the ECHR and CJEU. Secondly, the following question arises: which role do both courts play in these cases (i.e. which approach should they adopt?). It is difficult to draw any general conclusion about the effects of referendums on human rights⁷⁶. The counter-majoritarian mechanisms make it possible to deal with the brutality of proposals submitted to vote while respecting democratic values⁷⁷. Nevertheless, the fact that such referendums still take place and deal with the human rights of certain minorities cannot be changed. What could and should be changed, instead, is the response of the ECtHR. Indeed, the ECtHR should definitely take a clear stand, since failing to protect human rights could possibly lead to a gradual erosion of democracy and pluralism, followed by totalitarianism and dictatorship. The happy ending is not guaranteed⁷⁸.

44. The Slovak referendum held on September 18, 2010, is likewise worth to be mentioned. The referendum topic was worded through six ballot questions: *a)* abolition of the concession fees for broadcasting and TV; *b)* limitation of the parliamentary immunity; *c)* reduction of the number of parliamentary seats; *d)* ceiling price for official vehicles; *e)* online elections; *f)* removal of politicians' automatic right of reply in the Press Code. The referendum occurred to be invalid as the turnout did not reach the required threshold of 50%, with only around 23% of voting citizens⁷⁹.

⁷² The three questions of the referendum on family issues were worded as follows: «Do you agree that the concept of marriage denotes solely the legal bond between one man and one woman and that it cannot not denote any other form of cohabitation of two individuals?»; «Do you agree that it should not be allowed to couples or groups of persons of the same sex to adopt and subsequently raise children?»; «Do you agree that schools should not require participation of children in the field of sexual education or euthanasia if their parents or the children themselves do not agree with the content of such education?». The referendum was approved respectively by 95.80%, 94.34%, and 92.48% votes, but with an insufficient turnout of 21.41%. Source: Statistical Office of the Slovak Republic (Štatistický úrad Slovenskej Republiky, SUSR).

⁷³ Article 41, para. 1, Const.: «Marriage is a unique union between a man and a woman. The Slovak Republic protects marriage in all of its aspects and supports its welfare. Marriage, parenthood, and family are under the protection of the law. Special protection of children and juveniles is guaranteed».

⁷⁴ Constitutional Law No. 490/2014 which entered into force on September 1, 2014. See R. DOBROVODSKÝ, *National Report: Slovakia*, in COMMISSION ON EUROPEAN FAMILY LAW, 2015, p. 4, available at: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Slovakia-IR.pdf>.

⁷⁵ See F. RATTO TRABUCCO, *The Human Rights Referendums in Central-Eastern European Union under the ECHR Protection*, Lecce, Libellula University Press, 2019, *passim*.

⁷⁶ *Ibid.*, pp. 136-137.

⁷⁷ See M. FATIN-ROUGE STEFANINI, «Referendum, Minorities and Individual Freedoms», in L. MOREL, M. QVORTRUP (eds.), *The Routledge Handbook to Referendums and Direct Democracy*, London-New York, Routledge, 2018, pp. 383-384.

⁷⁸ See E. KUZELEWSKA, «Same-Sex Marriage – A Happy End Story? The Effectiveness of Referendum on Same-Sex Marriage in Europe», *Białostockie Studia Prawnicze*, 2019, Vol. 24, No. 1, pp. 13-27.

⁷⁹ The six referendum questions were worded as follows: «Do you agree that the National Council of the Slovak Republic repeals by law the duty of natural and legal persons to pay a fee for services provided to the public by Slovak television broadcasting and Slovak radio broadcasting?»; «Do you agree that the National Council of the Slovak Republic extends by law the possibility to hear a performance of a National Council's member as a misdemeanor in all cases as stated by the Act on misdemeanors?»; «Do you agree that the National Council of the Slovak Republic by constitutional law decreases the number of its members to 100 as of the next term?»; «Do you agree that the National Council of the Slovak Republic enacts that the public

45. As mentioned above, only one referendum in the Slovak history has ever crossed the participation *quorum*: the 2003 vote on EU membership⁸⁰. All five remaining referendums on eight ballot questions were declared invalid due to insufficient turnout: a) 1994: privatization financial details disclosure⁸¹; b) 1997: NATO accession, nuclear weapons, foreign military bases and direct presidential election⁸²; c) 1998: strategic companies privatization⁸³; d) 2000: early parliamentary elections⁸⁴; e) 2004: early parliamentary elections⁸⁵.

46. The Slovak Constitutional Court held in its decision of May 21, 1997, No. 139, that it is not possible to directly change the constitution by means of referendum results; through referendums – in a constitutionally relevant manner – citizens can only express their will to change the Constitution of the Slovak Republic. Without commenting on this ruling, it seems that merely giving an opinion on some constitutional articles hardly justifies placing referendum under “legislative power”. However, this decision can be considered inadequate because its interpretation is contrary to the combined effect of articles 72 and 99, para. 1, Const.: on the one hand, the National Council shall be the sole constitutional and legislative body of the Slovak Republic. On the other hand, the ruling adopted in the referendum and published in the Collection of Laws is protected for three years against changes deriving from decisions taken by the National Council. Moreover, the exclusion of the possibility to introduce constitutional changes through referendums is an exception in the Western European tradition, as strongly criticized by Slovak legal scholars⁸⁶. In addition, the same problem was interpreted in a contradictory manner by

administration bodies can procure personal motor vehicles up to the maximum price of 40 thousand Euro?»; «Do you agree that the National Council of the Slovak Republic provides the possibility to vote online the members of the National Council and the European Parliament?»; «Do you agree that the National Council of the Slovak Republic exempts by law the public officers from the right of reply as stated by the Act on press law?». The referendum was approved respectively by 90.62%, 98.21%, 96.01%, 93.51%, 76.02%, and 84.79% votes, but with an insufficient turnout of 22.84%. Source: Statistical Office of the Slovak Republic (Štatistický úrad Slovenskej Republiky, SUSR).

⁸⁰ The question of the referendum on the EU membership was worded as follows: «Do you agree to the proposal that the Slovak Republic should become a member state of the European Union?» and was approved by 93.71% votes with a turnout of 52.15%. Source: Statistical Office of the Slovak Republic (Štatistický úrad Slovenskej Republiky, SUSR).

⁸¹ The question of the referendum on the privatization financial details disclosure was worded as follows: «Do you agree to a law on proof of funds used for auctioning and privatization? » and was approved by 93.64% votes but with an insufficient turnout of 19.96%. Source: Statistical Office of the Slovak Republic (Štatistický úrad Slovenskej Republiky, SUSR).

⁸² The four question of the referendum were worded as follows: «Are you in favor of Slovakia's entry into NATO?»; «Are you in favor of placing nuclear weapons within the territory of Slovakia?»; «Are you in favor of locating foreign military bases within the territory of Slovakia?»; «Do you agree that the President of the Slovak Republic should be directly elected by the citizens of the Slovak Republic according to the enclosed proposal for constitutional law?». Referendum results are unknown with an insufficient turnout of 9.53%. Source: Statistical Office of the Slovak Republic (Štatistický úrad Slovenskej Republiky, SUSR).

⁸³ The referendum question on the privatization of strategic companies was worded as follows: «Do you agree that the National Council of the Slovak Republic should adopt a constitutional law banning the privatization of the following strategic enterprises: Západoslovenské energetické závody of Bratislava, Stredoslovenské energetické závody of Žilina, Východoslovenské energetické závody of Košice, Slovenský plynárenský priemysel of Bratislava, Slovenské elektrárne of Bratislava, Transpetrol of Bratislava?». The referendum was approved by 84.3% votes, but with an insufficient turnout of 44.06%. Source: Statistical Office of the Slovak Republic (Štatistický úrad Slovenskej Republiky, SUSR).

⁸⁴ The referendum question on the early parliamentary elections was worded as follows: «Do you agree with the fact that the National Council of the Slovak Republic should adopt a resolution on the Electoral Act: the electoral period of the National Council of the Slovak Republic elected in 1998 will be finished by the day of the election to the NC SR which will be performed up to 150 days after the day of referendum results announcement?». The referendum was approved by 95.07% votes, but with an insufficient turnout of 20.03%. Source: Statistical Office of the Slovak Republic (Štatistický úrad Slovenskej Republiky, SUSR).

⁸⁵ The referendum question on the early parliamentary elections was worded as follows: «Do you agree with the fact that the deputies of the National Council of the Slovak Republic are to pass a resolution that would shorten the 3rd electoral period of the National Council of the Slovak Republic so that the election to the National Council of the Slovak Republic will take place in the year 2004?». The referendum was approved by 87.90% votes but with an insufficient turnout of 35.86%. Source: Statistical Office of the Slovak Republic (Štatistický úrad Slovenskej Republiky, SUSR).

⁸⁶ See P. HORVÁTH, J. MACHYNIÁK, “The Practical Dimension of Civic Participation in Slovakia after 1989”, cit., pp. 192-193.

leading political figures in the legislative process⁸⁷ and governmental statements⁸⁸. In order to solve the problem, the issue should be redefined as follows: if the subject of the referendum was the Constitution or constitutional law, the proposal approved through a referendum and published in the collection of laws would have binding power like a constitutional law. Although this new definition is perhaps closely connected with another point that will be discussed in this paragraph, the necessity to overcome the present referendum definition has already been mentioned. Such a definition, indeed, does not endow the referendum with the possibility of bringing about constitutional changes.

47. Furthermore, within the context of Slovak direct democracy, it can be pointed out that a distinction is made between national and local referendums, on the one hand, and people's vote on the recall of the President on the other. This was introduced in the Slovak legal system in 1999 after a national referendum on the direct election of the President was thwarted in 1997. Both levels of constitutional law and ordinary public law coexist. As to the first one, it has some far-reaching consequences. Constitutional Law No. 9, adopted by the National Council on January 14, 1999, not only introduced the procedure of direct election of the Slovak President (amendment to article 101 of the Constitution which formerly provide indirect election), but also the procedure of people's vote for presidential recall. According to this amendment, the President can be recalled through a popular vote initiated by the National Council. Thus, after its resolution (adopted by a three-fifths majority of its members), the chairman of this legislative body will be required to call a people's vote on the recall (amendment to article 106 of the Constitution, which formerly ascribed the competence to recall the President solely to the National Council). Despite some similarities, it is obvious that Constitutional Law No. 9/1999 sharply distinguishes between referendum and people's vote on the recall of the President. Thus, in article 111 of the Constitution, which attributes to the Constitutional Court decision-making competence over complaints against the result of referendums, it is stated that this competence also concerns complaints against the results of the people's vote on the recall of the President. Nevertheless, there are also some similarities between the two tools, as the binary yes/no form of the ballot shows⁸⁹.

48. The Slovak so-called recall referendum⁹⁰ is supposed to serve as a safety valve for the whole juridical system in the event of a contrast between the electorate and its parliamentary representatives. The people play not only an arbitral role, but they can also legitimate the power, not to mention their participation while settling political conflicts⁹¹.

49. In Slovakia, the recall referendum was envisaged by the constitutional revision of 1999 which introduced the direct election of the Head of State. According to article 106, Const., the President can be revoked from office before the expiry of the mandate by means of a people's vote. The vote is called by the President of the Parliament based on a resolution, provided that a majority of at least three-fifths of the deputies are given, within thirty days of the deliberation, so that the popular vote takes place within 60 days of its announcement. The President is revoked only with the absolute majority out of the total of all people entitled to vote. Similarly, article 43, Weimar Const., provided that the referendum should take the form of a no-confidence vote against one of the two bodies, President or Parliament,

⁸⁷ See: *Vláda pozastavila distribúciu referendového listka*, April 23, 1997, available at: <http://www.sme.sk/c/2072277/vlada-pozastavila-distribuciu-referendoveho-listka-o-priamej-volbe-prezidenta-kym-nerozhodne-us-sr.html>; *Referendum občania záväzne radia parlamentu a nie nahrádzajú jeho činnosť*, May 14, 1997, available at: <http://komentare.sme.sk/c/2074328/referendum-obcania-zavazne-radia-parlamentu-a-nie-nahradzaju-jeho-cinnost.html>.

⁸⁸ NATIONAL COUNCIL OF THE SLOVAK REPUBLIC, Stenographic Report, May 25, 1994-June 9, 1994, p. 32, available at: <http://www.nrsr.sk/dl/Browser/Document?documentId=71580>.

⁸⁹ Introduced by para. 42.1b of Law No. 46 of March 18, 1999: «I am for the recall of the President of the Slovak Republic from his office. I am against the recall of the President of the Slovak Republic from his office».

⁹⁰ See Y. WELP, "Recall Referendum around the World: Origins, Institutional Designs, and Current Debates", in L. MOREL, M. QVORTRUP (eds.), *The Routledge Handbook to Referendums and Direct Democracy*, cit., pp. 451-463.

⁹¹ See F. RATTO TRABUCCO, "The Latvian Direct Democracy Tools in a Comparative European Context", *Oñati Socio-Legal Series*, 2020, Vol. 11, No. 4, p. 25.

whose decision-making role was no longer approved by the voters⁹². Thus, it should be highlighted that letting all the people decide on the near future of the incumbent president and the duration of the parliamentary sitting⁹³ was an essential part of the Weimar Constitution⁹⁴.

50. The arbitration role of referendums – in case of a conflict between Parliament and Head of State – is proved by the fact that the failure to revoke the President entails the dissolution of the Slovak National Council by the Head of State within thirty days of the announcement of the results of the popular vote. In this case, a new presidential mandate begins. The President of the Parliament announces the election of the National Council within seven days of its dissolution. The Constitutional Court is called to decide on a potential appeal against the result of the popular vote revoking the presidential office (article 129, Const.)⁹⁵. However, the possibility to hold a presidential recall referendum in Slovakia has not had any concrete implementation up to now⁹⁶.

51. Act November 19, 1992, No. 564, was adopted under the following title: «On the manner of executing referendums». It tries to solve the problem of the qualitative features of referendum questions, which must be adequate for the «manner of execution of the referendum», i.e. “clear yes-no questions”. Unfortunately, the requirement of “unambiguous” and “intelligible” questions implies a certain discretion in terms of presidential bias towards their approval, yet the president can also reject referendum questions and public reactions are not anticipated (such a procedure could easily be obtained by merely transcribing the appropriate part of the first federal constitutional law on the above-mentioned referendum of 1991).

52. Law No. 564/1992 has been amended on five occasions from 1994 to 2011⁹⁷. This law was adopted after the second fall of the Mečiar government, perhaps to prevent his People's Party – Movement for a Democratic Slovakia (Ľudová strana – Hnutie za demokratické Slovensko, ĽS-HZDS) to keep playing an active role within the Slovakian political framework. After the victorious post-electoral comeback of the ĽS-HZDS, the second amendment of Law No. 564/1992 was adopted in the National Council of the Slovak Republic in 1995. The political struggle between the President and anti-ĽS-HZDS political parties and movements on the one hand, and the ĽS-HZDS and its allies on the other, continued this time under the guise of Law No. 269/1995. The law at issue, indeed, made of the President somewhat an outsider who could only wait for the chairman and the Slovak Parliament to take their decisions (the petition should no longer be delivered to the President but to the chairman, who establishes which “organ or institution” should decide whether the petition meets the requirements or not). However, the President turned to the Constitutional Court, objecting, amongst other things, to article 1 of Law No. 269/1995 which altered the previous wording of para. 1c and made the President a mere outsider concerning the referendum⁹⁸. Consequently, on May 2, 1996, the Slovak Constitutional Court ruled that para. 1c of Law

⁹² See S. BALDIN, “I referendum arbitrali fra teoria e prassi applicative”, *Federalismi.it*, 2012, No. 19, p. 5.

⁹³ See P. HAUNGS, *Reichspräsident und parlamentarische Kabinettsregierung*, Köln, Westdeutscher, 1968, p. 30.

⁹⁴ See Y.-C. SHEN, “The Anomaly of the Weimar Republic's Semi-Presidential Constitution”, *Journal of Politics and Law*, 2009, Vol. 2, No. 3, available at: <http://www.ccsenet.org/journal/index.php/jpl/article/view/2107>.

⁹⁵ See F. RATTO TRABUCCO, “The Latvian Direct Democracy Tools in a Comparative European Context”, cit., p. 26.

⁹⁶ See S. BALDIN, “Il referendum revocatorio del Presidente della Repubblica romana: circolazione e adattamento di un singolare istituto”, *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2008, No. 1, p. 66.

⁹⁷ Laws No. 158/1994 Coll., 269/1995 Coll., 515/2003 Coll., 192/2007 Coll., and 204/2011 Coll.

⁹⁸ Article 1, Law No. 269/1995: «The National Council of the Slovak Republic shall verify whether the petition derives from the Constitution or a special law (the law on petition rights). The National Council of the Slovak Republic shall designate a relevant state organ or another institution to review whether the petition includes all envisaged requisites. The National Council is also obliged to announce its findings concerning the number of valid signatures gathered to review the petition. The National Council of the Slovak Republic shall announce its findings, subject to clause, to the President of the Slovak Republic within 20 days after receiving notice of the submission of the petition. The President of the Slovak Republic shall call the referendum after the statement of the National Council of the Slovak Republic, confirming that all conditions are fulfilled; if not, the President cannot call the referendum and is obliged to inform the petition committee».

No. 269/1995 is in contradiction with several statements of the Slovak Constitution⁹⁹, amongst others with article 95, Const.

1. The instrumentalization of national referendum tools in Slovakia

53. The Slovak legal system does not use the formal word “plebiscite”. Furthermore, from an international public law viewpoint, overall consensus, even in theoretically sophisticated works, concerns the fact that plebiscite should be intended as a popular vote on the status of a demarcated territory. Both context and tradition play a key role in this issue. Thus, sometimes plebiscite and referendum occur to share the same or a very similar meaning. Similarly, plebiscites may occur to be connected with a certain personalization of public power, initiated by an individual. From this point of view, the initiative is – at least in the present Slovak legal system – divided between two branches of power, the state, and the citizens.

54. The system of parliamentary democracy as conceived in the Slovak Republic implies that the referendum is intended only as a complementary form of democracy. Slovakia is a consolidated parliamentary and representative democracy, to some extent based on former CSFR traditions. The 1992 Constitution provides a single-chamber, 150 members forming the legislative assembly elected by universal suffrage for a four-year office. The President, and simultaneously the Head of State, has been directly elected since 1999, for a maximum of two consecutive five-year offices. The President also appoints the Prime Minister, who in turn appoints a cabinet. The Parliament approves and controls the executive bodies, which are responsible for the legislative ones. This classical division of powers was mediated by the first Czechoslovak constitution of 1921. Elections are held every four years by universal suffrage. The election system is proportional – each party gets seats in the Parliament according to the percentage of votes they get. Political parties that would like to run for elections have to declare either 10,000 members or 10,000 supporters (or 100,000 votes in the last elections). The threshold for entering the Parliament amounts to 5% for political parties. Parties that do not reach this limit do not get any seat and their votes are divided among the other parties which accessed the Parliament after the so-called second scrutiny. If exceptionally, any political party reaches the amount of 5% out of the total votes, the threshold is reduced to 4%. The President entrusts the formation of a new government to the leader of the winning party. This government must enjoy the majority in the Parliament. This usually leads to some kind of coalition with other parties. After the formation of the government, the list is presented to the President, who has the right to reject the government completely or partially. When the President appoints the new government, its members start to prepare a program declaration that must be approved by the majority of Parliament members.

55. The relation of the political system with the referendum tool can be analyzed by retracing the history of the foundation of the independent state of Slovakia. Slovak independence was not legitimized through a referendum. The most important decision in the history of the nation was taken without a referendum. The independent state and democracy in Slovakia were not established in a sufficiently legitimate way and the later development of the political system proves this hypothesis: uncertainty about its statehood and uncertain democracy influence each other, giving rise to certain dynamics that may bring about negative consequences in the process of democratization. The recent Slovakian referendum history seems to confirm this hypothesis.

56. In terms of participation or turnout, the national referendum in Slovakia seems to be very weak. This is confirmed by data provided by the Central Commission on Referendum. There were huge disputes over the composition of the 1997 referendum questions. Ballots were distributed omitting question No. 4 which was formulated based on a petition submitted by the citizens. Some district commissions did not receive any ballot at all. This resulted in the ‘zero’ turnout declared by the Central Commission on Referendum and had further consequences including criminal investigations and the

⁹⁹ Judgment No. 153/1996 Coll., available at: <http://www.slov-lex.sk/pravne-predpisy/SK/ZZ/1996/153/>.

proposition of holding a new referendum with complete ballots submitted by the President of Slovakia on February 20, 1998. In that period, incidentally, the presidential office became vacant and the majority of his powers were exercised by the Prime Minister.

57. It may be concluded that while the national referendums of 1994 and 1998 may be simply held invalid, it is widely considered that the national referendums of 1997 were not only invalid but thwarted by competent administrative authorities (which is an offense, though it should be also taken into account the hypothesis of presumption of innocence until appropriate judicial decision).

58. Before the referendum of 1994 on the obligatory transparency of financial sources for auctions and privatization – popularly called Ľupták's referendum, from the name of the head of the Association of Workers of Slovakia ZRS, who was its main supporter – there was no certainty that the resolution would be adopted by the Parliament, so ZRS started to collect petition signatures. Eventually, the referendum was approved through a resolution of the National Council. During the campaign, the main mobilization methods were TV and newspaper ads. The campaign was not persistent, in fact nonexistent.

59. The 1997 referendum on NATO's membership and the direct election of the President became the object of several political debates between coalition parties – the above-mentioned People's party-movement for a Democratic Slovakia (ĽS-HZDS), the Association of Workers of Slovakia (*Združenie robotníkov Slovenska*, ZRS), the Slovak National Party (*Slovenská národná strana*, SNS) – and the opposition, which arose for this specific circumstance – the Christian Democratic Party (*Kresťanskodemokratické Hnutie*, KDH), the Democratic Union (*Demokratická únia*, DÚ), the Democratic and Christian Union – the Democratic party (*Slovenská demokratická a kresťanská únia – Demokratická strana*, SDKÚ-DSDS), the Hungarian Coalition (*Strana maďarskej komunity*, SMK-MKP), the Social-democratic Party of Slovakia (*Sociálnodemokratická strana Slovenska*, SDSS). The whole campaign was addressed to the NATO question, only to a small extent to the direct election of the President. Mobilization methods were very broad and effective. They can be divided into two groups – those used by political parties and those used by non-governmental organizations. Moreover, the NATO accession referendum was hypothetical as, under the government of the Prime Minister Mečiar, Slovakia had progressively become a “pariah state”¹⁰⁰, so that NATO was unlikely to issue an invitation¹⁰¹.

60. By holding the referendums on the same day, President Kováč sought to increase the chance of overcoming the 50% *quorum* for the vote to be legally binding¹⁰². However, the government interpreted a ruling by the constitutional court tendentiously, stating that, since the referendum couldn't be binding as to constitutional changes and the appendix to the fourth question did not contain its detailed explanation as referendum law No. 564/1992 requests, the presidential election vote should be canceled: despite the court's ruling stating that this interpretation cannot have any influence on this referendum and that referendums already accepted by the President could not be canceled for this reason¹⁰³. The government distributed ballot papers without the fourth question, yet some district electoral commissioners refused to accept ballot papers without it¹⁰⁴.

61. The *quorum* required for the validity and the approval of Slovak referendums are very high, i.e. the absolute majority of the voters and the absolute majority of the referendum participants, *ex* article 98, para. 1, Const.

¹⁰⁰ See A. SZCZERBIAK, P. TAGGART, *Opposing Europe? The Comparative Party Politics of Euroscepticism*, Vol. 1, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 285.

¹⁰¹ See K. HENDERSON, *Slovakia: the Escape From Invisibility*, London-New York, Routledge, 2002, p. 47.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ See M. BELKO, L. KOPEČEK, “Referendum in Theory and Practice: the History of the Slovak Referendums and their Consequences”, *Středoevropské politické studie/Central European Political Studies Review*, 2003, Vol. 5, No. 2-3, available at: <http://journals.muni.cz/cepsr/article/view/3946/5319>.

¹⁰⁴ See J. BARTL, D. SKVARNA, *Slovak History: Chronology & Lexicon*, Wauconda, Bolchazy-Carducci, 2002, p. 179.

62. The nature of this type of referendum by popular initiative is not specified in the constitution, but a systematic reading of the article suggests that it is a form of people's participation in the exercise of legislative power¹⁰⁵. However, it is not the case of proactive referendums, that is, they are not provided with any bill of popular initiative nor confirmation. In other words, any draft bill under discussion or approved but not yet promulgated come both into play. The practice, moreover, has shown how the questions are not necessarily bound to a legal text in force. They can, therefore, have a repealing effect, but they are essentially consultative referendums.

63. However, some problems concerning the effects of the referendum arise at this point. The legal effectiveness of the popular consultation, additionally, appears to be compromised by constitutional provisions. Referendum results are confirmed by ordinary laws (article 98, para. 2)¹⁰⁶, yet, to change the legal framework, the Parliament must proceed based on constitutional law not before three years have passed since the referendum (article 99, para. 1)¹⁰⁷. Thus, the risk of undermining the concrete implementation of referendums is strongly evident. It follows that, if the two constitutional conditions are fulfilled, the result of the referendum is no longer constitutionally protected from the intervention of the Slovak National Council and it may be amended or repealed by the Parliament¹⁰⁸. Likewise, it is not possible to re-propose a referendum on the same subject before three years have passed since its realization¹⁰⁹. By analyzing the expression «to hold a referendum», it can be argued that it is not only the case of a referendum with the participation of the required absolute majority of voters since the turnout requirement was not fulfilled, thus the referendum was considered illegitimate¹¹⁰.

64. As concerns the electoral campaign, there are no transparency obligations. The referendum campaign is exclusively in the hands of private people and companies who have free access to the media. Resorting to contributions from foreign foundations and parties is also allowed. Thus, in the Slovak system, the referendum competition is free between the parts two involved as regards gathering people's consensus¹¹¹. Therefore, there are serious risks that both private individuals and foreign legal entities may influence the referendum campaign.

65. The conclusive evaluation of the Slovak referendum experience is very negative. Firstly, turnout is always very low and, consequently, referendums are invalid and then useless (except the EU membership vote). Secondly, national referendums are tools in the hands of political parties and are systematically used by politicians to discredit the political opposition¹¹². As a result, the referendum becomes a sort of parody of direct democracy and not only a simple caricature, as already stated¹¹³. Slovakia is a very exceptional example, a similar (but less spectacular) situation can be observed in Poland, where the protagonists of referendum initiatives are exclusively the Diet and the President with the approval of the Senate. Indeed, they hold the power to initiate a general referendum on «matters of particular impor-

¹⁰⁵ See A. TORNIC, "Direct Democracy in the Slovak Republic", *C2D Working Paper Series*, 2012, No. 41, p. 1, available at: <http://dx.doi.org/10.5167/uzh-94334>.

¹⁰⁶ Article 98, para. 2, Const.: «The National Council of the Slovak Republic shall promulgate the proposals adopted by a referendum as a law».

¹⁰⁷ Article 99, para. 1, Const.: «The result of a referendum may be amended or repealed by a constitutional law adopted by the National Council of the Slovak Republic once a period of three years since effectuality of the results has elapsed».

¹⁰⁸ See B. ŠRAMEL, "The Legal Basis of Civic Participation in Slovakia after 1989", in M. MARCZEWSKA-RYTKO, K. AKSIUTO, D. MAJ, M. POMARAŃSKI (eds.), *Civic Participation in the Visegrád Group Country after 1989*, cit., p. 186.

¹⁰⁹ See E. LÁŠTIC, "Referendum Experience in Slovakia: a Long and Winding Road", in Z.T. PÁLLINGER, B. KAUFMANN, W. MARXER, T. SCHILLER (eds.), *Direct Democracy in Europe. Development and Prospects*, Wiesbaden, VS Verlag, 2007, pp. 189-198.

¹¹⁰ See B. ŠRAMEL, "The Legal Basis of Civic Participation in Slovakia after 1989", cit., p. 186.

¹¹¹ See S. BAGNI, *Il popolo legislatore*, cit., pp. 230-232.

¹¹² See E. LÁŠTIC, *V rukách politických strán Referendum na Slovensku 1993 – 2010*, Bratislava, Comenius University of Bratislava, 2011, available at: http://fphil.uniba.sk/fileadmin/fif/katedry_pracoviska/kpol/Publikacie/Publikacie/Lastic_V_rukach_politickych_stran.pdf.

¹¹³ See E. KUŹELEWSKA, "Direct Democracy in Slovakia", in M. MARCZEWSKA-RYTKO (ed.), *Handbook of Direct Democracy in Central and Eastern Europe after 1989*, cit., pp. 281-282.

tance for the State»¹¹⁴. The concentration of decisional power in the hands of the political majority may lead to the risk that referendum turns into a plebiscitary tool (for example the announced presidential referendum of 2018, then rejected by the Senate, on issues related to EU and NATO participation). Last but not least, the Slovak distortion was strongly emphasized by lobby activities, such as Catholic organizations that interfered with the 2015 referendum, in turn, influenced by political interests.

2. The Slovak national referendum tools and lobbies indoctrination

66. Speaking about national referendums in Slovakia, it is necessary to consider a typical aspect of referendum campaigns, that is the latent presence of political, economic, and social lobbies within referendum institutions that may exercise a significant influence. This is a transversal element of modern pluralist democracies that, in this paper, is analyzed in the specific case of Slovakia, but also in the general context of neoliberalism¹¹⁵.

67. The lobbies issue can also influence the government by balancing the relationship among constitutional bodies that exercise the power of political direction. In fact, «the principle on which such a typology is based is that to understand pressure groups, one needs to look not only at the behavior of the groups themselves but also at the behavior of the government»¹¹⁶.

68. Turning now to technical details such as means of financing and possible forms of exploitation, precisely referendums plead in favor of a critical approach towards direct democracy tools in «complicated and fragile democracies»¹¹⁷ like Slovakia. The risk, indeed, is that the rights of the few end up being controlled by the many beyond the forms of control typical of a constitutional state. All the situations above discussed make it perfectly clear that the need for greater responsibility from supervisory bodies is a matter of top priority. The role of the Parliament as a qualified authority is likewise fundamental not only for a shared and well-balanced debate but also in terms of public consensus. Referendums are particularly exposed to manipulations due to their “zero-sum” nature (which means that winners take all as much as losers lose all) [...]. Since referendums rely on the majority principle [...], it follows that both needs and values of minority groups typically end up being set aside»¹¹⁸.

69. At the same time, it is necessary to prove whether in Slovakia there are opposing attitudes towards the political system or towards the delegitimation of the current political system. Consequently, it is necessary to ascertain the evolution of referendum tools from a dialectical opposing function for the political-party system (external balancing role) to a condition in which referendum tools can be absorbed or “co-opted” by the same system (internal role). Such a change may have been determined in various countries by the prevalence of the political party system, which theoretically acted “in defense” due to the substantial lack of an institutional entity capable of managing the initiative and the referendum outcome, absorbing it without any trauma for the governmental system.

70. The existence of *quorum* rules is a crucial aspect that many democracies, where referendums and popular initiatives are constitutionally permitted, have in common. These rules are generally intended as a way to prevent active minorities from imposing their will or to exploit them as a means to counteract the *status quo*: thus, the need to ascertain their presence and effects on individual governance systems.

¹¹⁴ Article 125, para. 1, Const. Poland.

¹¹⁵ See D. DELLA PORTA, F. O'CONNOR, M. PORTOS, A. SUBIRATS RIBAS, *Social Movements and Referendums from Below. Direct Democracy in the Neoliberal Crisis*, Bristol, Policy Press, 2017.

¹¹⁶ See W. GRANT, *Pressure Groups and British politics*, London, Palgrave Macmillan, 1999, p. 17 ff.

¹¹⁷ See G. SARTORI, “Tecniche decisionali e sistema dei comitati”, *Rivista italiana di scienza politica*, 1974, No. 1, p. 39.

¹¹⁸ See A. DI GIOVINE, “Referendum e sistema rappresentativo: una difficile convivenza”, *Il Foro Italiano*, 1979, Vol. 102, No. 7-8, p. 158.

71. Furthermore, it is necessary to analyze the critical aspects of referendums, particularly the influence on the electorate based on informational asymmetries¹¹⁹ and the importance of (good “equipped” in terms of financial resources) lobbies that can take advantage of electoral campaigns for or against a specific legislative set of rules. The question is if lobbies can have a direct impact on the governmental system, being a balancing element in the relationship between the constitutional bodies exercising the policymaking role. Thus, it is necessary to prove whether Slovak lobbies exploit regulations that could discourage the so-called politics of malfeasance, to which lobbying belongs.

72. With this in mind, I will focus on how referendum tools are used by economic groups that represent the interests of the majority of the society (e.g. trade union organizations, business, professional and financial associations); groups of people such as lobbies of citizens who work together to achieve a particular goal, most of the social interest (e.g. voluntary, scientific and cultural organizations); institutional groups of public or private nature that, to protect their own interests, interact in the decision-making process (e.g. public bureaucracies, local authorities, religious bodies, public service entities such as hospitals and universities). Referendums, due to their nature, allow *latu sensu* lobbies (opposition policies, economic, third sector, etc.) to affect the policy-making government¹²⁰.

73. The analysis on connections between lobbies and referendum tools is also relevant in consideration of reasons motivating the actions of parliamentary minorities and interest groups, not always and necessarily ethical because they are often biased and do not operate in the public interest¹²¹. These groups use referendum tools to support and prioritize their interests and this may also apply to the opposition activity of the parliamentary minority¹²².

74. Slovakia is witnessing rapid economic growth characterized by high dynamism in terms of attractiveness of foreign investments; countless multinationals, indeed, have relocated to Slovakia. However, in spite of this peculiarity which recalls the need to ensure transparency as regards the activities of market players about public institutions, the Slovak legal system lacks legal regulation for professional lobbying activities, i.e. economic activities that influence the country's decision-making process. There is, in other words, no specific legislation on lobbying, any code of conduct for lobbyists nor a related register. Moreover, the example of advanced economies in the world shows how deficit can lead to non-transparent and unethical behavior by companies in terms of market dynamics.

75. *De lege ferenda*, the Ministry of Justice, has published over the last years several draft laws on lobbying, but none of them has ever been approved. Furthermore, there have been parliamentary initiatives to regulate the activity of lobbying: the latest in chronological order is the *Sme Rodina* (We Are Family Party) bill abandoned at the end of May 2018 due to a lack of interest from the political parties. It was only approved Constitutional Law No. 357/2004 on the protection of the public interest by public officials, defining the concept of public interest in a general way. The law at issue provides the establishment of a public utility institution; personal interest, in this way, is intended as opposed to the concept of public interest. Public interest is thus defined primarily by the combination of both quantitative and utility factors at a constitutional level¹²³.

¹¹⁹ See A.S. KESSLER, “Representative Versus Direct Democracy: the Role of Informational Asymmetries”, *Public Choice*, 2005, Vol. 122, No. 1-2, pp. 9-38.

¹²⁰ See J. ASIMAKOPOULOS, *Social Structures of Direct Democracy: on the Political Economy of Equality*, Chicago, Haymarket Books, 2015.

¹²¹ See G. JORDAN, W.A. MALONEY (eds.), *Democracy and Interest Groups: Enhancing Participation?*, Basingstoke-New York, Palgrave Macmillan, 2007.

¹²² See S. REILLY, *Design, Meaning, and Choice in Direct Democracy: the Influences of Petitioners and Voters*, Farnham, Ashgate, 2010.

¹²³ See B. ŠRAMEL, “The Legal Basis of Civic Participation in Slovakia after 1989”, cit., p. 176.

76. The lobby industry in Slovakia appears to be highly dynamic and, with the establishment of countless corporations in the country, many related activities thrive unchecked, creating a “wild undergrowth” that have a significant influence in the public relations sector. As a result, politicians and public officials build extensive networks and useful connections in the fields in which they respectively hold power.

77. The main targets of lobbying activities in Slovakia are the government, independent administrative authorities, the Parliament as well as the Head of State, as concerns the legislative-administrative and regulatory activity of the country. Thus, for example, it is very common for former members to become lobbyists thanks to networks they had built during their office. In other words, they take advantage of the knowledge they acquired as well as of connections they built in the “right” places. Furthermore, they usually operate in complete autonomy without any connection with formal lobbying or public relations agencies, giving rise to a genuine clientele that can degenerate into corrupt illegality as well as ties with criminal organizations, including foreign ones, as in the case of the recent murder of the journalist Kuciak, in the context of the Slovak agricultural mafia¹²⁴. One example is the sprawling ‘*ndrangheta*, the Calabrian mafia, in Slovakia. Connections were proved to exist with the heads of the country’s establishment, up to the former Prime Minister Fico, and the largest party in the National Council (*Smer – sociálna demokracia*, Direction – social democracy).

78. While analyzing referendums in different countries worldwide, it is inevitable to deal with thorny questions linked with the state system, guarantee tools, protection, and promotion of basic human rights, but also the relationship among various sources of law. The Slovak case stands for a good example of the risk to embitter hostility towards a minority group that referendums may entail. Indeed, it seems that legislative referendums in Slovakia merely emphasized legislations already enshrined in the Constitution, especially in the case of the anti-homosexual referendum of 2015.

79. Rational implementation of the referendum institution necessarily requires clear limits to respect within a given constitutional system: indeed, «direct and representative democracy are not mutually exclusive, yet they can complement each other»¹²⁵, in a harmonic and synergetic view among institutions guaranteeing people’s sovereignty.

80. Sticking first of all to the form of state, then to the form of government, represents the fundamental prerequisite for the proper development of democracy, given that the duo popular sovereignty/safeguard of everyone’s rights is likewise envisaged¹²⁶.

VI. Conclusive remarks

81. In the Czech and Slovak legal systems, representative democracy is the main form of exercising power. Both countries are representative democracies, but there is no rule without exceptions. Direct democracy tradition is not very strong, it only represents a constitutional opportunity provided with different referendum tools in a comparative view¹²⁷.

¹²⁴ 1st International Slovak Conference against all Mafias, Trnava, November 11-12, 2019. See C. REINICKE, “In the European Union, Farming Subsidies have Enriched those in Power and Created an ‘Agricultural Mafia’”, *Markets Insider*, November 3, 2019, available at: <http://markets.businessinsider.com/news/stocks/european-union-farm-subsidies-are-misused-new-york-times-reports-2019-11-1028653570>.

¹²⁵ See N. BOBBIO, “Democrazia rappresentativa e democrazia diretta”, in G. QUAZZA (ed.), *Democrazia e partecipazione*, Torino, Stampatori, 1978, 32.

¹²⁶ See C. MORTATI, “Art. 1-12: Principi fondamentali”, in G. BRANCA (ed.), *Commentario della Costituzione. Art. 1-12: Principi fondamentali*, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro Italiano, 1975, p. 1 ff.

¹²⁷ See S. BAGNI, *Il popolo legislatore*, cit., p. 106.

82. From the legal perspective, the constitutions of both countries recognize national referendum tools. However, there are some important differences. The Czech Constitution does not provide for mandatory referendums, while the Slovak (and Hungarian) one provides for obligatory referendums regarding access to international unions (or leaving them, according to the Slovak Constitution). Apparently, the Slovak constitutional reference model is not one of the communist period, but rather the Constitution of Czechoslovakia of 1920 (see the above-mentioned article 46).

83. While in Czech Republic the President can initiate referendums, in Slovakia (and Hungary), both the Parliament and the citizens have the power to do so. Similarities can also be noticed as to referendum validity depending on the turnout since in all examined countries referendums have to meet certain turnout requirements to be valid. That being said, there are some exceptions such as the situation when a referendum cannot be held again on the same subject matter. It can be held only after three years have passed from the first referendum in Slovakia and two years in the Czech Republic¹²⁸.

84. Referendum tools have not enjoyed a particularly active role in the history of Slovakia so far, neither in Czech Republic, where only one referendum was held at the national level in the case of EU accession. Basically, in both countries, except for the EU accession issue, national referendum tools have been virtually non-existent.

85. Surely, the referendums regarding the accession to international organizations, namely EU and NATO, represent the most recent fruitful ground for the development of referendum tools¹²⁹.

86. In both countries, the majority of politicians are unwilling to make use of national referendum tools and to adopt further regulations on the referendum topic. Only the Czech Social Democratic Party (Česká strana sociálně demokratická, ČSSD) and the Green Party (*Strana zelených*) referred to the need of adopting precise regulation as regards national referendums. Nowadays, it has turned into a sought-after position appropriated by populist and eccentric movements in the Czech political scene like the above mentioned Okamura's SPD party. Their attitude results from negative experiences connected with direct elections of the Czech Republic's President, which polarized the country and the political scene for many years. It is highly likely that Czech politicians are afraid of a potential repetition of the Slovak negative experience with national referendums, which, instead of solving problems, multiplied them and caused reluctance among the voters.

87. In the Czech Republic and Slovakia, the implementation of direct democracy tools at the national level while exercising power is not so significant as to political consciousness in both respective societies. In Czech Republic, such an approach was not changed after accession to the EU, which "forced" the carrying out of the referendum on EU membership, after the introduction of proper changes in the constitution. However, it is incorrect to state that it has influenced the development of direct democracy either in the formal-legal or practical dimension¹³⁰.

88. Slovak referendums were mainly examples of the political struggle between the government and opposition parties. The Slovak experience demonstrates also that national referendum initiatives were supported by opposition parties (1997, 2000, 2004, and 2010) and only in one case by the majority party (1998). Nevertheless, referendums have become one of the most misused tools by parties in terms of political competition. Consequently, the Slovak voters did not perceive referendums as influential instruments to express their opinions, but rather as a convenient tool for policy-makers in the political stru-

¹²⁸ See E. KUŹELEWSKA, "How Far Can Citizens Influence the Decision-Making Process? Analysis of the Effectiveness of Referenda in the Czech Republic, Slovakia, and Hungary in 1989–2015", *Baltic Journal of European Studies*, 2015, Vol. 5, No. 2, p. 179.

¹²⁹ See P.V. ULERI, *Referendum e democrazia: una prospettiva comparata*, Bologna, Il Mulino, 2003, pp. 274-278.

¹³⁰ See E. KUŹELEWSKA, "Direct Democracy in Czechia", cit., p. 93.

ggle. Indeed, national referendums in Slovakia are preceded by a plebiscitary form of decision-making, so that opposition political parties have repeatedly taken advantage of it against the government¹³¹. Only the Slovak EU membership referendum was successful because it was supported by all political parties. Moreover, the high *quorum* is a meaningful barrier, particularly because it is not connected with the low Slovak general electoral participation (averagely 68% from 1992, but only 60% in the last 3 votes and just 18% in the EU Parliament elections).

89. Last but not least, it is worth analyzing the problem of post-communist societies. The communist experiment from 1948 to 1989 sabotaged the value of citizenship as well as political and civil rights and freedoms. The reconstruction of political and civil institutions with the transformation from centralized economies to market economies was crucial in both Czech and Slovak Republic. As a result, there were significant consequences in terms of civic participation in the fundamental process of transformation and modernization of both Czech and Slovak social, economic, and political systems¹³².

90. The significantly low turnout of Slovak referendums results from a few factors. Firstly, some of the questions posed were too difficult for common people as a sort of “renationalization” process of the society took place in Slovakia. Referendums, as a result, were not considered by the electorate as an element of communication and consultation between the authorities and society. The voters realized that Slovakian policy-makers were likely to hold referendums to achieve their political interests against the opposition. Secondly, all Slovak referendums were held in an antagonistic atmosphere between the governmental coalition or the parliamentary majority and the opposition parties¹³³. The most crucial referendum concerning accession to NATO in 1997. The reliability of referendums was discredited as a result of the aspirations of Prime Minister Mečiar¹³⁴. The Slovak Constitutional Court confirmed that the government acted unconstitutionally as regards the calling procedure of referendums and ordered the Minister of Interior (who was technically responsible for it) to delete from the ballot paper the question proposed by opposition parties concerning direct presidential elections¹³⁵.

91. That being said, what became the object of general criticism was no more than a misinterpretation. Lipšic, for example, demonstrated that the Constitutional Court overstepped its authority as the Constitution did not enable it to present the interpretation of “ordinary” law¹³⁶. The systems analyzed in this paper are all constitutional systems, entailing that a fundamental role (yet destined to increase) is played by the constitutional courts, especially in the activation phase of the referendum in which they are called upon to rule on the admissibility of referendum questions¹³⁷ (it is mandatory in Czech Republic as well as in Albania, Bulgaria, Poland, and Slovenia; it is instead possible in Slovakia as well as in

¹³¹ See E. KUZELEWSKA, “How Far Can Citizens Influence the Decision-Making Process? Analysis of the Effectiveness of Referenda in the Czech Republic, Slovakia and Hungary in 1989–2015”, cit., p. 190.

¹³² See J. BARDOVIC, J. MIHÁLIK, “The Determinants of Civic Participation in Slovakia”, in M. MARCZEWSKA-RYTKO, K. AK-SIUTO, D. MAJ, M. POMARAŃSKI (eds.), *Civic Participation in the Visegrád Group Country after 1989*, cit., pp. 162–163.

¹³³ See: E. KUZELEWSKA, “Referendum in the Czech Republic and Slovakia”, cit., p. 105; M. PODOLAK, *Instytucja referendum w wybranych państwach Europy Środkowej i Wschodniej (1989–2012)*, Lublin, Maria Curie-Skłodowska University Press, 2014, p. 352; T. HAUGHTON, “Facilitator and Impeder: the Institutional Framework of Slovak Politics During the Premiership of Vladimír Mečiar”, *The Slavonic and East European*, 2003, Vol. 81, No. 2, p. 276; G. PRIDHAM, “The European Union’s Democratic Conditionality and Domestic Politics in Slovakia: the Mečiar and Dzurinda Governments Compared”, *Europe-Asia Studies*, 2003, Vol. 54, No. 2, pp. 212–213; T. HAUGHTON, “Vladimír Mečiar and his Role in the 1994–1996 Slovak Coalition Government”, *Europe-Asia Studies*, 2002, Vol. 54, No. 8, p. 1331.

¹³⁴ See R. GLAJCAR, *Instytucja Prezydenta w Polsce, Czechach i Słowacji w latach 1989–2000: analiza porównawcza*, Toruń, Adam Marszałek, 2004, p. 309.

¹³⁵ See M. KUSÝ, “Does the rule of law (Rechtsstaat) exist in Slovakia?”, in J. PRIBÁŇ, J. YOUNG (eds.), *The Rule of Law in Central Europe: the Reconstruction of Legality, Constitutionalism and Civil Society in the Post-Communist Countries*, Dartmouth, Ashgate, 1999, p. 108.

¹³⁶ See J. DRGONEC, J. KVASNIČKOVÁ, *Mutácie ústavnosti. Vybrané ústavné inštitúty na Slovensku*, Bratislava: Inštitút pre verejné otázky, 2000, p. 32.

¹³⁷ See A. CIAMMARICONI, A. DI GREGORIO, “Il referendum nei nuovi Stati membri dell’Unione europea”, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, No. 3, p. 1424.

Croatia, Hungary, and Serbia). Particularly in Slovakia, before the calling itself, the President may ask the Constitutional Court for assessment of the presented ballot question as regards the constitutionality of the subject of the referendum. This option was added to articles 95, para. 2, and 125b, Const., based on the constitutional reform of 2001 motivated by the controversial constitutionality of some referendums¹³⁸. However, the Slovak system, by envisaging the direct election of the President since 1999, is closed to the so-called apparent semi-presidentialism¹³⁹ (as Austria, Iceland, and Ireland), based on a parliamentary interpretation of the government system. Most legal scholars who rely on Duverger's definition exclude all three countries from the list of semi-presidential regimes¹⁴⁰ and, similarly, the same can be inferred for Slovakia.

92. In both Czech and Slovak Republic, there are two types of referendum tools it is mainly resorted to those concerning international relations and constitutional ones. This trend aims to consolidate the legitimacy of these "new" democracies in the supranational context. Therefore, while in Western Europe the referendum is often used to oppose a political decision (for example, the European Constitution with the rejected referendums in France and the Netherlands of 2005)¹⁴¹, in former socialist countries it represents, on the contrary, a tool to overcome a possible parliamentary opposition, seeking consensus in the electorate. Furthermore, the transition from a long-term experience of non-existent sovereignty in the SSSR to a new form of compressed sovereignty in the EU, the will to safeguard the respective constitutional systems strongly emerged. Resorting to referendum tools, therefore, appears to be evidence of the will to guarantee exceptional protection of fundamental assets¹⁴².

93. This situation clearly shows that Mečiar's political party effectively used democratic procedures to obtain benefits that discredited democracy. The unsuccessful referendum on NATO membership resulted in the exclusion of Slovakia from the group of countries invited to the Madrid summit of 1997 on new NATO memberships¹⁴³. In the Visegrád group countries (V4), the unsuccessful referendum on NATO membership also resulted in negative attitudes in Hungary towards referendum for important political questions¹⁴⁴. Among all Slovak referendums, four of them were initiated by those political parties which had lost their support during parliamentary elections. The goal of these parties was to rebuild their strong position by collecting propositions in various ways, including calling a referendum¹⁴⁵.

94. The last Slovak referendum of 2015 concerning controversial moral issues – same-sex marriages, same-sex adoption, and sex education at school. Before the referendum, in 2014, the Parliament added the definition of traditional marriage (a union between a man and a woman) to the Constitution (article 41). The 2015 referendum was initiated by the Alliance for the Family (*Aliancia za rodinu*) and supported by the Conference of Slovak Bishops. Thus, the 2015 referendum was useless and unnecessary because the Slovak law does not allow same-sex marriages nor civil unions. Secondly, it did not fit the constitutional requirement according to which a referendum can be held on important issues of public

¹³⁸ Amendment no. 90/2001 coll. See A. DI GREGORIO, "Riforme istituzionali ed avvicinamento all'Europa dei Paesi dell'Est: il caso della Slovacchia", *Nomos*, 2001, No. 3, p. 120.

¹³⁹ See: M. VOLPI, *Il semipresidenzialismo tra teoria e realtà*, Bologna, Bononia University Press, 2014, pp. 23, 26-32; R. ELGIE, *Semi-presidentialism: Sub-types and Democratic Performance*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 21-22.

¹⁴⁰ See A. STEPAN, C. SKACH, "Constitutional Frameworks and Democratic Consolidation: Parliamentarianism versus Presidentialism", *World Politics*, 1993, Vol. 46, No. 1, p. 9.

¹⁴¹ See: E. GROSSMAN, *France and the European Union. After the Referendum on the European Constitution*. London-New York, Routledge, 2008; G.G. FLORIDIA, "La chatedral engloutie", *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, No. 3, pp. 13-19; K. STERN, "Europäische Verfassung und Grundrechte-Charta nach dem Nein der Franzosen und Niederländer", *Teoria del diritto e dello Stato*, 2005, No. 1, pp. 97-109.

¹⁴² See A. CIAMMARICONI, A. DI GREGORIO, "Il referendum nei nuovi Stati membri dell'Unione europea", cit., pp. 1424-1425.

¹⁴³ See P. HACKER, *Slovakia: on the Road to Independence: an American Diplomat's Eyewitness Account*, University Park, Pennsylvania State University Press, 2010, p. 167.

¹⁴⁴ See S. BOWLER, T. DONOVAN, J.A. KARP, "Enraged or Engaged? Preferences for Direct Citizens Participation in Affluent Democracies", *Political Research Quarterly*, 2007, Vol. 60, No. 3, p. 352.

¹⁴⁵ See E. ZIELIŃSKI, "Referendum w Czechach, Słowacji, Słowenii i na Węgrzech", cit., p. 67.

interest. The discriminatory character of this referendum should be also highlighted since the European Court of Human Rights (ECtHR) has clarified that sexual orientation cannot represent a discriminatory factor, as stated in Article 14 of the European Convention of Human Rights (ECHR). Indeed, in the case *Schalk and Kopf v. Austria* the ECtHR emphasized that the reference to «men and women» in the ECHR no longer means that «the right to marry enshrined in article 12 should be limited to marriages between two persons of the opposite sex»¹⁴⁶. However, according to the referendum's initiators, the voters confirmed the conservative approach of the Slovak society in terms of defending traditional family values¹⁴⁷.

95. When talking about the relationship between political systems and referendums, it can be noticed that the independence of both Czech Republic and Slovakia was not legitimized by a referendum. Similarly, the later development of the political system before EU accession seems to confirm this hypothesis, particularly in the case of Slovakia with the “Mečiarizmus” autocracy period from 1992 to 1998¹⁴⁸.

96. The absence of a clear conception regarding the implementation of national referendum tools may, in some cases, be partially related to the low expertise of the proposers or the pragmatism of political parties. Indeed, such a pragmatism inhibits the framing of a clear policy towards referendums and direct elections. The political parties find themselves mostly in a conflict of interests regarding their role because the implementation of national referendum tools restrains their power¹⁴⁹.

97. Moreover, not only the Czech strong parliamentary tradition should be mentioned, but also the fear of plebiscitary drifts and the recent history of the country, particularly related to the dissolution of the Czechoslovak Federation¹⁵⁰. Indeed, the Czech-Slovak separation was confirmed by the ruling parties without consulting the population. The parliamentary opposition supported the referendum¹⁵¹ although, according to opinion polls, over 80% of the respondents declared their support for the calling of a referendum to vote on the independence of the country¹⁵². Particularly, Constitutional Law No. 327/1991 on referendums provided that any decision concerning fundamental questions directly related to the state system should be submitted to the citizens of Czechoslovakia. In particular, the withdrawal from the Federation of one or the other Republic should be decided through a referendum. However, the consensus required to call such a referendum was never reached and the dissolution was decided by the Federal Assembly itself. As a consequence, the Assembly called it, instead of withdrawal, self-dissolution. In that way, the *fictio iuris* bypassed the referendum law¹⁵³. Ultimately, the Dissolution Constitutional Act No. 542/1992 was adopted to avoid a referendum on the Czechoslovak dissolution¹⁵⁴.

98. The Czech and Slovak national referendum experience confirms the weak function of this tool. In total, 9 referendums (18 ballot questions) were organized in both countries over the past 26

¹⁴⁶ ECHR, *Schalk and Kopf v. Austria*, case 30141/04, June 24, 2010.

¹⁴⁷ See E. KUŹELEWSKA, “How Far Can Citizens Influence the Decision-Making Process? Analysis of the Effectiveness of Referenda in the Czech Republic, Slovakia and Hungary in 1989–2015”, cit., p. 182.

¹⁴⁸ See: L. HANULOVÁ, “Fascinoval ju mečiarizmus, americká politologická rozpráva, prečo aj u nás uspeli populisti”, *Denník*, March 7, 2019, available at: <http://dennik.sk/1403036/fascinoval-ju-meciarizmus-americka-politologicka-rozprava-preco-aj-u-nas-uspeli-populisti/>; I. ŠIMKO, *Ako sme si nasadili červené nosy a vyhrali Mečiara. Dramatický príbeh porážky mečiarizmu*, Žilina, Artis Omnis, 2018, p. 331 ff.; M. LEŠKO, *Meciar a meciarizmus: politik bez skrupul, politika bez zabran*, Bratislava: VMV, 1996, p. 239 ff.

¹⁴⁹ See P. JÜPTNER, P. VALUŠOVÁ, I. KRUNTORÁDOVÁ, “Participation and Elements of Direct Democracy in the Czech Republic: Part II”, cit., p. 288.

¹⁵⁰ See A. CIAMMARICONI, A. DI GREGORIO, “Il referendum nei nuovi Stati membri dell'Unione europea”, cit., p. 1414.

¹⁵¹ See M.Z. BOOKMAN, “War and Peace: the Divergent Breakups of Yugoslavia and Czechoslovakia”, *Journal of Peace Research*, 1994, Vol. 31, No. 2, p. 176.

¹⁵² See L. HOLY, *The Little Czech and the Great Czech Nation. National Identity and the Post-Communist Social Transformation*, Cambridge: Cambridge University Press, 1996, p. 198.

¹⁵³ See A. DI GREGORIO, “La transizione in Cecoslovacchia: principali profili di diritto costituzionale”, in S. GAMBINO (ed.), *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, Milano: Giuffrè, 2003, pp. 245-284.

¹⁵⁴ See T. LEBEDA, “Referendum o přistoupení ČR k Evropské unii. Několik různých pohledů první všelidové hlasování v Česku”, cit., pp. 207-208.

years, but only one of them in the Czech Republic. This is apparently a small number, especially for the Czech Republic, where it could be considered a *unicum* in the EU framework. However, it should be stressed that there are no expectations from Central European countries to increase the forms of direct democracy. Both Czechs and Slovaks believe in a representative democracy. Particularly in Slovakia, the very poor participation in referendums confirms also that national referendum tools have very low credibility among electors, who perhaps consider them as a mere expensive means to gather nation-wide opinions on given topics (from 7,2 to 2,7 Euro millions respectively for the referendums held in 2010 and 1998)¹⁵⁵. As a result, referendums are deemed to be ineffective in the process of Slovak democratic consolidation. The voters usually underestimate their influence on decisions taken by public authorities. Last but not least, it should be reminded that referendums affected the consolidation of democracy in Slovakia in quite a negative way¹⁵⁶. It follows that both Czech and Slovak Republic do not enjoy a rich tradition in terms of national referendum tools nor remarkable experiences. National referendums play an accessory role in the politics of both countries, from which it derives that they are not at all a panacea for solving the problems such young countries have to deal with¹⁵⁷.

¹⁵⁵ See P. HORVÁTH, J. MACHYNIÁK, "The Practical Dimension of Civic Participation in Slovakia after 1989", cit., pp. 191-196; 1994: not available data; 1997: 4,6 Euro millions; 1998: 2,7 Euro millions; 2000: 2,8 Euro millions; 2003: 6,5 Euro millions; 2004: 2,8 Euro millions; 2010: 7,2 Euro millions; 2015: 6,3 Euro millions.

¹⁵⁶ See M. BELKO, L. KOPEČEK, "Referendum in Theory and Practice: the History of the Slovak Referendums and their Consequences", cit., p. 7.

¹⁵⁷ See E. KUŽELEWSKA, "How Far Can Citizens Influence the Decision-Making Process? Analysis of the Effectiveness of Referenda in the Czech Republic, Slovakia and Hungary in 1989–2015", cit., p. 190.

EL NUEVO PROTOCOLO DE PRETORIA SOBRE GARANTÍAS INTERNACIONALES EN EQUIPO MINERO, AGRÍCOLA Y DE CONSTRUCCIÓN: LA FUERZA EXPANSIVA DEL CONVENIO DE CIUDAD DE CABO

THE NEW PRETORIA PROTOCOL ON INTERNATIONAL INTERESTS IN MINING, AGRICULTURAL, AND CONSTRUCTION EQUIPMENT: THE EXPANSIVE FORCE OF THE CAPE TOWN CONVENTION

TERESA RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL*

*Profesora titular de Derecho mercantil
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 22.06.2020 / Aceptado: 01.07.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5625>

Resumen: El 22 de noviembre de 2019, en la ciudad sudafricana de Pretoria, se adoptó el cuarto Protocolo al Convenio de Ciudad del Cabo sobre garantías internacionales en equipo móvil. Con la adopción del Protocolo de Pretoria, el exitoso sistema uniforme de Ciudad del Cabo (Convenio y Protocolos) se extiende, de acuerdo con su peculiar fórmula de delimitación del ámbito de aplicación, a los sectores agrícola, minero y de construcción. Con ello, el sistema de Ciudad del Cabo muestra una extraordinaria fuerza expansiva gracias a la maleabilidad de sus soluciones, la flexibilidad que le confiere su original estructura modular (Convenio-Protocolos) y, sobre todo, el potencial armonizador de un modelo de base sectorial, sensible a las diversas tradiciones jurídicas, pero contundente en la formulación de conceptos autónomos y soluciones uniformes, y cercano a las prácticas de financiación del sector, adecuado a las características de los equipos y consistente con las necesidades del mercado. Este trabajo ofrece un análisis detallado y en profundidad del Protocolo de Pretoria, desde su elaboración hasta su aprobación, en el contexto del sistema de Ciudad del Cabo al que pertenece, desde esta perspectiva del equilibrio entre consistencia y flexibilidad, entre la necesidad de buscar fórmulas innovadoras y adaptadas a las nuevas necesidades de los sectores minero, agrícola y de construcción y mantener la coherencia con las soluciones vertebrales del Convenio y la lógica material y operativa subyacente.

Palabras clave: Garantías internacionales, equipo minero, agrícola y de construcción, leasing, Convenio de Ciudad del Cabo, reserva de dominio

Abstract: On November 22, 2019, in the South African city of Pretoria, a fourth Protocol to the Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment was adopted. The adoption of the Pretoria Protocol entails the expanding of the successful Cape Town system, as per the singular

* Experta del *Study Group* constituido por UNIDROIT (International Institute for the Unification of Private Law, Roma) para la redacción de un cuarto protocolo al Convenio de Ciudad del Cabo sobre garantías internacionales sobre equipo móvil minero, agrícola y de construcción (Protocolo de Pretoria o Protocolo MAC). Delegada de España ante UNIDROIT en las dos sesiones del Comité de Expertos Gubernamentales para la aprobación del Protocolo MAC celebradas en Roma (sede de la FAO), primera sesión en marzo de 2017 y segunda sesión en octubre de 2017. Delegada de España en la Conferencia Diplomática para la adopción del Protocolo MAC que tuvo lugar en Pretoria (Sudáfrica) del 11 al 22 de noviembre de 2019, como Asesora Externa de Asesoría Jurídica Internacional (AJI). En este artículo la autora expresa y recoge sus opiniones y no actúa bajo representación institucional alguna.

scoping formula, to the mining, agricultural, and construction industries. Thus, the Cape Town system proves an extraordinary expansive force thanks to malleable solutions, a flexible modular structure (Convention-Protocol), and, fundamentally, the harmonizing potential of its sector-specific approach, sensitive to legal traditions, but conclusive in formulating autonomous concepts and uniform solutions; and close to sectoral financing practices, suited to characteristics of equipment, and consistent with market needs. This Paper aims to provide a thorough and in-depth analysis of the Pretoria Protocol, from its elaboration to its final adoption, in the context of the Cape Town system, it belongs to, from the perspective of the balance between consistency and flexibility, the advisability to devise innovative formulae better adapted to the targeted sectors, and the need to maintain consistency with the foundational solutions of the Convention and its material and operational logic.

Keywords: International interests, mining, agricultural and construction equipment, leasing, Cape Town Convention, title reservation.

Sumario: I.- La fuerza expansiva del Convenio de Ciudad del Cabo sobre garantías internacionales en equipo móvil. II.- Adaptabilidad y consistencia del sistema de Ciudad del Cabo: el equilibrio logrado en el Protocolo de Pretoria. 1. Las bases de la adaptabilidad del sistema de Ciudad del Cabo. A) La estructura modular del sistema de Ciudad del Cabo facilita su expansión material. B) La formulación de conceptos uniformes y autónomos confiere maleabilidad a las soluciones del Convenio. C) La sensibilidad a las tradiciones jurídicas y la cercanía al mercado garantizan su adaptabilidad. 2. La necesidad de consistencia y las razones para la formulación de soluciones innovadoras en el Protocolo de Pretoria. III.- El ámbito de aplicación del Protocolo de Pretoria. 1. El criterio de internacionalidad y las transacciones internas. 2. El domicilio del deudor y la irrelevancia de la situación del bien. 3. La singular fórmula de delimitación del ámbito de aplicación objetivo en el Protocolo de Pretoria: los bienes mineros, agrícolas y de construcción. A). La decisión de adoptar un único Protocolo para tres sectores. B). El recurso al Sistema Armonizado de la Organización Mundial de Aduanas para la delimitación de las categorías de bienes. C). La interacción del Protocolo de Pretoria con Protocolos previos. D). La adaptación del Protocolo de Pretoria a las revisiones del Sistema Armonizado: revisiones, ajustes y modificaciones. 4.- El tratamiento de partes y componentes y el principio de accesión. IV.- El Protocolo de Pretoria en el contexto del sistema de Ciudad del Cabo: consistencia con la lógica, los principios y las soluciones del Convenio. 1. Puntos de interacción, complementariedad y coordinación entre el Protocolo de Pretoria y la legislación nacional. 2. Continuidad y consistencia con los Protocolos previos y algunos ajustes y novedades del Protocolo de Pretoria. A). La nueva declaración en el Artículo VIII sobre remedios en caso de incumplimiento. B). La eliminación de alternativas en el Artículo X sobre remedios en caso de insolvencia. C). Los puntos nacionales de acceso al Registro Internacional. V.- Las soluciones innovadoras del Protocolo de Pretoria: financiación de inventario y equipos asociados a bienes inmuebles. 1. De la movilidad a la asociación con bienes inmuebles. 2. De la financiación sobre activos a la financiación de inventario.

I. La fuerza expansiva del Convenio de Ciudad del Cabo sobre garantías internacionales en equipo móvil

1. El 22 de noviembre de 2019, en la ciudad sudafricana de Pretoria, se adoptó el cuarto Protocolo al Convenio de Ciudad del Cabo sobre garantías internacionales en equipo móvil¹, conocido como Protocolo MAC, por el acrónimo de los bienes cubiertos (mineros, agrícolas y de construcción) por el nuevo instrumento, y, tras su aprobación, también como Protocolo de Pretoria, como tributo y reconocimiento al país anfitrión (en adelante, alternativamente, Protocolo MAC o Protocolo de Pretoria)².

¹ El Convenio fue adoptado en la Conferencia diplomática celebrada en Ciudad del Cabo (Sudáfrica), de la que ha tomado su habitual denominación como Convenio de Ciudad del Cabo, entre los días 29 de octubre y 16 de noviembre de 2001, bajo los auspicios de UNIDROIT (*International Institute for the Unification of Private Law* / *Institut International pour l'Unification du Droit Privé*) y de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI/ICAO). El texto oficial del Convenio en español disponible en <https://www.unidroit.org/official-languages-si-conv/spanish-siconv-pdf>.

² La Conferencia Diplomática para la adopción del cuarto Protocolo del Convenio de Ciudad del Cabo (Protocolo MAC o Protocolo de Pretoria) se celebró en Pretoria (Sudáfrica) los días 11 a 22 de noviembre de 2019. La Conferencia Diplomática concluyó satisfactoriamente con la adopción del Protocolo, la apertura a la firma y ratificación y su firma ya por cuatro Estados en el

2. Con la adopción del Protocolo de Pretoria, el ambicioso sistema uniforme conformado por el Convenio de Ciudad del Cabo y sus Protocolos extiende su perímetro de acción más allá de los sectores inicialmente previstos – aeronáutico, espacial y ferroviario – para incorporar ahora, de conformidad con su peculiar fórmula de delimitación del ámbito de aplicación, las industrias agrícola, minera y de construcción. Con ello, el sistema de Ciudad del Cabo muestra una extraordinaria fuerza expansiva que apalanca en el éxito logrado en el sector aeronáutico con su primer Protocolo. En efecto, el mapa de ratificaciones del Convenio y el Protocolo Aeronáutico refleja una amplia aceptación internacional y muestra una muy significativa y equilibrada participación de países con economías y tradiciones jurídicas diversas. Los más de 80 Estados que son ya parte³ del Convenio⁴ avalan el acierto de las soluciones uniformes del instrumento internacional y la efectividad de las respuestas para aliviar los fallos del mercado del crédito⁵ y facilitar el acceso a la financiación en condiciones razonables para la adquisición y el uso de equipos móviles de alto valor.

mismo acto final de clausura de la Conferencia. De acuerdo con el Informe Final presentado el día 21 de noviembre por el Comité de Credenciales (DCME-MAC – Doc. 37), la Conferencia Diplomática contaba con la participación de 41 Estados, registrados como participantes, una organización regional de integración económica (REIO) – la Unión Europea –, 3 organizaciones intergubernamentales, 4 organizaciones internacionales no gubernamentales y un asesor técnico. El presente trabajo hace referencia a la documentación puesta a disposición de las delegaciones antes y durante la Conferencia Diplomática a través de la plataforma dedicada <https://macprotocol.info/>. Los informes diarios de las sesiones, los informes provisionales y finales de todos los comités, las resoluciones finales y el acta final, así como la versión previa del borrador de Protocolo y el texto final del Protocolo MAC tras su adopción, están disponibles también en abierto en la misma plataforma. Así mismo, la plataforma dedicada al Protocolo (<https://macprotocol.info/>) ofrece información detallada sobre el proceso de elaboración del Protocolo (Grupo de Expertos y Comité de Expertos Gubernamentales), sus principales hitos y el desarrollo de las sesiones de la Conferencia Diplomática.

³ El empleo de los términos “Estado Parte” y “Estado Contratante” en el texto se utiliza de conformidad con el uso y significado que le confieren el Convenio de Ciudad del Cabo y los Protocolos. Este uso difiere del uso internacional de ambos términos. El Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 proporciona las siguientes definiciones:

Artículo 2 – Términos empleados

¹ A los efectos del presente Convenio

(f) se entiende por “Estado contratante” un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado, haya o no entrado en vigor el tratado

(g) se entiende por “parte” un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado y con respecto al cual el tratado está en vigor”

El uso del término “Estado Contratante” en el sistema de Ciudad del Cabo es equivalente a “Estado Parte”. Este uso inverso se discutió por el *Study Group* en sus reuniones durante la elaboración del Protocolo MAC, pero la necesidad de mantener coherente con el Convenio y la conveniencia de alinearse con los Protocolos previos aconsejaron mantener este uso. Así también lo advierte, Karl F. KREUZER, “Jurisdiction and choice of law under the Cape Town Convention and the Protocols thereto”, *Cape Town Convention Journal*, 2:1, 2013, pp. 149-164, en p. 150.

⁴ Según datos de fecha 4 de septiembre de 2020, el Convenio cuenta con 81 Estados contratantes (más la Unión Europea como Organización Regional de Integración Económica), mientras que en el Protocolo Aeronáutico ascienden a 78 más la Unión Europea. Ambos textos están conjuntamente en vigor desde el 1 de marzo de 2006. Se puede consultar el estado de las ratificaciones (aceptaciones, aprobaciones o adhesiones), las declaraciones realizadas por los Estados, así como la entrada en vigor de cada uno de los instrumentos, en www.unidroit.org (Instruments/Security Interests/Status), seleccionando cada uno de los instrumentos que se desea consultar.

⁵ La capacidad del sistema de garantías para reducir los riesgos, mejorar las condiciones y estimular la oferta de crédito se explica, desde una perspectiva económica, por su potencial para reparar o, al menos, atenuar los fallos que aqueja el mercado de la financiación: información asimétrica, riesgo moral, y selección adversa – S.D. WILLIAMSON, “Costly monitoring, loan contracts, and equilibrium credit rationing”, *Quarterly Journal of Economics*, vol. 102, issue 1, 1987, pp. 135-145 -. En contradicción con los modelos teóricos de competencia perfecta, compradores y vendedores no disponen de información perfecta, completa, equivalente ni objetiva sobre los servicios y productos del mercado, objeto de sus transacciones. El origen de las situaciones de información imperfecta se puede localizar en tres fuentes: la falta de información sobre el riesgo, el desconocimiento de las alternativas disponibles en el mercado, y la ignorancia de las condiciones contractuales. Las asimetrías de información reflejan aquellas situaciones en las cuales una de las partes de la transacción dispone de información a la cual, la otra parte tan sólo podría acceder asumiendo un coste o, incluso, para quien es inaccesible. J.E. STIGLITZ.; A. WEISS, “Credit rationing in markets with imperfect information”, *American Economic Review*, vol. 71, num. 3, 1981, pp. 393-410; O.E. WILLIAMSON, “The Economics of Antitrust: Transactions Costs Considerations”, 122 *U. Pa. L. Rev.*, 1973-1974, pp. 1439-1496. La dificultad que acusa el financiador para obtener información fiable sobre la solvencia del deudor y la viabilidad del proyecto que presenta, debido a la marcada asimetría de información, se atenúa al suplir la necesidad de esta información por la valoración directa e inmediata de la garantía prestada. El riesgo moral se gestiona adaptando el valor de la garantía al importe del préstamo, sin asumir el coste social que implica el lento proceso de ajuste de acuerdo con la información histórica de cumplimiento del deudor. Y, frente al riesgo de comportamientos oportunistas, la petición de garantías mejora las condiciones de los préstamos y reduce el impacto

3. Esta fuerza expansiva del sistema de Ciudad del Cabo ha demostrado la maleabilidad de sus soluciones, la flexibilidad que le confiere su original estructura modular (Convenio-Protocolos) y, sobre todo, el potencial armonizador de un modelo de base sectorial, sensible a las diversas tradiciones jurídicas, pero contundente en la formulación de conceptos autónomos y soluciones uniformes, y cercano a las prácticas de financiación del sector, adecuado a las características de los equipos y consistente con las necesidades del mercado. Pero a la vez, la expansión del Convenio a estos nuevos sectores, diversos en multitud de aspectos a los rasgos comunes que identificaban el núcleo inicial de su ámbito de aplicación material (equipo aeronáutico, espacial y ferroviario), ha puesto a prueba la consistencia del sistema, la adaptabilidad de sus soluciones a entornos diversos y la coherencia de las nuevas fórmulas innovadoras del Protocolo MAC con la lógica del sistema de Ciudad del Cabo y sus principios fundamentales.

4. Este trabajo ofrece un análisis detallado y en profundidad del Protocolo de Pretoria en el contexto del sistema de Ciudad el Cabo al que pertenece, desde esta perspectiva del equilibrio entre consistencia y flexibilidad, entre la necesidad de buscar fórmulas innovadoras y adaptadas a las nuevas necesidades de los sectores minero, agrícola y de construcción y mantener la coherencia con las soluciones vertebrales del Convenio y la lógica material y operativa subyacente (*infra* II). A partir de este análisis global del sistema uniforme desde la tensión entre flexibilidad y solidez, adaptabilidad y consistencia, se centra la atención en el Protocolo de Pretoria como ejemplo ilustrativo del equilibrio logrado entre ambas variables. A tal fin, se destacarán, en particular, las soluciones más innovadoras con las que el Protocolo de Pretoria logra acomodar las disposiciones del Convenio de Ciudad del Cabo a las prácticas de financiación con garantía sobre activos (*asset-based finance*) para la adquisición y el uso de equipos mineros, agrícolas y de construcción, preservando la lógica de los principios, los conceptos y las soluciones clave del sistema uniforme en el que se integra. Primero, con un minucioso estudio de la original fórmula empleada para delimitar el ámbito de aplicación del Protocolo de Pretoria en el marco de y consistente con la lógica material del sistema de Ciudad del Cabo (*infra* III). Segundo, con un repaso general de aquellos elementos del sistema uniforme que se han mantenido, con algunas adaptaciones, en el nuevo Protocolo (*infra* IV). Y, finalmente, con la presentación de aquellas soluciones enteramente novedosas y diseñadas a medida de las peculiaridades de los sectores de referencia, las prácticas de la industria, y las características de los equipos agrícola, minero y de construcción que el proceso de elaboración del Protocolo de Pretoria ha debido contemplar y su texto final tras la adopción así contiene (*infra* V).

II. Adaptabilidad y consistencia del sistema de Ciudad del Cabo: el equilibrio logrado en el Protocolo de Pretoria

1. Las bases de la adaptabilidad del sistema de Ciudad del Cabo

5. El potencial expansivo del modelo armonizador implementado por el Convenio de Ciudad del Cabo tiene sus bases en un alto nivel de adaptabilidad del sistema. Esta capacidad de adaptación se fundamenta esencialmente en tres rasgos característicos del sistema de Ciudad del Cabo: su estructura modular (Convenio-Protocolos), la maleabilidad de sus soluciones basadas en conceptos autónomos y uniformes, y su cercanía y receptividad a las tradiciones jurídicas, de un lado, y a las prácticas y necesidades del mercado, de otro.

de la selección adversa al proporcionar al acreedor una ruta para la recuperación de la deuda, alternativa al éxito del proyecto, del que el prestatario puede no tener mucha información – H. BESTER, “The role of collateral in credit markets with imperfect information”, *European Economic Review*, núm. 31, 1987, pp. 887-899; Y-S. CHAN; G. KANATAS, “Asymmetric valuations and the role of collateral in loan agreements”, *Journal of Money, Credit and Banking*, vol. 17, 1985, pp. 84-95; H.W. FLEISIG, “The economics of collateral and of collateral reform”, en F. DAHAN; J. SIMPSON (Eds.), *Secured Transactions Reform and Access to Credit*, Cheltenham (UK): Edward Elgar, 2008, pp. 81-109, p. 86; K. IGAWA; G. KANATAS, “Asymmetric information, collateral, and moral hazard”, *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, vol. 25 (4), 1990, pp.469-49 -.

A) La estructura modular del sistema de Ciudad del Cabo facilita su expansión material

6. El primero de los rasgos referidos es de carácter estructural y describe la original fórmula organizativa sobre la que el Convenio de Ciudad del Cabo expande su ámbito de aplicación. Consiste en una original estructura modular y en dos niveles⁶. El sistema se compone, en un primer nivel, de un cuerpo único de normas generales contenidas en el Convenio y, en un segundo nivel, de un conjunto de disposiciones específicas para cada categoría de elementos de equipo móvil que se van articulando en diversos Protocolos. El carácter modular del sistema se despliega a través de los Protocolos con los que el Convenio interactúa, no bajo una relación de subordinación propia de un desarrollo reglamentario, sino como dos piezas complementarias que conforman conjuntamente, en cada caso, el Convenio aplicable a la categoría de objetos correspondiente. Así, en efecto, cada Protocolo contiene reglas específicas para la categoría de elementos de equipo móvil a la que se aplica - que pueden ampliar, alterar o derogar las reglas generales del Convenio -, determina la entrada en vigor del Convenio en relación con tal categoría de bienes y define exactamente el ámbito de aplicación, de modo que, en caso de discordancia entre las disposiciones del Convenio y las del Protocolo, prevalecen las de este último por su especificidad.

7. La estructura en dos niveles del sistema y su operativa modular han sido, sin duda, uno de los factores coadyuvantes de su éxito y facilitador hoy de su expansión. La decisión, a lo largo del proceso de elaboración, de desvincular la formulación de las normas generales de las disposiciones específicas para cada categoría de elementos de equipo móvil permitió que la negociación se desarrollara a ritmos diferentes, atendiendo a las particularidades de cada sector e interactuando con la industria. De ese modo, el proceso pudo concluir con éxito con la adopción en 2001 del Convenio y el Protocolo Aeronáutico.

8. Como consecuencia de este original sistema de Convenio-Protocolos, el Convenio no puede operar independientemente de sus Protocolos, ni tampoco naturalmente podría hacerlo un Protocolo sin la cobertura del Convenio. Convenio y Protocolo, de hecho, conforman conjuntamente un único instrumento que ha de interpretarse como tal (Art. 6.1 Convenio). El Convenio define originariamente su ámbito de aplicación en relación con tres categorías de objetos (Art. 2.3.) pero no entra en vigor con respecto a una determinada categoría de elementos de equipo (Art. 49.1⁷) hasta que se haya adoptado el Protocolo correspondiente y además lo hace con sujeción a las disposiciones de dicho Protocolo. De modo que, el Convenio, en relación con el equipo aeronáutico y sólo para tal categoría de bienes, (conjuntamente con el Protocolo Aeronáutico) entró en vigor el 1 de marzo de 2006. Una vez en vigor, conforme al Artículo 49.2 Convenio, para cada Estado Contratante entrará en vigor únicamente respecto a las categorías de objetos a las cuales se aplica el o los Protocolos que el Estado haya ratificado, se haya adherido, aceptado o aprobación y con sujeción a dicho/s Protocolo/s.

9. Los Protocolos relativos a las tres categorías de bienes originariamente definidas en el Convenio (Artículo 2.3) ya han sido adoptados - Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico, el 16 de noviembre de 2001, que entró en vigor el 1 de marzo de 2006 (Protocolo Aeronáutico); Protocolo sobre material rodante ferroviario, el 23 de febrero de 2007 (en adelante, Protocolo Ferroviario o de Luxemburgo); Protocolo sobre bienes de equipo espacial, el 9 de marzo de 2012

⁶ Que explico y describo con más detalle en T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, *Las garantías mobiliarias sobre equipo aeronáutico en el comercio internacional. El Convenio de Ciudad del Cabo y su Protocolo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 28 y ss.

⁷ Artículo 49.1 del Convenio:

“El presente Convenio entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un periodo de tres meses posterior a la fecha de depósito del tercer instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, pero únicamente respecto a las categorías de objetos a las cuales se aplica un Protocolo:

- a) a partir del momento de entrada en vigor de ese Protocolo;
- b) con sujeción a las disposiciones de dicho Protocolo; y
- c) entre los Estados que son partes en el presente Convenio y en dicho Protocolo.”

(en adelante, Protocolo Espacial) -, si bien, de conformidad con el Artículo 49 del Convenio, sólo el Protocolo Aeronáutico está actualmente en vigor⁸.

10. Apoyado en esta estructura modular que evita la fosilización del instrumento originariamente adoptado y le permite acomodarse, sin alterar el núcleo inicial, a nuevos sectores, el sistema de Ciudad del Cabo se ve dotado de un extraordinario potencial de expansión. Esta capacidad expansiva tan sólo tiene los límites que marca el Artículo 51 del Convenio, que encapsula la lógica misma del sistema: el establecimiento de un régimen jurídico uniforme para las operaciones de financiación con garantía sobre activos para la adquisición y el uso de ciertos equipos móviles, de alto valor y susceptibles de identificación única. Estos rasgos trazan el perímetro exterior de todo intento de expansión del Convenio de Ciudad del Cabo a otros elementos de equipo móvil, más allá de las tres categorías de bienes expresamente mencionados en el Artículo 2.3: equipo aeronáutico, bienes de equipo espacial y material rodante ferroviario.

11. Esta es la fórmula sobre la que se apoya la decisión de elaborar un cuarto Protocolo para extender el Convenio a tres nuevas categorías de bienes: mineros, agrícolas y de construcción. Así, en 2014, el *UNIDROIT Governing Council* convino⁹, tras la consecución de estudios y consultas previas¹⁰, crear un *Study Group*¹¹ para discutir y elaborar un posible cuarto Protocolo para elementos de equipo en los sectores minero, agrícola y de construcción que, tras las deliberaciones y los cambios realizados por el Comité de Expertos Gubernamentales en sus dos sesiones, fue sometido a negociación y finalmente adopción en la Conferencia Diplomática¹².

12. Bajo la cobertura del Artículo 51, el sistema de Ciudad del Cabo podrá seguir expandiéndose, con futuros Protocolos, a otros sectores para la financiación del uso y la adquisición de equipos que satisfagan los criterios de identificabilidad, elevado valor y movilidad¹³.

B) La formulación de conceptos uniformes y autónomos confiere maleabilidad a las soluciones del Convenio

13. El segundo de los rasgos que confieren un alto grado de adaptabilidad al sistema de Ciudad del Cabo es la decisión de política legislativa de conformar un régimen jurídico internacional basado en la formulación de conceptos autónomos y soluciones uniformes. En efecto, el objetivo del Convenio es establecer un régimen uniforme aplicable a los acuerdos de garantía sobre ciertas categorías de bienes

⁸ Para consultar el estado de las ratificaciones (aceptaciones, aprobaciones o adhesiones), así como la entrada en vigor de cada uno de los instrumentos, se puede acceder a [www.unidroit.org/Instruments/Security Interests/Status](http://www.unidroit.org/Instruments/Security%20Interests/Status).

⁹ El Consejo acordó la constitución de un grupo de estudio para la elaboración del proyecto de Protocolo en su 93ª sesión. El proyecto de Protocolo se aprobó en la 95ª sesión, mayo 2016. En diciembre 2016, se celebró un Simposio para la presentación por la Secretaría y el *Study Group* del borrador del texto con la participación de 16 Estados miembros.

¹⁰ El proyecto se adoptó en el Programa de Trabajo de UNIDROIT en 2005. En 2006 se preparó un primer estudio preliminar sobre la viabilidad del Protocolo MAC y se consultó a los Estados, recibiendo apoyo en términos generales. En 2009 y 2010, se llevaron a cabo consultas con la industria (Alemania y Estados Unidos). El estudio preparado por el *Center for the Economic Analysis of Law* (CEAL) en 2012/2013 estimó que un futuro cuarto Protocolo podría incrementar las ventas de este tipo de equipo hasta 600 Millones de USD en un periodo de 5 a 7 años e incrementar el PIB global en 3 trillones de USD.

¹¹ La autora de este trabajo ha sido miembro del *Study Group* junto con los profesores Mooney, Riffard, Von Bondungen, y Michel Deschamps. Todos los materiales de las reuniones, los borradores del texto, los informes solicitados y remitidos, y las versiones anotadas del Protocolo están disponibles en <https://www.unidroit.org/mac-protocol-preparatory-work>.

¹² Los días 20 a 24 de marzo de 2017 se celebró en Roma la primera sesión del Comité de Expertos Gubernamentales (CEG1) sobre el Protocolo MAC y los días 2 al 6 de octubre del mismo año la segunda sesión (CEG2) que adoptó el texto del Protocolo que se presentó para la discusión de los Estados en la Conferencia Diplomática como borrador para su negociación y adopción. Las reuniones del CGE contaron con la asistencia de 128 participantes de 48 países y 11 organizaciones internacionales.

¹³ O. BÖGER, "The case for a new Protocol to the Cape Town Convention covering security over ships", *Cape Town Convention Journal*, vol. 5:1, 2016, pp. 73-102.

de significativa importancia económica e inherente movilidad (equipo aeronáutico, material rodante ferroviario, bienes espaciales, según lo inicialmente previsto) para facilitar la financiación de la adquisición y uso de tales equipos en condiciones eficientes. Las operaciones de financiación garantizada sobre activos en un contexto internacional acusan apreciables dificultades añadidas a la propia complejidad de la transacción derivadas, de un lado, de la disparidad en el tratamiento jurídico y la propia concepción de las diversas fórmulas de garantías en el Derecho Comparado y, de otro, de las dificultades para su reconocimiento y eficacia asociadas a la inscripción en registros locales y el efecto inadecuado de las normas de conflicto basadas en la *res sitae*. Estos efectos obstaculizadores se agravan de forma particular en sectores intensivos en capital y fuertemente dependientes del crédito, donde los bienes, de alto valor económico, son además inherentemente móviles por su propia naturaleza y las operaciones son naturalmente transfronterizas. Por tal motivo, la iniciativa armonizadora de UNIDROIT acierta al decidir concentrar los esfuerzos de unificación normativa en varios sectores específicos (concretamente, aeronáutico, ferroviario y espacial, y, en proceso, minero, agrícola y de construcción) para poder atender sus concretas necesidades de financiación.

14. El Convenio debía pues lidiar con dos problemas. De un lado, armonizar soluciones y elaborar reglas uniformes ante la patente disparidad en el tratamiento jurídico y la propia concepción de las diversas fórmulas de garantías en el Derecho Comparado. De otro lado, gestionar esta divergencia de enfoques jurídicos en las operaciones transfronterizas en relación con bienes de equipo de inherente movilidad o débil conexión territorial (objetos aeronáuticos, material rodante ferroviario, equipo espacial). Para ello, se crea un concepto autónomo, unitario y funcional de garantía internacional¹⁴ para el que se establece un marco uniforme de sencillas reglas de prioridad, remedios para los casos de incumplimiento y medidas ante supuestos de insolvencia y se constituye un sistema registral propio para asegurar la oponibilidad a terceros e instrumentar el régimen de prioridad. Estas son las tres piezas clave del sistema: una pieza conceptual; una pieza sustantiva, y una pieza adjetiva o registral.

15. Primero, la creación de un concepto autónomo, unitario y funcional¹⁵ de “garantía internacional” que agrupa un conjunto de esquemas contractuales¹⁶ con función de garantía (garantías mobiliarias, ventas con reserva de dominio, arrendamientos) para los que establece un conjunto de reglas uniformes sobre constitución, medidas en caso de incumplimiento, efectos de las garantías en caso de insolvencia y prioridad. Por tanto, el Convenio se apoya en la construcción funcional de un concepto *sui generis* de “garantía internacional” que permite la aplicación de las reglas uniformes sobre constitución, efectos y prioridad a diversos esquemas contractuales con función de garantía sobre activos (*asset-based*): acuerdos de garantía, leasing, arrendamiento, o compraventa con reserva de dominio. La original fórmula de armonización empleada por el Convenio consistente en diseñar un concepto autónomo de garantía internacional de base funcional; es decir, un concepto que agrupa y trata unitariamente diferentes esquemas contractuales en virtud de la función común que desempeñan e independientemente de la forma jurídica que adoptan. Se prima así la “intención” y la “sustancia” sobre la “forma”¹⁷. El empleo de esta estrategia, denominada funcionalista, en el contexto de las legislaciones nacionales sobre garantías mobiliarias retoma un delicado debate entre tradiciones jurídicas en el Derecho Comparado que se puede condensar en el conflicto “funcionalismo *versus* formalismo”.

¹⁴ R. GOODE, “The International Interest as an Autonomous Property Interest”, *European Review of Private Law*, vol. 12, num.1, 2004, pp. 18-25.

¹⁵ T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “El concepto funcional de garantía en el Convenio de Ciudad del Cabo relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, 2012, fasc. IV, pp. 1605-1652.

¹⁶ A.M. GARRO, “El concepto genérico, global e integrado de «garantía mobiliaria»: perspectivas comparadas”, en Ch. LARROUMET (Ed.) *L'évolution des garanties mobilières dans les droits français et latino-américains*, Paris, Panthéon-Assas, 2016, pp. 87-99.

¹⁷ Con esta contraposición entre “forma” y “sustancia” se resume el debate, aún abierto, entre “funcionalismo” y “formalismo” al que nos referimos más adelante en este trabajo. M.G. BRIDGE; R.A. MACDONALD; R.L. SIMMONDS; C. WALSH, “Formalism, Functionalism, and Understanding the Law of Secured Transactions”, 44 *McGill Law Journal*, 1998-1999, pp. 567-664.

16. Segundo, por tanto, la formulación de un cuerpo de reglas sustantivas uniformes aplicables a las garantías internacionales sobre constitución, oponibilidad, prioridad, acciones del acreedor en caso de incumplimiento y tratamiento de la garantía en caso de insolvencia.

17. Tercero, el diseño de un Registro Internacional para cada categoría de objetos que permite la inscripción de las “garantías internacionales” (y otros derechos y situaciones inscribibles) para conferirles oponibilidad frente a terceros y articular las reglas de prioridad. Sintéticamente¹⁸ se puede describir el sistema registral de Ciudad del Cabo como un Registro electrónico de carácter internacional, estructurado mediante el sistema de folio real, para la inscripción no constitutiva de determinados derechos y garantías sobre determinadas categorías de bienes identificables de forma única con preferencia de rango ordenada por prioridad cronológica, con eficacia frente a terceros con independencia de la buena fe y a cargo de un Registrador “pasivo” que no lleva a cabo calificación registral; de consulta universal *on-line*, y sin aportación documental - *notice-filing* (o más precisamente modelo *notice registry* o *notice registration*¹⁹) -. En el estado actual de desarrollo del sistema de Ciudad del Cabo, el Registro Internacional para objetos aeronáuticos es el único en funcionamiento y se encuentra plenamente operativo. De hecho, la dependencia de las reglas sustantivas del Convenio/Protocolo del sistema registral exige una plena coordinación entre la entrada en vigor del Protocolo y la puesta en marcha del Registro correspondiente²⁰.

C) La sensibilidad a las tradiciones jurídicas y la cercanía al mercado garantizan su adaptabilidad

18. Finalmente, hay un tercer rasgo característico del Convenio que completa el diagnóstico de su adaptabilidad. Son algunos de los principios que vertebran el sistema uniforme y que inspiran la formulación, interpretación y aplicación de las soluciones²¹. En particular, la orientación y el sentido práctico de las disposiciones, el protagonismo de la autonomía de la voluntad, y la sensibilidad a las tradiciones jurídicas.

19. Las soluciones del Convenio están concebidas desde la observación del mercado y con una aportación sustancial de la industria en su valoración y formulación²². Durante la elaboración y poste-

¹⁸ Un estudio detallado del Registro Internacional en T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, *Las garantías mobiliarias sobre equipo aeronáutico en el comercio internacional. El Convenio de Ciudad del Cabo y su Protocolo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, en Capítulo II.

¹⁹ Precisa acertadamente R.C.C. CUMING, “Considerations in the design of an International Registry for Interests in Mobile Equipment”, *Uniform Law Review*, 1999-2, pp. 275-288, en p. 275 que el término *filing* pertenece a un escenario precisamente de aportación documental en el que se “archivan” los documentos presentados, mientras que en un entorno electrónico como el del Registro Internacional es más correcto emplear la expresión *registration* en la medida que el sistema registral se basa en “registros o anotaciones electrónicas”. En el particular caso del Registro Internacional para elementos de equipo aeronáuticos, es además un modelo *notice-based* dada la mínima información susceptible de inscripción registral.

²⁰ En la *Resolution No. 1 of the Luxembourg diplomatic Conference on 23 February 2007* se constituye una Comisión Preparatoria (*Preparatory Commission – Rail PrepCom*) para la puesta en funcionamiento del Registro Internacional para material rodante ferroviario. En 2014 se designa y concluye el acuerdo con Regulis SA (filial de SITA) para la gestión del registro.

En la *Resolution 1 relating to the setting up of the Preparatory Commission for the establishment of the International Registry for Space Assets*, Anexo II del Acta Final de la Conferencia Diplomática de Berlín, UNIDROIT 2012 – DCME – SP – Doc. 43, se fija un plazo de tres años desde la adopción del Protocolo el 9 de marzo de 2012 para la puesta en funcionamiento del sistema registral y la entrada en vigor del Protocolo espacial. En la sesión de diciembre de 2015, la Comisión Preparatoria (*Space PrepCom*) constituida con este objetivo finaliza la elaboración del Reglamento del Registro. En esta misma sesión se abordó la selección de la entidad encargada del registro y la designación de Autoridad de Supervisión.

²¹ No hay un catálogo de principios en el Convenio, pero de los fines enunciados en el preámbulo y de sus disposiciones se extrae un conjunto de principios que explica Sir Roy Goode en *Official Commentary. Revised Edition. Convention on International Interests in Mobile Equipment and Protocol Thereto on Matters Specific to Aircraft Equipment*, third edition, Roma: Unidroit, 2013, par. 2.17, p. 22.

²² El proceso de elaboración del Protocolo desde su inicio cuenta, en todo momento, con las aportaciones de la industria. Cada uno de los Protocolos se elabora en paralelo a la constitución de un Working Group que representa a la industria. Así, el Protocolo MAC, contó en todo momento con el impulso de la industria, representada por el *MAC Working Group*, y venía avalado por la experiencia en otros sectores, trasladada a la Comisión por el *Aviation Working Group*, el *Rail Working Group*, y el *International Registry* para equipo aeronáutico.

rior implementación de todos los Protocolos del Convenio de Ciudad del Cabo, la visión de la industria ha sido fundamental para asegurar que el Convenio y los Protocolos respondían de forma eficiente y adecuada a las necesidades del mercado, a las prácticas de financiación, y los requerimientos de cada sector. Para ello, se han ido constituyendo, en relación con cada Protocolo, un vehículo (denominado *Working Group*) que agrupa a los *stakeholders* del sector privado, coordina la respuesta de la industria, participa en la elaboración del Protocolo, y canaliza todas las opiniones del sector²³. Por tanto, con utilidad o sentido práctico, el Convenio se esfuerza en reflejar adecuadamente las necesidades reales y las características específicas de las operaciones de financiación garantizadas con activos y los contratos de arrendamiento con igual propósito, con un estilo pragmático que refuerza su capacidad adaptativa.

20. En coherencia con un contexto transaccional de relaciones transfronterizas, equipos de elevado valor o gran importancia económica, y operadores experimentados y debidamente asesorados, la autonomía de la voluntad tiene un marcado protagonismo en el sistema uniforme, lo que, con ciertos límites, deja igualmente vías abiertas de adecuación y modulación de las soluciones a los intereses de las partes.

21. Finalmente, y, sobre todo, el Convenio se construye sobre un equilibrio entre la sensibilidad a las diversas tradiciones legales nacionales, para facilitar su ratificación, y la aspiración de la máxima armonización posible, que requiere minimizar las desviaciones interpretativa y las excepciones nacionales y reforzar la unificación de las soluciones. Este complicado equilibrio se articula mediante una red de declaraciones bien definida en relación con las disposiciones donde la divergencia del Derecho Comparado era mayor y la unificación de las soluciones menos viable, y una sugerente fórmula “circular”²⁴ que impacta en cómo se opera en la práctica el concepto mismo de garantía internacional. En efecto, de acuerdo con el Artículo 2 del Convenio, el concepto de garantía internacional se diseña como un concepto paraguas que abarca garantías que derivan de diversos contratos (contrato constitutivo de garantía, contrato de venta con reserva de dominio, contrato de arrendamiento) y que, por tanto, puede recibir una diferente calificación según las tradiciones jurídicas (derecho de garantía mobiliaria, derecho de propiedad). La calificación de la garantía es relevante a los efectos de la determinación de los remedios que el acreedor puede ejecutar en caso de incumplimiento conforme a tales contratos se deja a la legislación nacional. El Convenio ofrece dos conjuntos de remedios cuyo ejercicio dependerá de cómo resulta calificado el acuerdo de garantía por la legislación nacional. Así, mientras que dos extensas disposiciones (Artículos 8 y 9) detallan las medidas aplicables al acreedor garantizado, una sucinta provisión (Artículo 10) condensa los sencillos remedios disponibles para el vendedor condicional o el arrendador. Esta diferente extensión de los artículos dedicados en cada caso refleja claramente que, en realidad, el vendedor condicional y el arrendador en la medida que sean tratados como propietarios, les corresponden las facultades absolutas propias de esta condición. Pero será el Derecho interno el que confirme o discrepe con esta ecuación y sus resultados. Por tanto, si la ley nacional aplicable califica el contrato con reserva de dominio como un contrato de garantía y equipara así la posición del vendedor condicional a la de un acreedor garantizado, se aplicarán las medidas establecidas en los artículos 8 y 9 y no las del artículo 10.

²³ A tal fin, se han creado:

- El *Aviation Working Group (AWG)* - <http://www.awg.aero/> - cuyos miembros son <http://www.awg.aero/inside-awg/members/>
- El *Rail Working Group (RWG)* - <https://www.railworkinggroup.org/> - del que la autora es miembro (<https://www.railworkinggroup.org/about-us/members/>).
- El *MAC Working Group (MACWG)* - <https://www.macwg.org/> que representa a asociaciones y empresas del sector: fabricantes, entidades de leasing y financieras, distribuidoras en los sectores de minería, agricultura y construcción.

Para impulsar la adopción de los Protocolos y posteriormente facilitar la implementación del instrumento internacional en aquellos Estados Contratantes que lo han ratificado, los *Working Groups* han diseñado una red de *National Contact Groups* para proporcionar información local, estar en contacto con la industria, actuar como facilitadores e identificar áreas de especial interés práctico para la industria.

²⁴ Una calificación que explico y expongo en otros trabajos previos. En particular, y como referencia, T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “The accession by Spain to the Cape Town Convention: a first assessment”, *Uniform Law Review - Revue de droit uniforme* 2014; DOI: <https://doi.org/10.1093/ulr/unu004>, pp. 1-23, en p. 18.

2. La necesidad de consistencia y las razones para la formulación de soluciones innovadoras en el Protocolo de Pretoria

22. Todas las razones anteriores avalan la adaptabilidad del sistema de Ciudad del Cabo y confirman su potencial expansivo para extender sus beneficios a otros sectores. Por ello, el punto de partida y el método con el que se trabajó en todo momento desde el *Study Group* fueron elaborar el Protocolo MAC siguiendo la estructura, la lógica y los principios de los protocolos previos (Aeronáutico²⁵, Espacial²⁶, y Ferroviario²⁷), y limitando así las desviaciones de las soluciones previas a aquellos casos que las especificidades de los sectores y de los objetos así lo han requerido.

23. El resultado de esta opción legislativa con la adopción del Protocolo de Pretoria ofrece, por tal motivo, un ilustrativo modelo de prueba para valorar la solidez de los principios del sistema de Ciudad del Cabo y la maleabilidad de sus principales soluciones. Pero, a la vez, ha implicado la superación de algunos desafíos que han requerido un esfuerzo creativo y de adaptación²⁸ del esquema del Convenio y los Protocolos previos, que se analizan con detalle a continuación (*infra* II y IV, en especial), y que se concentran esencialmente en tres grandes áreas.

24. El primero de los retos, fundamental para la conformación del texto normativo y crítico para el éxito del proyecto, era la delimitación del ámbito de aplicación objetivo. Encontrar la fórmula que de manera precisa y adecuada permitiera la determinación de las categorías de bienes sujetos al régimen uniforme e implementarla de forma que resultara previsible, clara y efectiva en su aplicación era una decisión básica, que presentó, sin embargo, una notable complejidad²⁹. La necesidad de idear un mecanismo adecuado de delimitación del ámbito de aplicación del texto internacional era clave para dotar de seguridad jurídica y previsibilidad a las partes contratantes en la negociación y conclusión de sus operaciones de financiación con garantía sobre activos; así como para los terceros interesados en verificar la existencia de una garantía internacional y su prioridad mediante consulta en el Registro Internacional.

25. Pero, además, la delimitación de los bienes susceptibles de quedar sujetos a las reglas del Protocolo tenía que asegurar una perfecta alineación con dos criterios que articulan la interacción del régimen internacional con la legislación nacional y con otros instrumentos uniformes. Primero, la expansión del ámbito de aplicación debe ser consistente con el Artículo 51 del Convenio que define la filosofía del sistema de Ciudad del Cabo conforme a las características de los bienes: movilidad, alto valor e identificación única. Segundo, esta concreción de las categorías de bienes implica, en realidad, una lógica de interacción del régimen internacional con la legislación doméstica y de compatibilidad con otros instrumentos armonizadores. En definitiva, la relación entre el sistema uniforme y la legislación nacional se basa en la identificación de aquellas operaciones de financiación para la adquisición y el uso de ciertas categorías de bienes en las que los problemas regulatorios, derivados de la inadecuación de la

²⁵ T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “Las operaciones internacionales de financiación garantizada sobre equipo aeronáutico: el Convenio de Ciudad del Cabo y su Protocolo”, en M. ALBA FERNÁNDEZ; A. FORTES MARTÍN (Dirs.), *Público y Privado en el Derecho Aeronáutico: Retos presentes y futuros*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 171-208.

²⁶ T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “La financiación garantizada para la adquisición y el uso de satélites y otros bienes de equipo espacial”, *Derecho de los Negocios*, núm. 265-266, noviembre 2012, pp. 21-47.

²⁷ T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “El Protocolo de Luxemburgo al Convenio de Ciudad del Cabo: financiación para uso y adquisición de material rodante ferroviario”, A-L CALVO CARAVACA; I. TIRADO MARTÍ (Eds.), *Unidroit y la Codificación Internacional de Derecho Privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 291-330.

²⁸ T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “Complexities arising from the expansion of the Cape Town Convention to other sectors: the MAC Protocol’s challenges and innovative solutions”, *Uniform Law Review*, Volume 23, Issue 2, June 2018, pp. 214-241.

²⁹ Dada la complejidad de esta cuestión se discutió con intensidad en los foros internacionales de expertos - H.D. GABRIEL, “The MAC Protocol: We Aren’t There Yet – How Far Do We Have To Go?”, *Cape Town Convention Journal*, Volume 4, Issue 1, 2015, pp. 67-75, en pp. 69 y 70, en particular – y se trató con mucha atención y cuidado en el *Study Group* para asegurar que la fórmula propuesta era la adecuada en su concepción y en su operativa – Ch.W.Jr. MOONEY, “The MAC Protocol: some comments and a challenge”, *Cape Town Convention Journal*, Volume 4, Issue 1, 2015, pp. 76-82, pp. 79 y 79, en concreto -.

lex situs, y económicos (sectores intensivos en capital, naturaleza cíclica, estructura competitiva, complejidad técnica, alto valor de los bienes)³⁰, se presentan con especial severidad y, por tanto, la necesidad de armonización resulta particularmente intensa y acuciante en un contexto naturalmente transfronterizo con una marcada divergencia entre los sistemas nacionales³¹. Este acuerdo de compatibilidad entre regímenes jurídicos es especialmente crítico porque el sistema de Ciudad del Cabo puede aplicarse no sólo a las típicas transacciones internacionales (con partes contratantes en diferentes países), sino también a transacciones que podrían ser calificadas tradicionalmente como puras operaciones domésticas o internas. Esto se logra con una interesante y original concepción de la “internacionalidad”, que se presume inherente a la movilidad, real o potencial, de los objetos a los que se aplica. Por ello, es especialmente crítica la adecuada definición de las categorías de bienes para legitimar la necesidad del régimen uniforme sobre la respuesta nacional.

26. Por otro lado, los criterios del alto valor y la movilidad, de un lado, y el carácter identificable de forma única de los equipos, de otro, facilitan además una relación de complementariedad entre el sistema de Ciudad del Cabo y otros instrumentos internacionales de armonización. Así, en particular, la Ley Modelo de CNUDMI sobre Garantías Mobiliarias, como referencia de un instrumento de armonización genuinamente internacional, prevé la coordinación con el sistema de Ciudad del Cabo en la implementación por los Estados de procesos de reforma o modernización de su legislación interna conforme a la Ley Modelo³². Los Estados podrán decidir (Artículo 1.3, letra e)³³ que la ley de garantías mobiliarias que adopten no se aplique a determinadas garantías mobiliarias por razón del objeto. Entre las exclusiones, la Ley Modelo se refiere a ciertos bienes sujetos a regímenes de garantía especiales y a un modelo registral de inscripción del objeto (*asset-based registration regimes*) que el Estado debería especificar de forma clara en la ley interna para articular la coordinación con estos regímenes especializados. Este

³⁰ Con respecto a la industria aeronáutica, A. SAUNDERS; A. SRINIVASAN; I. WALTER; J. WOOL, “The Economic Implications of International Secured Transactions Law Reform: A Case Study”, 20 *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 1999, pp. 309-352.

³¹ La actual heterogeneidad conceptual y normativa parece tener sus raíces en el siglo XIX de las figuras del Derecho Romano – W.J. ZWALZE, “A Labyrinth of Creditors: a short introduction to the history of security interests in goods”, en E.-M. KIENINGER, *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 38-53 -. Tal divergencia de actitudes se acentúa entre los sistemas del *common law*, que muestran una tendencia más orientada a los acreedores, y los del *civil law*, más propensos a atender las necesidades de los deudores – R. GOODE, “The Changing Nature of Security Interests”, en J.J. NORTON; M. ANDENAS (Ed.), *Emerging Financial Markets and Secured Transactions*, London, Kluwer Law International, 1998, pp. 1-4 -. Una incomprensión mutua que parte de la diversidad, casi incompatibilidad, de principios en materia de transmisión de la propiedad y se extiende a toda la disciplina de las garantías mobiliarias – U. DROBNIG, “Transfer of Property”, en A. HARTKAMP *et al.* (Ed.), *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, Kluwer Law International, 2004, pp. 725-740; U. DROBNIG, “A Comparative Introduction to Security over Movable and Intangibles”, en J.J. NORTON; M. ANDENAS (Ed.), *Emerging Financial Markets and Secured Transactions*, London, Kluwer Law International, 1998, pp. 5-13; y en la misma obra, P.R. WOOD, “World-wide Security-classification of Legal Jurisdictions”, pp. 39-47 -. Esta divergencia de principios puede sintetizarse en los siguientes juegos de variables: funcionalismo-formalismo, tipicidad-atipicidad de los derechos reales; principio de causalidad-principio de abstracción; prohibición o admisión del pacto comisorio; principio de publicidad-garantías ocultas.

³² En el mismo sentido, la Ley Modelo de la OEA sobre Garantías Mobiliarias facilita esta coordinación con el sistema de Ciudad del Cabo al prever regímenes especiales para ciertas categorías de objetos con un registro especializado. De modo que, si bien la implementación de la Ley Modelo regional no es un requisito previo para la adhesión al Convenio y sus Protocolos, su eventual adopción no sólo no dificulta, sino que, de hecho, asiste al Estado Contratante en la coordinación de los textos y facilita la operativa del instrumento internacional. J. FELIU REY y T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “La Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias en el contexto de la armonización internacional de las reglas relativas a las garantías reales sobre bienes muebles”, en D. MORÁN BOVIO (Dir.), *Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias: su implementación*, Madrid, Marcial Pons – OEA, 2020, pp. 31-42; J.M. WILSON, “Movable Equipment Financing in Latin America: Application of the OAS Model Law, the Cape Town Convention and the Luxembourg Rail Protocol”, *Unif. L. Rev.*, num. 12, 2007, pp. 473-487, en p. 479.

³³ Artículo 1.3 Ley Modelo:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1, la presente Ley no será aplicable a las garantías mobiliarias que graven:
(...)

e) Los demás tipos de bienes que indique el Estado promulgante, como los que estén sujetos a regímenes especiales de operaciones garantizadas e inscripción registral basada en los bienes con arreglo a otra ley, en la medida en que esa otra ley rijan las cuestiones previstas en la presente Ley”.

modelo registral basado en la inscripción del objeto es una referencia clara al sistema de Ciudad del Cabo, frente al modelo de inscripción del deudor que vertebra la Ley Modelo.

27. La Ley Modelo proporciona esencialmente un modelo normativo para la reforma o modernización de la legislación interna del Estado promulgante, mientras que el Convenio de Ciudad del Cabo responde a las necesidades de las operaciones internacionales de financiación. Sin embargo, la singular concepción de la internacionalidad en el Convenio que habilita la aplicación del texto uniforme a las transacciones puramente internas hace posible, en tal sentido, el solapamiento con la Ley Modelo, amplia y abarcadora en su ámbito de aplicación. El cumplimiento de los criterios materiales que articulan el sistema de Ciudad del Cabo resolvería el solapamiento con una solución de compatibilidad y coordinación de ámbitos de aplicación.

28. Se analiza a continuación (*infra* III) con detenimiento la fórmula elegida, pragmática y original, para delimitar el ámbito de aplicación objetivo del Protocolo de Pretoria mediante el recurso al Sistema Armonizado (*Harmonized Commodity Description and Coding System*, en adelante, HS) desarrollado por la Organización Mundial de Aduanas (OMA/WCO) para clasificar todos los productos y mercancías en el comercio internacional. De este modo, se asegura un cumplimiento indirecto de los criterios de movilidad, alto valor e identificabilidad de los equipos, se parte de la relevancia real de los bienes seleccionados en las operaciones internacionales de financiación en las diversas industrias, y se evitan criterios subjetivos o inciertos como el destino previsto o actual de los bienes o su uso, efectivo o potencial, en la minería, la agricultura y la construcción.

29. El segundo de los desafíos que la extensión del sistema de Ciudad del Cabo a los sectores minero, agrícola y de construcción planteó desde el inicio del proceso de concepción y elaboración del Protocolo MAC derivaba de la posible, y mucho más extendida, intensa y frecuente que en los sectores previamente abordados (aéreo, ferroviario, espacial), conexión, fijación, incorporación o, de cualquier otro modo, asociación de los bienes de equipo (minero, agrícola o de construcción) con bienes inmuebles. Más allá de constatar esta asociación puramente fáctica, la dificultad naturalmente deriva de las implicaciones que esta conexión, física o funcional, permanente o temporal, puede tener, de acuerdo con el dispar tratamiento de las legislaciones nacionales, tanto en la calificación misma del equipo como bien mueble, como en la existencia o la prioridad de la garantía constituida sobre el bien al incorporarse a la propiedad inmueble. Por ello, el Protocolo de Pretoria ha tenido que abordar una cuestión nueva, inexistente porque carecería de relevancia empírica en los Protocolos previos, pero que ha requerido atención y soluciones propias e innovadoras con la expansión del sistema de Ciudad del Cabo a los sectores minero, agrícola y de construcción. Así, el Artículo VII del Protocolo de Pretoria representa, bajo un formato opcional con tres alternativas de declaración obligatoria por los Estados, la respuesta del instrumento internacional a esta compleja situación jurídica derivada de la asociación de un equipo minero, agrícola o de construcción con un bien inmueble (*infra* V).

30. El tercero de los retos a los que la elaboración del Protocolo de Pretoria tuvo que enfrentarse constituye también una desviación de los Protocolos previos. La diferente naturaleza de los bienes, no solo por su uso industrial más habitual, también significa diversas prácticas de financiación y diferentes situaciones transaccionales que pueden requerir soluciones propias e innovadoras. A diferencia de los bienes de equipo aeronáutico, espacial y ferroviario, los bienes mineros, agrícolas y de construcción pueden, con mucha más frecuencia, financiarse como parte del inventario de un distribuidor, concesionario o intermediario que ofrece al público el alquiler, la adquisición u otras formas de uso de los bienes en el ejercicio normal de su actividad. De esta constatación práctica de la industria, derivó de inmediato una doble problemática que fue objeto de amplio e intenso debate hasta la decisión finalmente adoptada en la Conferencia Diplomática.

31. De un lado, la habitual financiación global de un inventario casa con dificultad con la lógica del sistema de Ciudad del Cabo que requiere la identificación única del bien, su inscripción en el Registro

internacional, con un formato de folio real, y, por tanto, la modificación continua del registro conforme a la rotación del inventario en el curso normal del negocio del intermediario. De otro lado, la adquisición o el alquiler del bien por parte del tercero a través de un intermediario (comercio abierto al público) unido a la posible presencia en estas industrias de operadores adquirentes menos sofisticados que el sector aeronáutico, en el espacial o en el ferroviario. Por este motivo, algunas delegaciones plantearon la consistencia entre las reglas de prioridad que vertebran el sistema de Ciudad del Cabo con una eventual necesidad de protección de la posición de estos terceros adquirentes o arrendatarios de bienes distribuidos o puestos a disposición por un distribuidor o intermediario al público en el curso normal de su actividad empresarial.

32. El tratamiento de estas cuestiones fue compleja y se discutió con intensidad durante las sesiones del Comité de Expertos Gubernamentales y nuevamente durante la Conferencia Diplomática con varias opciones bajo consideración de las delegaciones. El proceso de deliberación de las alternativas posibles y la decisión final que se decantó tras las negociaciones son un ilustrativo reflejo del complejo esfuerzo por mantener la lógica del sistema de Ciudad del Cabo ante escenarios transaccionales propios de los sectores cubiertos por el nuevo Protocolo de Pretoria. El Artículo XII en su versión definitiva condensa el acuerdo final para alcanzar este buscado equilibrio (*infra* V).

33. Estos son los ejes sobre los que de forma más clara y evidente el Protocolo de Pretoria se tiene que desviar del sólido edificio conceptual y de principios que asienta el sistema de Ciudad del Cabo y proyecta sobre los tres Protocolos previos³⁴. Hay otros ajustes interesantes, de corte formal pero también sustancial, que se llevan a cabo en el Protocolo de Pretoria para asegurar su acomodación a las prácticas de financiación en la industria, las características de los bienes y la estructura del mercado en los tres sectores objeto de atención. Con las innovaciones más visibles y otros ajustes menos perceptibles, pero de indudable interés, el nuevo Protocolo se integra con éxito en el cuerpo de normas del sistema de Ciudad del Cabo respetando el resto de disposiciones y alineándose plenamente con sus conceptos clave y sus principios fundamentales (*infra* IV).

III. El ámbito de aplicación del Protocolo de Pretoria

34. El ámbito de aplicación del Protocolo de Pretoria viene determinado, primero, por las reglas generales del Convenio que fijan los factores de conexión y describen los criterios generales de aplicación para todas las categorías de objetos y, segundo, por los criterios específicos de definición del objeto para cada categoría de elementos de equipo establecidos en el correspondiente Protocolo. Las particularidades de cada sector han requerido la implementación de fórmulas diversas de delimitación del ámbito objetivo y de descripción de los objetos a los que se aplica el régimen uniforme. El Protocolo de Pretoria ha adoptado un fórmula especialmente novedosa y singular ante las dificultades de describir los bienes de equipo en estos sectores con otras fórmulas que garantizaran el cumplimiento de los criterios de movilidad, alto valor e identificación única.

35. De conformidad con el Convenio (Artículo 2), el Protocolo de Pretoria se aplica a las garantías internacionales constituidas sobre alguna de las categorías de bienes definidas en el Protocolo en virtud de un contrato de garantía, un contrato de arrendamiento (*leasing*) o un contrato de compraventa con reserva de dominio, si el deudor está situado en un Estado Contratante (Artículo 3). Por tanto, la aplicación del Protocolo pivota sobre la situación del deudor, siendo irrelevante la localización del bien gravado (*infra* 2), el tipo de acuerdo constitutivo de la garantía internacional y la pertenencia del bien a alguna de las categorías de los bienes sujetos al régimen uniforme (*infra* 3 y 4). No hay referencia alguna a un criterio de internacionalidad expreso ni independiente como factor de aplicación (*infra* 1).

³⁴ B. VON BODUNGEN; O. BÖGER, "The Draft MAC Protocol to the UNIDROIT Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment: A New International Regime for Security Interests in Mining, Agricultural and Construction (MAC) Equipment", *Uniform Commercial Code Law Journal*, vol. 45, 2019, pp. 45-122.

36. Desde el punto de vista del ámbito de aplicación temporal, el Convenio no se aplica a los derechos y garantías preexistentes, conservando la prioridad que tuvieran según la ley aplicable, constituidos con anterioridad a la fecha en que tenga efecto el Convenio que es la fecha más tardía de entre las dos siguientes: la entrada en vigor del Convenio y la incorporación como Estado Contratante del Estado donde el deudor esté situado. Sin embargo, en este punto, el Convenio articula una solución de Derecho transitorio sujeta a la declaración de los Estados Contratantes. De acuerdo con el Artículo 60, mediante la oportuna declaración, un Estado Contratante puede fijar una fecha (tras el transcurso de al menos 3 años desde que tenga efecto la declaración) a partir de la cual, a los efectos exclusivamente de prioridad, el Convenio y el Protocolo resulten aplicables a los derechos y garantías preexistentes. Lo anterior se producirá en la medida y en la forma especificadas en la declaración y sólo en relación con los derechos y garantías preexistentes nacidas de un contrato celebrado por el deudor mientras que éste estuviera situado en el Estado que formula la declaración. Por tanto, el titular de un derecho previo a la fecha en que tenga efecto el Convenio cubierto por tal declaración, dispondrá de un plazo de al menos tres años para inscribir su derecho en el Registro Internacional ganando así prioridad sobre los derechos o garantías ulteriores, si bien convendría que la declaración previera que, en relación con los derechos e intereses previos, mantendrá su prioridad pre-Convenio³⁵. El recurso a esta declaración por los Estados Contratantes ha sido limitadísimo y muy infrecuente, prácticamente anecdótico³⁶.

1. El criterio de internacionalidad y las transacciones internas

37. La postura adoptada en el sistema de Ciudad del Cabo para abordar la cuestión de la internacionalidad se articula con una solución original y pragmática que se encuentra, de hecho, en el origen de la necesidad de establecer un marco uniforme para los elementos de equipo móvil. Así, a diferencia de otros instrumentos internacionales, el Convenio no trata el carácter internacional de forma separada ni expresa, sino que lo presume inherente a la movilidad, real o potencial, de los objetos a los que se aplica. Esta aproximación a la internacionalidad ataca directamente la raíz de la dificultad regulatoria de las operaciones de financiación garantizada sobre elementos naturalmente móviles, con respecto a los cuales la *lex res sitae* resulta inadecuada o inoperante.

38. El efecto derivado de esta decisión de política legislativa es que el Convenio se aplica tanto a operaciones internacionales como a transacciones puramente internas, en las que todas las partes y el objeto afectado estén situados en el mismo Estado Contratante en el momento de conclusión del acuerdo. El objeto puede variar su localización posteriormente, dotando a la operación de carácter transfronterizo, o permanecer en el Estado originario, manteniendo su ámbito nacional, y, en todo caso, puede hacerlo sin conocimiento del acreedor. O incluso, una transacción internacional puede derivar de una transacción previa originalmente interna (un sub-leasing que provenga de una operación previa de leasing nacional)³⁷. Todas estas vicisitudes resultan, en el esquema original del Convenio, irrelevantes, de modo que el instrumento internacional se aplica en todo caso por razón del objeto y el acuerdo de garantía.

39. No obstante, para atender la oposición de algunos Estados expresada durante las negociaciones a renunciar totalmente a la aplicación del Derecho interno a operaciones puramente nacionales,

³⁵ La cesión de un derecho preexistente o la adquisición por subrogación tras la fecha en la que tenga efecto el Convenio no afecta a su tratamiento como derecho preexistente, pues no crean una nueva garantía internacional, sino que tan sólo transfieren el derecho preexistente manteniendo la fecha de constitución del mismo. Si quedan cubiertos por la declaración, se aplicarán entonces los efectos descritos que, insistimos, afectan sólo a la prioridad y no suponen la aplicación de otras disposiciones del Convenio. Si las partes, por el contrario, decidieran reemplazar el acuerdo pre-Convenio por uno nuevo, concluido tras la entrada en vigor del Convenio, o incluso recurrieran a la novación del contrato previo, nace entonces una garantía internacional que se rige por el Convenio en todas sus disposiciones, pero el acreedor pierde su prioridad pre-Convenio con respecto a los derechos y garantías anteriores.

³⁶ Con fecha 4 de septiembre de 2020, únicamente 3 Estados de los 81 Estados Contratantes en esta fecha han realizado una declaración conforme al Artículo 60 (Canadá, Ghana y México).

³⁷ R. GOODE, *Official Commentary, third edition, op.cit.*, p. 145 y par. 4.318, p. 397.

se ha arbitrado en el Convenio una solución de compromiso en el catálogo de declaraciones. Así, un Estado podrá emitir una declaración, en el momento mismo de ratificación, aceptación, adhesión o aprobación (Artículo 50 del Convenio) al Protocolo o en un momento cualquiera posterior (Artículo 57 del Convenio), por la que el Convenio no se aplique a una transacción que es una transacción interna con respecto a ese Estado y en relación con todos los tipos de objetos o algunos de ellos. Esta declaración de inaplicación no tiene, sin embargo, más que un efecto limitado. De un lado, porque si bien una garantía nacional no puede ser a todos los efectos una garantía internacional, le resultan, en todo caso, de aplicación los Artículos 8 (4), 9 (1), 16, 29 y todas las provisiones aplicables a garantías o derechos inscritos (Capítulo V, en particular, y además Artículos 30, 35 (1) o 40 del Convenio). De otro lado, porque sólo si la garantía creada o provista por una transacción interna – tal y como es definida en el Artículo 1 (n) del Convenio – está además inscrita en un registro nacional³⁸ – definición de garantía nacional según el Artículo 1 (r) del Convenio –, resulta efectiva la declaración, para no distorsionar la estructura registral y de prioridad del Convenio. En efecto, las garantías nacionales pueden protegerse, resultándoles de aplicación las reglas de prioridad del Convenio como si de garantías internacionales se tratara, mediante la inscripción de un aviso de garantía nacional (Artículo 1 (t) del Convenio) en el Registro Internacional.

40. Por tanto, una “garantía nacional” requiere la concurrencia de tres requisitos: que en el momento en que se celebra el contrato todos los intereses de las partes y el objeto estén localizados en un mismo Estado; que la garantía se haya inscrito en un registro nacional de ese mismo Estado; y que tal Estado haya emitido oportunamente la declaración al respecto del Artículo 50³⁹. Si no se satisface alguno de estos elementos, el Convenio resultará aplicable íntegramente a la transacción y a la garantía por ella creada o provista⁴⁰.

41. El requisito cuya determinación resulta más compleja y delicada es, sin duda, el de la localización del objeto. El Convenio ya había logrado eludir esta cuestión con su original fórmula de internacionalidad y, de hecho, en este punto remite a los Protocolos la determinación de los criterios para establecer la situación del objeto en un Estado a los efectos de calificar la transacción como puramente interna.

42. En lo que se refiere a los objetos aeronáuticos, el Artículo IV (2) establece los factores específicos de conexión a los efectos de la calificación de una “transacción interna”. Dada la variedad de objetos aeronáuticos cubiertos por el Protocolo y su diverso tratamiento registral en las jurisdicciones nacionales, se prevén tres criterios especiales de localización: el Estado de matrícula de la aeronave de la cual es parte para determinar la localización de una célula de aeronave o de un motor de aeronave instalado, pues ambos objetos carecen de matrícula propia y separada; el lugar donde está físicamente situado para determinar la ubicación de un motor de aeronave no instalado y, por tanto, al que no podemos aplicar el criterio anterior; el Estado de su matrícula para situar un helicóptero, pues es objeto de matriculación propia.

43. El Protocolo Ferroviario diseña una fórmula específica y adaptada a las particularidades del material rodante para determinar el criterio de localización que define las transacciones internas. Así, de conformidad con el Artículo XXIX.2⁴¹, a los efectos de una declaración bajo el Artículo 50 del Convenio

³⁸ La rigurosidad interpretativa de este requisito de la inscripción previa es tal que resulta indiferente que la falta de inscripción se deba al hecho de que la garantía en cuestión no es inscribible bajo el Derecho nacional aplicable, el Estado Contratante carezca incluso de registro o la persona legitimada no haya efectuado simplemente la inscripción.

³⁹ Como referencia, de los 81 Estados Contratantes (más una Organización Regional de Integración Económica) en la fecha de la última consulta tan sólo 5 Estados habían depositado una declaración de acuerdo con el Artículo 50 del Convenio (China, Méjico, Panamá, Turquía y Ucrania). Disponible toda la información actualizada en <http://www.unidroit.org/status-2001capetown> (última consulta 4/9/2020).

⁴⁰ R. GOODE, *Official Commentary, third edition, op.cit.*, pars. 2.246-2.247, pp. 145-146.

⁴¹ Artículo XXIX.2 Protocolo Ferroviario:

“For the purposes of Article 50(1) of the Convention, an “internal transaction” shall also mean, in relation to railway rolling stock, a transaction of a type listed in Article 2(2)(a) to (c) of the Convention where the relevant railway rolling stock is only capable, in its normal course of use, of being operated on a single railway system within the Contracting State concerned, because of track gauge or other elements of the design of such railway rolling stock.”

habrá de entenderse como transacción interna aquella relativa a un objeto (material rodante ferroviario) que, en su uso normal, sólo pueda operar sobre un sistema ferroviario específico en el Estado que realiza la declaración por razón del ancho de vía u otros elementos de diseño del equipo.

44. En el caso de los bienes de equipo espacial, la determinación de los criterios para considerar que un bien de equipo espacial está situado en un Estado resulta especialmente compleja y ha de tener en cuenta dos consideraciones particulares. De un lado, el hecho de que los bienes de equipo espacial pueden encontrarse en diversas fases operativas y de explotación, desde la fase terrestre y pre-lanzamiento a la orbital. Mientras que cuando el dispositivo se encuentra en tierra, no hay problema alguno para determinar su situación física, en el resto de fases de lanzamiento y puesta en órbita es preciso articular criterios específicos. De otro lado, la consideración de que el caso de los satélites y otros dispositivos espaciales no se produce, en realidad, un efecto transfronterizo sino un auténtico efecto de a-nacionalidad o a-territorialidad. El Protocolo opta por el criterio del registro para determinar la situación del bien de equipo espacial para los fines de calificar la transacción como nacional o puramente interna. De modo que, según el Artículo I.3 se entenderá localizado en el Estado Contratante que registra el bien de equipo espacial, o en cuyo registro el bien es inscrito, como “objeto espacial” a los fines de algunos de los instrumentos internacionales de Derecho Espacial⁴².

45. En el Protocolo de Pretoria no se contiene una regla específica para determinar la localización del objeto a los efectos de la calificación de una transacción como transacción interna. Considerando las categorías de bienes cubiertos por este cuarto Protocolo, la determinación de la situación del objeto no plantea dificultades especiales ni requiere un tratamiento diferente al del motor no instalado, bajo el Protocolo Aeronáutico. Por tanto, será la ubicación física del equipo la que determine su localización. De hecho, como luego se verá, se han hecho todos los esfuerzos por evitar que la situación de los bienes sea tratada como factor de conexión relevante en el Protocolo de Pretoria. Esta posibilidad había reaparecido en el proceso legislativo con ocasión de la redacción de las disposiciones aplicables a la financiación de inventario. Se valoraba la conveniencia de que fuera la ubicación del inventario el criterio relevante para la aplicación de la declaración de un Estado Contratante que excluyera las reglas del Protocolo. Así, tras un interesante e intenso debate en la Conferencia Diplomática, se eludió la situación del inventario y se acordó el uso del criterio general de conexión del Convenio que es el domicilio del deudor.

2. El domicilio del deudor y la irrelevancia de la situación del bien

46. El Convenio suple la determinación de criterios de internacionalidad con la asunción de una naturaleza inherentemente móvil de los objetos. De esta movilidad, efectiva, potencial, o simplemente asumida, de los objetos resulta la consecuente inadecuación de la *lex res sitae*⁴³ como regla de conflicto. Por tanto, el Convenio adopta como factor de conexión general la situación del deudor en un Estado Contratante en el momento de la celebración del contrato⁴⁴.

⁴² En particular:

- i) el Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, firmado en Londres, Moscú y Washington D.C. el 27 de febrero de 1967;
- ii) el Convenio sobre el registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre, firmado en Nueva York el 14 de enero de 1975; o
- iii) la Resolución 1721 (XVI) B de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1961”.

⁴³ Cuando la naturaleza de los bienes es tendencialmente móvil, “it is no solution to say that the *lex situs* governs: we require to know which *lex situs* to apply” – J.H.C. MORRIS, “The Transfer of Chattels in the Conflict of Law”, 22 *British Yearbook of International Law*, 1945, pp. 232-248, cita en p. 233 -. Los resultados de esta “movilidad” reguladora no son en absoluto satisfactorios, T.J.R. SCHILLING, “Some European decisions on non-possessory security rights in Private International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, num. 34, 1985, pp. 87-114.

⁴⁴ La situación del deudor es el factor general y común de conexión para todos los Protocolos. No obstante, el Protocolo Aeronáutico añade un factor de conexión adicional para ampliar la esfera de aplicación del Convenio en relación con los ob-

47. El domicilio o la situación del acreedor, la situación del objeto, u otras circunstancias de la transacción son irrelevantes para la determinación de la aplicación del Convenio si el deudor está situado en un Estado Contratante en el momento de la celebración del contrato. Por lo que también sería irrelevante para la aplicación del Convenio si la situación del deudor variara en un momento ulterior o fuera diferente en un momento previo a la celebración del contrato de garantía. A los efectos de determinar el lugar en el que está situado el deudor, el Artículo 4 del Convenio ofrece cuatro alternativas: la ley bajo la que se haya constituido o formado, el lugar de su sede social o estatutaria, el lugar donde tenga su administración central o el lugar en el que esté situado su establecimiento comercial principal, si tiene varios, o, en su defecto, su residencia habitual. Si conforme a cualquiera de estos criterios, se considera que el deudor está situado en un Estado Contratante, se aplica el Convenio con respecto a la categoría de bienes que corresponda.

48. Salvo los casos previamente referidos en el que la situación del bien es pertinente para determinar la concurrencia de los requisitos que permiten calificar una transacción como puramente interna, el criterio de la localización del objeto trata de evitarse en todo lo posible porque, de algún modo, contradice de lleno la filosofía del sistema de Ciudad del Cabo de superación de la *lex res sitae* como inadecuada e impracticable ante bienes de equipo naturalmente móviles.

49. No obstante lo anterior, la situación del objeto es también relevante para la aplicación de un reducido número de disposiciones del Convenio y el Protocolo correspondiente. En algunos supuestos, los textos uniformes se remiten a la jurisdicción nacional competente y para determinarla se recurre al criterio de la ubicación del objeto. En particular, en lo que se refiere a los bienes de equipo espacial, la aplicación del Artículo 43.1 del Convenio, sobre adopción de medidas provisionales⁴⁵, y del Artículo XXII del Protocolo, sobre asistencia entre jurisdicciones en casos de insolvencia, dependen del Estado contratante donde se encuentre localizado el bien. Cuando el dispositivo no está en tierra, se considerará que este Estado Contratante es alguno de los siguientes: el Estado Contratante que haya registrado el objeto espacial (según nos hemos referido anteriormente conforme al Artículo I.3); el Estado Contratante que haya emitido la licencia que permite operar el bien de equipo espacial; o el Estado Contratante en el que se encuentre el centro de la misión de control de tal dispositivo. No hay en el Protocolo ni una regla de prioridad entre las jurisdicciones potencialmente competentes ni criterios para resolver un posible conflicto.

50. El Protocolo de Pretoria ofrece también otro interesante caso en el que la situación del objeto es relevante para la determinación de la ley aplicable. El Artículo VII, desde la versión del instrumento discutida en la primera sesión del Comité de Expertos Gubernamentales⁴⁶, regula los efectos de la aso-

jetos aeronáuticos (Art. II (2) del Protocolo). Sin perjuicio de los casos en los que resulte de aplicación el Convenio en virtud de la situación del deudor, además se aplicará en relación con un helicóptero o con una célula de aeronave perteneciente a una aeronave, inscritos en el registro de aeronaves de un Estado, denominado el Estado de matrícula, que sea un Estado Contratante. Es un criterio adicional y alternativo, pero no un requisito necesario y cumulativo en el caso de objetos aeronáuticos, es decir, si el deudor está situado en un Estado Contratante, no es relevante que el Estado de Registro no sea un Estado Contratante (y a la inversa) – M. DESCHAMPS, Michel, “Les règles de priorité de la Convention et du Protocole du Cap”, *Rev.Dr.Unif./ Unif.L.Rev.*, 2002-1, pp. 17-48, en p. 20 -. Naturalmente este factor de conexión alternativo (Estado de matrícula) no resulta aplicable a los motores de aeronaves pues estos no son susceptibles de inscripción o matrícula en los referidos Registros. Por tanto, puesto que la ubicación real del motor es irrelevante, la regla general de la situación del deudor en un Estado contratante será la que única que pueda determinar la aplicación del Convenio en conjunción con el Protocolo Aeronáutico

⁴⁵ Artículo 43.1 del Convenio:

“Los tribunales de un Estado contratante elegidos por las partes y los tribunales del Estado contratante en cuyo territorio está situado el objeto tienen jurisdicción para ordenar medidas en virtud de los apartados a), b) y c) del párrafo 1 del Artículo 13 y del párrafo 4 del Artículo 13 respecto a dicho objeto.”

Las medidas del Artículo 13 a las que se refiere esta disposición son:

- a) la conservación del objeto y su valor;
- b) la posesión, el control o la custodia del objeto;
- c) la inmovilización del objeto;

y cualquier otra medida provisional que pueda ser ordenada, aplicándose todas ellas de manera comercialmente razonable (Artículo 8.3 del Convenio).

⁴⁶ Study 72K – CGE1 – Doc. 2 corr., disponibles en <http://www.unidroit.org/english/documents/2017/study72k/cge01/s-72k-cge01-02corr-e.pdf>.

ciación de un objeto (bien de equipo agrícola, minero o de construcción) con un inmueble por razón de su instalación, incorporación, uso, función o destino -. El tratamiento de estas situaciones de asociación o relación estrecha, física o funcional, entre el bien mueble y el bien inmueble, en las diversas jurisdicciones es notablemente dispar tanto en los criterios para su calificación, como en las consecuencias jurídicas⁴⁷. Por ello, el *Study Group* propuso que el Artículo VII se articulara como una disposición alternativa que contemplara tres diversas soluciones para que los Estados optaran mediante una declaración en el momento de ratificación, adhesión, aceptación o aprobación del Protocolo. Tanto la aplicación de la declaración efectuada por cada Estado como las consecuencias previstas bajo cada uno de las alternativas que la disposición ofrece tienen como punto de conexión la situación el objeto que ha devenido un bien de equipo asociado a un inmueble y que es, naturalmente, la ubicación del bien inmueble.

51. Precisamente esta política de elusión del criterio de localización del bien como factor relevante en el sistema de Ciudad del Cabo permitió resolver un largo debate, ya referido, que se extendió incluso durante las sesiones de la Conferencia Diplomática, sobre cuál debía ser el factor de conexión para la aplicación del régimen opcional sobre la financiación de inventario. Se discutió la conveniencia de recurrir al lugar en el que se encuentra el inventario para determinar la aplicación del Artículo XII y la declaración, en su caso, del Estado Contratante en este sentido. Si bien volveremos más adelante (*infra* V) y con más profundidad a esta disposición, interesa aquí avanzar el debate abierto sobre si el factor de conexión para la aplicación de la declaración de exclusión de un Estado debía ser la ubicación del inventario (*lex res sitae*) o la situación del deudor. Primó la insistencia en la necesidad de mantener un factor de conexión consistente con el sistema de Ciudad del Cabo que se fundamenta en la situación del deudor, pues, de hecho, es una respuesta ante la inoperancia de la *res sitae* en equipos móviles. La ubicación del inventario es además un criterio que puede ser cambiante, difícil de determinar (en tránsito), ajeno totalmente a los elementos de la transacción, o inconsistente con las modernas prácticas comerciales (centros logísticos o de almacenaje en país tercero). Por ello, se acordó finalmente, el empleo de la situación del deudor como criterio único. De entre los criterios del Artículo 4 del Convenio, se optó por elegir únicamente uno de ellos: el establecimiento principal del deudor.

3. La singular fórmula de delimitación del ámbito de aplicación objetivo en el Protocolo de Pretoria: los bienes mineros, agrícolas y de construcción

52. La elaboración de un cuarto Protocolo que extendería el Convenio de Ciudad del Cabo, bajo la habilitación del Artículo 51, a categorías de nuevos elementos de equipo móvil no previstos inicialmente en el Artículo 2.3 del Convenio, ha tenido que enfrentarse desde el momento inicial a las dificultades que la delimitación del ámbito de aplicación planteaba en estos sectores. A lo largo del todo el proceso de redacción y negociación, surgieron sistemáticamente dudas⁴⁸ sobre cómo identificar en los sectores de la minería, la agricultura y la construcción aquellos equipos que responden a los criterios de delimitación material que vertebran el sistema de Ciudad del Cabo. Además, también se debía valorar la idoneidad de la opción de elaborar un único Protocolo que cubriera tres sectores y cómo articular la adhesión de los Estados aun instrumento multisectorial.

53. El Protocolo MAC resulta un componente particularmente singular y complejo en el sistema de Ciudad del Cabo y ofrece interesantes e innovadoras soluciones para resolver la delicada cuestión del

⁴⁷ Sobre esta cuestión y el impacto creciente en la armonización de las normas sobre garantías mobiliarias, T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, "Right of Accession, Ownership of Property, and Extension of Security Interests: Concepts, Conflicts, and Rules", *Philippines Journal of Legal Education*, vol. III, 2016, pp. 1-30. El trabajo concluye que la cada vez más visible colisión entre derechos de garantía sobre bienes muebles, sujetos a reglas uniformes, y la dispar regulación de las garantías sobre bienes inmuebles pone de manifiesto la necesidad de plantear iniciativas para el progresivo acercamiento de las normas nacionales sobre garantías sobre inmuebles.

⁴⁸ UNIDROIT 2006 – C.D. (85) 19, p. 10; UNIDROIT 2009 – C.D. (88) 17, pars. 143 – 147; UNIDROIT 2010 – C.D. (89) 17; pars 33 – 3.7; UNIDROIT 2011 – C.D. (90) 18, pars. 68 – 70; UNIDROIT 2012 – C.D. (91) 15, pars 46 – 47; UNIDROIT 2013 – C.D. (92) 17, pars. 44 – 48; UNIDROIT 2014 – C.D. (93) 14, pars. 34 – 38.

ámbito de aplicación tanto en su perspectiva externa – la extensión a tres sectores –, como en su perspectiva interna – la elección de factores adecuados para la delimitación material de la esfera de aplicación -⁴⁹.

A) La decisión de adoptar un único Protocolo para tres sectores

54. La decisión de elaborar un Protocolo conjunto para los tres sectores debía tener en cuenta ciertas consideraciones. De un lado, de tipo técnico, la conveniencia de tratar en el mismo instrumento tres sectores tan diferentes y la viabilidad de un texto único capaz de coordinar eficazmente reglas adecuadas para cada categoría de objetos. De otro lado, de corte político, los diversos intereses que los Estados podrían tener en relación con cada uno de los sectores según el modelo económico, los colectivos afectados, o razones estratégicas o sociales⁵⁰.

55. Para atender estas consideraciones y lograr así el máximo consenso entre los Estados, se implementa la decisión unitaria, pero con una fórmula de flexibilidad. El Protocolo cubre de forma unitaria y conjunta los tres sectores, pero los Estados podrán en el momento de acceso, aprobación, adhesión o ratificación optar por su aplicación a la totalidad o parcialmente a una o dos de las categorías de bienes y seleccionar cuáles (Art. II.3). De igual modo, en un momento ulterior, un Estado Contratante podrá denunciar la aplicación del Protocolo, no sólo en su integridad, sino sólo con respecto a una o dos de las categorías cubiertas y previamente aceptadas en la ratificación (Art. XXXI). Esta flexibilidad, sin embargo, no penetra en todo el articulado del texto, pues las declaraciones que los Estados realicen de conformidad con el Convenio y el Protocolo (Art. XXVI) se aplicarán a todos los equipos a los que, en cada Estado, el Protocolo resulte de aplicación. Es decir, en los casos en los que el texto permite a los Estados realizar una declaración para la aplicación o exclusión de una disposición (*opt-in* u *opt-out*) o elegir entre las alternativas que los Artículos VII y X ofrecen, tal decisión no podrá ser diferente para las diversas categorías de bienes⁵¹. Como se explica a continuación, dada la peculiar fórmula elegida para delimitar el ámbito de aplicación, permitir a los Estados la realización de diferentes declaraciones o alternativas según la categoría de bienes no es adecuado porque genera dificultades en la aplicación y provoca el solapamiento entre las diversas categorías. Con similar razonamiento, aunque se consideró inicialmente por el *Study Group* esta posibilidad, se opta por no contemplar una entrada en vigor diferenciada para cada uno de los Anexos por la complejidad que esta fórmula entrañaría. Una vez que el Protocolo de Pretoria entra en vigor, lo hace con respecto a los tres sectores y en relación con las categorías de bienes contemplados en los tres Anexos, sin distinguir, en su caso, si los Estados Contratantes han ratificado todos los Anexos o sólo uno o dos de ellos.

56. Confirmada la decisión de mantener un Protocolo único para los tres sectores, una de las tareas más complejas que la elaboración del instrumento ha debido resolver es el diseño de una fórmula adecuada para delimitar el ámbito de aplicación.

B) El recurso al Sistema Armonizado de la Organización Mundial de Aduanas para la delimitación de las categorías de bienes

57. En la delimitación del ámbito de aplicación era preciso conciliar dos intereses que pueden actuar en la práctica en sentido contrario. De un lado, la necesidad de mantener la lógica del sistema de

⁴⁹ C.W. MOONEY; M. DUBOVEC; W. BRYDIE-WATSON, “The Mining, Agricultural and Construction Equipment Protocol to the Cape Town Convention Project: The Current Status”, *Unif. L. Rev.*, num. 21(2-3), 2016, pp. 332-360.

⁵⁰ La consulta realizada a los Estados en 2008 recogió opiniones diversas y contrarias sobre la conveniencia de separar el proyecto unitario en tres Protocolos diferentes. Si bien algunos Estados se inclinaban por la separabilidad, otros muchos consideraban que razones de economía, eficiencia y agilidad aconsejaban mantener el enfoque unitario. UNIDROIT 2014 - Study 72K – SG1 – DOC. 2, p. 7.

⁵¹ UNIDROIT, 2017 – Study 72K – CGE1 – Report, par. 69, p. 8, disponible en <http://www.unidroit.org/english/documents/2017/study72k/cge01/s-72k-cge01-report-e.pdf>.

Ciudad del Cabo como un instrumento aplicable a ciertas categorías específicas de bienes que satisfacen los criterios de alto valor, identificación única, y movilidad. De otro lado, la aspiración de asegurar el máximo beneficio económico para los Estados que decidan ratificar el Protocolo con una aplicación lo más amplia y comprensiva posible.

58. El punto de partida lógico para emprender esta tarea era tomar los tres criterios con los que el Artículo 51 del Convenio delimita objetivamente el área de expansión del sistema uniforme y definirlos de forma específica para los sectores implicados. Sin embargo, este enfoque pronto se muestra extremadamente complejo, incierto y poco consistente en la práctica. La amplia diversidad de equipos empleados en la actividad agrícola, minera y de construcción y la disparidad en la *praxis* de la financiación sectorial dificultaban todo esfuerzo por configurar una solución basada en la aplicación de los criterios materiales del Artículo 51. Si bien en el sector aeronáutico, la propia selección de los objetos – células de aeronaves, motores y helicópteros – implicaba de forma natural limitar la aplicación a equipos de alto valor sin necesidad de fijar adicionalmente un umbral cuantitativo, el rango de oscilación del valor de los objetos empleados en explotaciones agrícolas, mineras o de construcción es inmenso y podría conducir fácilmente a incorporar al Protocolo elementos de mínimo valor o comparativamente muy bajo. Pero la fijación de un límite cuantitativo para definir los equipos de alto valor tampoco es una solución óptima. Asimismo, al igual que en Protocolo Ferroviario, y a diferencia de los Protocolos Espacial y Aeronáutico, la presunción de movilidad innata en los equipos es mucho más débil.

59. Por tanto, era preciso buscar una fórmula que, obviando la definición de los criterios de alto valor, movilidad e identificación única, describa de forma clara y predecible aquellas categorías de objetos que, de hecho, satisfagan tales criterios. Tras valorar y comparar varias alternativas, en la reunión de enero de 2014⁵² se propuso el uso del Sistema Armonizado de Descripción y Codificación de Mercancías (*Harmonized Commodity Description and Coding System*, en adelante, Sistema Armonizado o HS por sus siglas en inglés) desarrollado por la Organización Mundial de Aduanas (OMA/WCO)⁵³ para clasificar todos los productos y mercancías en el comercio internacional. El HS proporciona una nomenclatura uniforme para describir, clasificar y codificar mercancías y productos facilitando así el intercambio de información en el comercio internacional. El sistema se utiliza a nivel global⁵⁴ para diferentes finalidades, como la aplicación de las tarifas aduaneras o la recogida de datos para estadísticas comerciales. Según la información proporcionada por la propia WCO⁵⁵, el 98% de las mercancías en el comercio internacional está clasificado conforme al HS. Con estas características, el HS ofrecía una herramienta muy útil y eficaz para identificar las categorías de objetos susceptibles de ser incorporados al Protocolo MAC.

60. El Sistema Armonizado clasifica los productos por su composición, su forma o su función mediante dígitos y conforme a una estructura jerárquica que clasifica los códigos en Secciones, Capítulos, Títulos y Subtítulos de forma descendente y en orden de especificidad. La nomenclatura común alcanza hasta los códigos de seis dígitos que se agrupan bajo subtítulos. Adicionalmente, los países individualmente o las organizaciones regionales, como la Unión Europea, pueden añadir sub-secciones con códigos de ocho o incluso diez dígitos. Puesto que esta nomenclatura ya no es uniforme ni armonizada, no resulta pertinente ni adecuada a los efectos de delimitación del ámbito de aplicación del Protocolo. Por

⁵² El segundo *Issues Dialogue* que tuvo lugar en enero de 2014. UNIDROIT 2014 - Study 72K – SG1 – DOC. 2, p. 3.

⁵³ El HS está regido por la Convención Internacional sobre el Sistema Armonizado de Descripción y Codificación de Mercancías de 14 de junio de 1983, tal y como resultó modificada por el Protocolo de 24 de junio de 1986. Así se define expresamente y a los efectos del Protocolo de Pretoria en el Artículo I(2) letra i).

⁵⁴ A fecha 21 de febrero de 2020, el Convenio Internacional que gobierna el Sistema Armonizado cuenta con 158 Estados Parte (más la Unión Europea) y se aplica en 212 países, territorios o uniones económicas o aduaneras en todo el mundo. La lista se detalla en http://www.wcoomd.org/-/media/wco/public/global/pdf/topics/nomenclature/overview/hs-contracting-parties/list-of-countries/countries_applying_hs.pdf?db=web.

⁵⁵ <http://www.wcoomd.org/en/topics/nomenclature/overview/what-is-the-harmonized-system.aspx> (última consulta 15/6/2020).

tanto, en el Protocolo de Pretoria sólo se emplean los códigos de seis dígitos. En la versión de 2017, el Sistema Armonizado contenía 96 capítulos que agrupaban en 1.224 títulos, 5.244 códigos de seis dígitos.

61. Con la participación de la industria (representada por el *MAC Working Group*), se seleccionaron inicialmente aquellos códigos que agrupan objetos que satisfacen los criterios materiales del Artículo 51 y que se financian separadamente en el comercio internacional. Esta primera selección se discutió en las sesiones del CEG y se abrió un periodo para que los Estados pudiera proponer códigos adicionales, de especial interés para su industria, o solicitar motivadamente la exclusión de los inicialmente incluidos. Para tomar en consideración todas las propuestas presentadas por los Estados y adoptar la decisión final, se constituyó en el seno de la Comisión en Pleno de la Conferencia Diplomática el Comité de Códigos del Sistema Armonizado (*Harmonized System Committee*) para analizar los códigos inicialmente incluidos en los Anexos del borrador de Protocolo, valorar las consideraciones de la Secretaría de UNIDROIT (DCME-MAC – Doc. 6) y analizar las 71 propuestas de adición o exclusión de códigos (42 códigos nuevos) de aquellos Estados que las habían remitido (DCME-MAC – Doc. 3).

62. El análisis de los códigos y la decisión sobre el listado final de los Anexos, como consta en el informe final (DCME-MAC – Doc. 20) del Comité presentado ante la Comisión en pleno el día 16 de noviembre de 2019 y adoptado sin cambios en la misma sesión, estuvieron marcados por la satisfacción de los requisitos y criterios determinantes del ámbito de aplicación material del Protocolo:

- Que los códigos cubrieran equipos de uso predominante en los sectores de minería, agricultura y construcción;
- Que los códigos cubrieran equipo, especialmente, de alto valor;
- Que los códigos se refirieran a equipos completos en vez de a partes o componentes;
- Que los códigos cubrieran equipos utilizados *in situ* en los sectores minero, agrícola y de construcción y se evitaran equipos multifuncionales que carezcan de conexión directa y previsible con algunos de los sectores objeto del Protocolo⁵⁶.

Bajo estos criterios, el Comité propuso los cambios correspondientes en los Anexos que fueron confirmados por el Pleno. De modo que el texto adoptado del Protocolo incluye 56 códigos de los cuales 25 corresponden al Anexo 1 (minería), 36 al Anexo 2 (agricultura) y 35 al Anexo 3 (construcción).

63. Con esta innovadora solución, el Protocolo MAC define (Art. I.2)⁵⁷ su ámbito de aplicación mediante la remisión a los códigos del HS listados en el Anexo correspondiente. De este modo, no se ha de realizar un test previo ni ulterior para verificar el cumplimiento de los criterios del Artículo 51 de los bienes identificados en los códigos, ni la finalidad del uso o el uso real o potencial del equipo en alguno de estos sectores es relevante, ni el propósito para el que el equipo ha sido diseñado es un factor de interés. Si el equipo está contenido en los códigos enumerados en el Anexo, y sólo en tal caso, el Protocolo se aplicará. Por ello, si un código aparece incluido en varios anexos porque describe equipos susceptibles de utilización en varios sectores, la finalidad principal o el uso efectivo serán irrelevantes (Artículo II(1)).

64. Si un Estado sólo hubiera ratificado el Protocolo en relación con una de las categorías de objetos, el instrumento se aplicará a todos los objetos cubiertos por los códigos del Anexo que corresponda,

⁵⁶ Así lo exponen, con algunos ejemplos de códigos que decidieron excluirse por referirse a vehículos para transporte de mercancías en general, M. DUBOVC; P.L. DURHAM, “More Good News From Cape Town: How the New MAC Protocol Will Benefit the Mining, Agriculture and Construction Industries”, *Journal of Equipment Lease Financing*, Volume 35, Number 1, Winter 2017, pp. 1-6, en p. 2.

⁵⁷ Artículo I.2.a), b) y h):

“a) “agricultural equipment” means an object that falls under a Harmonised System code listed in Annex 1 to the Protocol (...)
b) “construction equipment” means an object that falls under a Harmonised System code listed in Annex 2 to the Protocol (...)
(...)
h) “mining equipment” means an object that falls under a Harmonised System code listed in Annex 3 to the Protocol (...)”

con total independencia del uso efectivo de un concreto equipo en ese u otro sector⁵⁸. Por ejemplo, si un Estado ratificara el Protocolo sólo en relación con el equipo agrícola (Anexo 1), las garantías sobre los objetos cubiertos por el código 842919⁵⁹, que está incluido en el Anexo 1 pero también en los Anexos 2 y 3, quedarán sujetas al Convenio (en relación con el Protocolo), en cualquier caso, sin que tenga relevancia alguna que tales equipos (excavadoras, niveladoras, cargadoras) se empleen efectivamente en una actividad agrícola o estén incorporados, por el contrario, a una explotación minera o de construcción.

65. La función de los códigos del HS incluidos en los Anexos está limitada única y exclusivamente a determinar el perímetro objetivo del Protocolo de Pretoria. Es decir, representa una singular fórmula, importada de un régimen uniforme ajeno (el Sistema Armonizado de la OMA/WCO) concebido con fines diversos, para determinar las categorías de bienes sujetos al sistema de Ciudad del Cabo (Convenio y Protocolo MAC) sin tener que verificar el cumplimiento de los criterios de movilidad, alto valor e identificación única. Esta es la única función de los códigos del Sistema Armonizado y su relevancia finaliza ahí. Por tanto, los códigos del HS no tienen que utilizarse en los acuerdos que las partes concluyan para articular contractualmente las operaciones de financiación, ni operan como instrumento de descripción del bien ni en el contrato ni la inscripción en el Registro Internacional pues, de hecho, el código del HS no es un criterio de identificación del bien para su registro. Más aún, si las partes decidieran referirse en el contrato a los códigos del HS para la identificación del bien gravado, tal mención no sería por sí sola determinante de la aplicación o no del Protocolo. De modo que, si incurrieran en una identificación errónea del código correspondiente, sería irrelevante para la aplicación del Protocolo.

66. Además, conviene añadir otra precisión sobre el alcance de los códigos del Sistema Armonizado como técnica de delimitación del ámbito de aplicación objetivo del Protocolo. El hecho de que el Sistema Armonizado se emplee para, entre otros fines, funciones aduaneras o estadísticas de comercio internacional no implica, en absoluto, que la aplicación del Protocolo de Pretoria requiera necesariamente una operación de exportación/importación del bien objeto de la garantía internacional, ni que la intervención de las autoridades aduaneras sea necesaria en la fase de constitución de la garantía o para la comprobación de que el régimen uniforme es aplicable.

C) La interacción del Protocolo de Pretoria con Protocolos previos

67. Esta original e innovadora solución técnica, que diseña con maestría la delimitación material del Protocolo y asegura su consistencia interna, plantea, sin embargo, dos delicadas cuestiones asociadas a la interacción del Protocolo con otros instrumentos.

68. De un lado, la relación con otros Protocolos del Convenio de Ciudad del Cabo. Las diferentes técnicas empleadas en los Protocolos para delimitar su ámbito de aplicación pueden producir solapamientos. El amplio criterio operativo del Protocolo Ferroviario (circulación por, sobre o bajo una guía o riel) absorbería todo vehículo empleado en una explotación minera o en la actividad de construcción cubierto a su vez por códigos incluidos en los Anexos del nuevo Protocolo. Este solapamiento no es admisible en el sistema, no sólo por la incertidumbre sobre las reglas materiales aplicables, sino fundamentalmente por una indeseable duplicación en la inscripción.

69. Esta colisión podía resolverse mediante soluciones *ex post* de prioridad que asumieran el solapamiento de los ámbitos de aplicación y establecieran un orden de preferencia, o bien mediante una solución *ex ante* en sede del ámbito de aplicación que previniera y evitara la coincidencia objetiva de los

⁵⁸ UNIDROIT 2016 - Study 72K - CGE1 - Doc. 4, p. 14.

⁵⁹ En la versión del texto publicada como UNIDROIT 2017 - Study 72K - CGE1 - Report - Appendix IV:

“842919: Self-propelled bulldozers, angledozers, graders, levelers, scrapers, mechanical shovels, excavators, shovel loaders, tamping machines and road rollers -- Bulldozers and angledozers - Other”.

instrumentos. Se ha optado por una solución quirúrgica absoluta (Art. II.4)⁶⁰, evitando la coincidencia de ámbitos de aplicación, de modo que no se aplicará el nuevo Protocolo a objetos (aun incluidos en los códigos) que a los efectos de los respectivos Protocolos sean “objetos aeronáuticos”, “material rodante ferroviario”, o “bienes de equipo espacial”.

D) La adaptación del Protocolo de Pretoria a las revisiones del Sistema Armonizado: revisiones, ajustes y modificaciones

70. De otro lado, la interacción con el Harmonized System de la WCO que le sirve de base. El estudio realizado sobre el funcionamiento y la estructura del HS y presentado al *Study Group*⁶¹ analiza el proceso de modificación de los códigos por el WCO y valora el impacto que estos posibles cambios nominales, estructurales, o materiales (renumeración, división de códigos, adición de códigos nuevos, eliminación de códigos por obsolescencia, correcciones, supresión de sub-códigos) tienen sobre la estabilidad y la consistencia del sistema de nomenclatura uniforme. La dependencia del Protocolo del HS para la delimitación de su ámbito material requiere implementar un proceso de seguimiento y aceptación de los eventuales cambios futuros. El ámbito de aplicación del Protocolo MAC no queda cristalizado en el momento de su adopción ni siquiera permanecería inalterado para un Estado Contratante desde el momento de adhesión o ratificación.

71. Esta eventualidad despierta delicadas cuestiones sobre la vinculación de los Estados a un Tratado de ámbito mudable y confines inciertos. Así lo plantearon algunas delegaciones⁶² en la primera sesión del CEG celebrada en Roma en marzo de 2017. Dada la seriedad del problema y su afectación directa a las decisiones de política legislativa más distintivas del Protocolo, se constituyó un grupo de trabajo especial (*Working Group on Amendments Provisions*)⁶³ para analizar alternativas y proponer al plenario. El grupo de trabajo logró alcanzar una solución de consenso, consistente en mantener intacta la lógica y la estructura del Protocolo MAC con su base en los códigos HS y su listado en Anexos y trabajar en la implementación de un equilibrado procedimiento de revisión, propuesta, control y aceptación de los cambios por los Estados (Art. XXXII resultante)⁶⁴. La nueva versión del texto del Artículo XXXII fue aprobada en la sesión en pleno por el Comité de Expertos como una solución aceptable y adecuada.

72. Tras la aplicación simulada del Artículo XXXII, tal y como se adoptó en la CEG1, a la revisión de los códigos HS 2012 en 2017, se detectaron algunas debilidades en el modelo y se identificaron resultados poco deseables porque producían fragmentación, incertidumbre en la aplicación del Protocolo, o falta de correspondencia entre los Anexos, si no se modifican, y las versiones actualizadas del HS. Se propuso, por tal motivo, un documento de trabajo por las delegaciones de Japón y España para analizar los diferentes supuestos que podrían generarse y discutir alternativas a la redacción actual⁶⁵. Esta propuesta se discutió en el plenario del CEG1 del viernes 6 de octubre de 2017, decidiéndose que se trabajaría con la Secretaría de UNIDROIT para definir alternativas y proponer una nueva redacción.

⁶⁰ Artículo II.4 MAC Protocol:

“4. This Protocol does not apply to objects falling within the definition of “aircraft objects” under the Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters Specific to Aircraft Equipment, “railway rolling stock” under the Luxembourg Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters Specific to Railway Rolling Stock or “space assets” under the Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters Specific to Space Assets.”

⁶¹ UNIDROIT 2016 – Study 72K – SG4 – DOC. 8, Appendix I.

⁶² UNIDROIT 2017 – Study 72K – CGE1 – Report, p. 15.

⁶³ Del que la autora de este trabajo fue nombrada *Chair*.

⁶⁴ UNIDROIT 2017 – Study 72K – CGE1 – Report, pp. 15 y 16, ver párrafos 140 a 148.

⁶⁵ Un estudio detallado de todo el proceso y de los diversos modelos considerados, en T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL; M. HARA, “MAC Protocol and Treaty Design: Examination of the Delimitation of Scope and Mechanism of Amendment”, *Cape Town Convention Journal*, Volume 6, 2017, pp. 10-36.

73. La complejidad de los posibles escenarios que podían afectar al ámbito de aplicación del Protocolo de Pretoria por efecto de las revisiones, modificaciones, ajustes o cambios en la interpretación del HS, unida al delicado equilibrio de intereses que había que lograr entre control de los Estados y flexibilidad del Protocolo, hicieron que la configuración del sistema de adaptación del Protocolo a los cambios del HS se extendiera durante toda la Conferencia Diplomática. Y, de hecho, su redacción final, en gran parte nueva, se concluye por el Comité de Cláusulas Finales durante la Conferencia Diplomática.

74. El Comité de Cláusulas Finales⁶⁶ en la Conferencia Diplomática inicia su trabajo de propuesta, deliberación y redacción a partir de los siguientes objetivos de política legislativa: a). Asegurar que los Anexos del Protocolo se mantuviera alienados con las versiones sucesivas del Sistema Armonizado (HS) que la OMA/WCO iba aprobando, en todo lo posible; b). garantizar que los Estados Contratantes mantuvieran el control sobre los cambios de sus obligaciones internacionales derivadas del Protocolo; c). lograr que el sistema de ajuste del Protocolo sea flexible, ágil y fácil de articular; d). preservar la seguridad jurídica y del tráfico comercial con un sistema previsible y transparente.

75. Conforme a estos objetivos fundamentales, el Comité de Cláusulas Finales revisó el texto inicial del Artículo XXXIII, la propuesta de la Secretaría, y las propuestas de algunos Estados. En esta revisión, se detectaron varios elementos que debían atenderse debidamente e incorporarse en el texto:

- Reducir los costes del procedimiento con un sistema en dos pasos: aprobación tácita (no presencial) seguida de una reunión de los Estados únicamente en caso de que falle el procedimiento anterior.
- Facilitar la implementación de los cambios por parte de los Estados Contratantes ofreciendo un mayor tiempo para la implementación de los ajustes en el Derecho interno.
- Establecer un procedimiento flexible para articular cambios en los códigos de los Anexos que no estuvieran relacionados con ni deriven de las revisiones del Sistema Armonizado.

76. Con estos objetivos, la solución que se acuerda en la Conferencia Diplomática se basa en la distinción entre tres situaciones diversas que se sujetan a tres procedimientos diferentes contemplados respectivamente en los Artículos XXXIV, XXXV y XXXVI del texto final:

- a) Artículo XXXIV. Toda revisión del texto del Protocolo quedará sujeto al procedimiento general y común a otros Protocolos previsto en el Artículo XXXIV. Consiste en una Conferencia de Revisión de los Estados Parte, convocada por el Depositario, que podrá acordar cambios en el Protocolo con una mayoría de dos tercios de los Estados participantes en la Conferencia. El resto de revisiones del Protocolo quedan sujetas a los procedimientos previstos en los Artículos XXXV y XXXVI.
- b) Artículo XXXV. Esta disposición regula el procedimiento aplicable a los cambios (que se denominan “ajustes”) en los Anexos, únicamente derivados de una revisión del Sistema Armonizado por parte de la OMA/WCO.
- c) Artículo XXXVI. Esta nueva disposición contempla los supuestos denominados de “modificación de los Anexos” que son los cambios que se puedan producir en los códigos de los Anexos que no deriven de la revisión periódica del Sistema Armonizado (HS).

77. Estas disposiciones, largas, detalladas y algo complejas, logran un equilibrio muy razonable entre varios factores que concurren en las diversas situaciones contempladas en los artículos. Era fundamental mantener el Protocolo de Pretoria actualizado con respecto a los cambios en los códigos HS que

⁶⁶ La delegación de España fue nominada para formar parte del *Final Clauses Committee* junto con otras 11 delegaciones designadas y 3 organizaciones internacionales, bajo la presidencia compartida de la delegación de Sudáfrica y la delegación del Reino Unido y la Secretaría de UNIDROIT. El *Final Clauses Committee* se reunió después de las sesiones plenarias y produjo su primer informe provisional el 15 de noviembre para su presentación al Pleno. El informe final del comité se completó la segunda semana de sesiones, se presentó al Pleno y quedó adoptado e incorporados sus cambios en el texto final del Protocolo.

sirven de referencia para la delimitación de su ámbito de aplicación objetivo, pero a la vez abierto y flexible para acomodar las innovaciones en la industria, la modernización de los equipos por efecto de la tecnología y la simple y natural obsolescencia del equipamiento industrial. Era además crítico garantizar un suficiente control de los Estados sobre eventuales alternaciones en la extensión de sus obligaciones internacionales y, por tanto, sobre las revisiones del texto del Protocolo; pero sin crear procedimientos excesivamente largos y onerosos que hicieran la adaptación impracticable o excesivamente complicada. Era, por eso, muy importante evitar que estos procedimientos supusieran una carga innecesaria e ilógica al Depositario con altos costes en la gestión de los instrumentos de adhesión de los Estados y sus declaraciones. Y, finalmente, era esencial preservar la previsibilidad del sistema para las partes contratantes, con altos niveles de seguridad jurídica, certeza y transparencia en la aplicación del texto uniforme a las transacciones internacionales.

4.- El tratamiento de partes y componentes y el principio de accesión

78. La lógica, la propia configuración normativa y, en gran medida, el éxito del sistema de Ciudad del Cabo, dependen esencialmente de la decisión de establecer un marco uniforme para los esquemas contractuales con función de garantía sobre objetos perfectamente identificables de forma única que permitiera, de hecho, una inscripción basada en el bien y no en el deudor. Esta decisión de política implica, de un lado, limitar las categorías de bienes a aquellos que dispongan de identificadores únicos y que respondan a una práctica consolidada de financiación separada.

79. Las implicaciones más inmediatas de este enfoque pragmático, constatado con la industria, se proyectan sobre dos áreas. De un lado, la identificación suficiente de los objetos a los efectos de su inscripción en el Registro internacional correspondiente. De otro lado, el tratamiento de las partes, componentes o accesorios instalados, incorporados o de algún modo asociados al bien con respecto a la extensión del derecho de garantía. Esta delimitación del objeto es absolutamente esencial para la coordinación del texto uniforme con otros instrumentos internacionales o con la ley nacional aplicable, para la correcta aplicación de las normas de prioridad, y para la determinación de la preservación de derechos previos en casos de instalación, incorporación o asociación. Por tanto, son precisas reglas de delimitación material del concepto de “objeto” y normas para articular la relación entre bienes que son “objetos” a los efectos del instrumento internacional y bienes que no lo son.

80. El Convenio establece una regla general, en sede de prioridad, aplicable a todas las categorías de bienes, salvo modificación ulterior en el Protocolo. El Artículo 29.7 establece que “(e) l presente Convenio: a) no afecta a los derechos que una persona tenga sobre un elemento, que no es un objeto, antes de la instalación del elemento en un objeto si los derechos continúan existiendo después de la instalación en virtud de la ley aplicable; y; b) no impide la creación de derechos sobre un elemento, que no es un objeto, instalado anteriormente en un objeto, cuando esos derechos se crean en virtud de la ley aplicable”. La definición de “objeto” y su extensión objetiva vendrán determinadas por el texto uniforme y no por la legislación nacional. Cada uno de los Protocolos ofrece una descripción del objeto y su extensión según las particularidades de las categorías de bienes. Una comparativa del tratamiento de los accesorios, las partes y los componentes entre los Protocolos ofrece una interesante muestra de la adaptabilidad de las reglas del sistema de Ciudad del Cabo a las prácticas de financiación de la industria y las peculiaridades de los equipos.

81. Bajo el Protocolo Aeronáutico, el concepto de objeto aeronáutico⁶⁷ incluye todos los módulos y otros accesorios, piezas y equipos instalados, incorporados o fijados (por ejemplo, hélices, orde-

⁶⁷ Y así suele definirse en los contratos el objeto de la garantía, arrendamiento o reserva de dominio:

“*Piezas de la Aeronave:* el Fuselaje, cualquier elemento de aviónica, instrumento, unidad, componente, parte, aparato, anexo, accesorio, mobiliario y demás equipamiento, de cualquier naturaleza, que esté instalado sobre la Aeronave, el Fuselaje, en la Fecha de Entrega, o cualquier otro elemento que se suba a bordo, instale o una a la Aeronave, o al Fuselaje.”

nadores, o motores instalados en un helicóptero), y todos los datos, manuales y registros relacionados con los mismos. Significa esto que forman parte del objeto al que se incorporan y no puede constituirse sobre ellos independientemente una garantía internacional de acuerdo con el Convenio, sino que siguen la garantía del objeto aeronáutico en la medida que lo integran y aseguran su valor económico. Por ello, en la práctica contractual se regulan con especial cuidado los efectos que la instalación o desinstalación de piezas puede implicar en la preservación de la posición del acreedor garantizado⁶⁸. Sin embargo, en coherencia con el principio de respeto a las garantías nacionales que inspira el texto internacional, el Convenio no afecta a los derechos de garantía creados bajo la ley aplicable sobre un elemento que no sea considerado un objeto y se mantienen estos derechos tras la instalación del elemento en un objeto si así lo prevé la legislación nacional que resulte aplicable (por ejemplo, la reserva de dominio sobre unas hélices incorporadas posteriormente en una aeronave) [Art. 29 (7) del Convenio y Art. XIV (4) del Protocolo que declara la aplicación del artículo del Convenio referido a los elementos, que no sean un objeto, incorporados en una célula de aeronave, un motor de aeronave o un helicóptero]. Supuestos que también se contemplan con detalle en la *praxis* comercial⁶⁹. Esta regla no sería aplicable, sin embargo, a un motor incorporado en una aeronave porque en virtud del Convenio es considerado un “objeto aeronáutico” independiente a los efectos de la constitución de una garantía internacional separada.

82. La particularidad del Protocolo Aeronáutico es, por tanto, el tratamiento, avalado por la práctica comercial de financiación separada, del motor como un objeto aeronáutico independiente y la desviación así del principio de accesión.

83. En el sector ferroviario, sin embargo, la financiación separada de los motores y otros accesorios no es relevante ni frecuente. Consistente con esta constatación de la industria, el Protocolo Ferroviario (Art. I.2.e) no separa los motores ni otras piezas o elementos instalados y describe con amplitud el concepto de “material rodante ferroviario” que comprende los sistemas de tracción, motores, frenos, ejes, bojes, patines toma-corrientes, partes y cualquier otro componente que esté unido al vehículo o integrado en el mismo, así como los datos, manuales y anotaciones relacionadas. Ninguno de los elementos descritos son objetos a los efectos de la constitución de garantías internacionales.

84. El Protocolo Espacial se desvía de las soluciones de los Protocolos anteriores para atender las especiales características del sector. La enumeración de dispositivos que añade el Protocolo (Art.

⁶⁸ M.J. MORILLAS JARILLO, “Algunos aspectos del leasing de aeronaves en España”, *RDM*, núm. 208, abril-junio 1993, pp. 471-586, en pp. 517-519.

Así, por ejemplo, en un contrato de leasing de aeronave se establece:

“El Arrendatario también se compromete, hasta la Fecha de Vencimiento y, en su caso, hasta la devolución de la Aeronave al Arrendador, a su propia costa, a sustituir o hacer que se sustituyan lo antes posible, aquellas Piezas que puedan, en su caso, incorporarse, instalarse o unirse a la Aeronave, y que estén, en su caso, desgastadas, se hayan perdido, robado, destrozado, embargado, confiscado, dañado de forma irreparable o hayan devenido inservibles para su uso ordinario, por cualquier motivo, bajo circunstancias distintas de aquellas que impliquen una Pérdida Total. Aquellas Piezas que se retiren de la Aeronave seguirán siendo propiedad del Arrendador, con independencia de donde están situadas, hasta que se sustituyan por una Pieza que se incorpore, instale o una a la Aeronave y que cumpla los requisitos de sustitución de Piezas antes especificados; a partir de dicho momento, las Piezas retiradas dejarán de estar sujetas a los términos de este Contrato, y el derecho de propiedad sobre las mismas pasará al Arrendatario. Salvo que se disponga lo contrario, el derecho de propiedad sobre la Pieza de repuesto pasará inmediatamente al Arrendador en el momento de incorporarse, instalarse o unirse a la Aeronave, y dicha Pieza de repuesto quedará sujeta al presente Contrato y se considerará parte de la Aeronave, a todos los efectos del mismo, en la misma medida que las Piezas que estuvieran incorporadas, instaladas o unidas a la Aeronave en la Fecha de Entrega.”

⁶⁹ En un contrato de leasing de aeronave, se prevé:

“Cualquier Pieza de repuesto que se incorpore, instale o una a la Aeronave podrá ser propiedad de otra persona, o estar sujeta a una carga en favor de otra persona, o podrá someterse a los contratos de intercambio que sean habituales en la práctica de las compañías aéreas, si el Arrendatario, a su costa, y lo antes posible, (i) transfiere el derecho de propiedad sobre dicha Pieza de repuesto al Arrendador, libre de cargas o (ii) sustituye dicha Pieza por una que sea propiedad del Arrendatario; en ambos casos, la Pieza de repuesto quedará sometida al presente Arrendamiento y será considerada parte de la Aeronave, a todos los efectos, en la misma medida que las Piezas que estuvieran incorporadas, instaladas o unidas a la Aeronave en la Fecha de Entrega. Hasta que esto ocurra, la Pieza retirada y sustituida por la Pieza de repuesto, seguirá siendo propiedad del Arrendador, con independencia de donde se encuentre.”

I.2.k) a la definición de bien de equipo espacial refleja así otra de las particularidades del Protocolo Espacial que lo distingue de los Protocolos Aeronáutico y Ferroviario. Es una enumeración abierta y funcional que permite la constitución de garantías internacionales sobre dispositivos y partes de dispositivos espaciales en el sentido indicado en el artículo. Este amplio alcance de la garantía responde, de un lado, al alto valor económico de algunos de estas partes de dispositivos que justificaría su financiación separada⁷⁰ (como los transpondedores), pero, de otro lado, plantea algunos problemas sobre su adecuada identificación y también para la ejecución de las garantías, si varios dispositivos operan física o funcionalmente conectados⁷¹, a la vez, que choca con el principio de accesión que en muchas jurisdicciones se aplica a los bienes compuestos.

85. Esta separación del principio de accesión, sin embargo, no es una estrategia propia del Protocolo Espacial, como hemos visto. El Protocolo Aeronáutico ya había optado primero por apartarse de este principio tradicional para reflejar en el concepto normativo de las diversas categorías de bienes las prácticas comerciales de cada industria. En consecuencia, dada esta complejidad, originaria o derivada, funcional y física de los bienes de equipo espacial, el Protocolo recoge expresamente en su Artículo III que los derechos de propiedad o de garantía sobre un bien espacial no se verán afectados por ninguna operación de acoplamiento en el espacio de tal bien a otro bien de equipo espacial ni por la instalación o desinstalación del bien en relación con otro bien de equipo espacial. De este modo, se consiguen articular coherentemente los derechos concurrentes sobre diversos dispositivos, que se califican separadamente como bienes de equipo espacial, pero que forman parte de bienes compuestos sin los efectos del principio de accesión.

86. El nuevo Protocolo MAC también ofrece una interesante solución mixta. Entre los códigos seleccionados para incluir en los Anexos, se han obviado intencionadamente aquellos códigos que contenían exclusivamente partes o complementos. De este modo, se evitaba el riesgo de incluir en el ámbito de aplicación del Protocolo partes, piezas o componentes de escaso valor que no se financian separadamente según las prácticas de la industria. De hecho, únicamente se recoge la referencia a “partes” en el código 871620 y 820713, pero en ambos casos, aunque las partes y componentes están cubiertas por las categorías más amplias que cubren los códigos superiores de cuatro dígitos (8716, por ejemplo), no se incluyen en las categorías más específicas seleccionadas para los Anexos en forma de códigos de seis dígitos. Tomando en consideración esta exclusión voluntaria de códigos que recojan de forma principal componentes y piezas, independientemente de la denominación con la que un objeto se describa en el Sistema Armonizado (útil, herramienta, implante, accesorio, equipo, elemento de equipo, vehículo, máquina, maquinaria), todo objeto cubierto por un código incluido en el Anexo que corresponda pasa por la mera inclusión a ser tratado como elemento de equipo susceptible de constitución de una garantía internacional. A los efectos del sistema de Ciudad del Cabo, es calificado como “objeto”.

87. Otras partes, componentes o accesorios, sin embargo, forman parte del objeto principal a los efectos de la extensión de la garantía o quedan sujetos al Artículo 29 del Convenio cuando resulte de aplicación. Es decir, no son “objeto” de una garantía internacional separada, sino que pasan, según las circunstancias que explicamos a continuación, a ser o no parte del objeto principal y, por tanto, de la garantía internacional sobre el mismo o, por el contrario, a quedar sujetos únicamente a la constitución, en su caso, de garantías sujetas a la legislación nacional no uniforme.

88. Para articular este dispar tratamiento de partes y componentes, en la primera sesión del Comité de Expertos Gubernamentales se completaron las definiciones de cada una de las categorías de equipo agrícola, minero y de construcción (Art. I.2.a, b y h)⁷² añadiendo la precisión de que un objeto,

⁷⁰ Informe UNIDROIT 2010 – C.G.E. Space Pr./5/W.P.5.

⁷¹ Z. YUN, “Revisiting Selected Issues in the Draft Protocol to the Cape Town Convention on Matters Specific to Space Assets”, *J.Air L. & Com.*, num. 76, 2011, pp. 805-831, en p. 816.

⁷² Según la versión publicada en el informe de la primera sesión del Comité de Expertos Gubernamentales celebrada en Roma en marzo de 2017 - UNIDROIT 2017 – Study 72K – CGE1 – Report – Appendix IV, se añade a las tres definiciones:

descrito en un código HS del Anexo, incluirá todo accesorio, parte o componente instalado, incorporado o asociado de algún modo, siempre que no esté cubierto por un código HS separado, así como todos los datos, manuales y registros relacionados⁷³.

IV. El Protocolo de Pretoria en el contexto del sistema de Ciudad del Cabo: consistencia con la lógica, los principios y las soluciones del Convenio

89. El Protocolo de Pretoria es, primordialmente, un componente del sistema de Ciudad del Cabo. Sin perjuicio de las necesarias adaptaciones para acomodar las disposiciones del Convenio a las características propias de los sectores y los bienes – *supra* III -, y, de las soluciones innovadoras que han debido incorporarse en el Protocolo para atender situaciones nuevas, inexistentes en los Protocolos previos, - *infra* V - el Protocolo de Pretoria se alinea plenamente con la lógica, los principios y las originales soluciones del Convenio que definen el sistema de Ciudad del Cabo.

90. Por tanto, una garantía internacional sobre bienes de equipo agrícola, minero o de construcción conforme al Protocolo de Pretoria queda sujeta en su constitución, como garantía internacional, uniforme y autónoma⁷⁴, a las sencillas reglas de creación del Convenio, al cuerpo de normas sustantivas uniformes sobre prioridad, remedios en caso de incumplimiento y tratamiento de la garantía en la insolvencia, y a la prioridad que le confiere la inscripción en el Registro Internacional que a tal fin se constituya⁷⁵.

91. La autonomía de la garantía internacional en su constitución y su operativa se logra desconectando su configuración y los requisitos para su nacimiento de la legislación nacional. Para constituir una garantía internacional sobre algunos de los objetos de su ámbito de aplicación, según el Protocolo de Pretoria, basta con un acuerdo de los citados en el Convenio - un contrato constitutivo de garantía, un contrato con reserva de dominio, o un contrato de arrendamiento - que satisfaga los sencillos requisitos del artículo 7 del Convenio. Es absolutamente irrelevante que tal garantía encuentre en el Derecho nacional un equivalente o que cumpla con las condiciones para su constitución bajo la ley aplicable. Es en este sentido en el que se puede proclamar la autonomía del concepto de garantía internacional.

92. De acuerdo con el Artículo 7 del Convenio, el acuerdo deberá constar por escrito, referirse a un objeto sobre el cual el otorgante de la garantía, el vendedor condicional o el arrendador goce de poder de disposición, identificar el objeto de conformidad con el Protocolo y, en caso de un contrato constitutivo de garantía, identificar las obligaciones garantizadas⁷⁶.

93. La autonomía de la garantía internacional no es, sin embargo, plena. La propia existencia del contrato, la capacidad de las partes, la válida emisión del consentimiento y cualquier otra cuestión relativa a su perfección se rigen por la ley aplicable. En particular, el momento en el que se considera

“(…) including all installed, incorporated or attached accessories, components and parts which do not fall within a separate Harmonised System code listed in that Annex, and all data, manuals and records relating thereto”

⁷³ M. DUBOVEC, “Accessions and Non-Accessions under the Cape Town Convention: Special Focus on MAC Equipment”, *Cape Town Convention Journal*, Volume 6, 2017, pp. 52-65.

⁷⁴ A.M. GARRO, “El concepto genérico, global e integrado de «garantía mobiliaria»: perspectivas comparadas”, *op.cit.*; R. GOODE, “The International Interest as an Autonomous Property Interest”, *op.cit.*; T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “El concepto funcional de garantía en el Convenio de Ciudad del Cabo...”, *op.cit.*

⁷⁵ La Comisión en pleno de la Conferencia Diplomática adoptó la Resolución num. 1 *relating to the establishment of the Preparatory Commission for the establishment of the International Registry for mining, agricultural and construction equipment*. Esta Comisión (*PrepCom*) se encargará de preparar los criterios, condiciones y requisitos para el Registro Internacional del Protocolo de Pretoria. La primera reunión de la Comisión Preparatoria tuvo lugar los días 21 y 22 de mayo de 2020.

⁷⁶ Son, por cierto, requisitos muy familiares, en contenido y terminología, para el ordenamiento estadounidense, en concreto, para el *Uniform Commercial Code*. P.B. LARSEN; J.C. SWEENEY; J.E. GILICK, *Aviation Law. Cases, Laws and Related Sources, Chapter 15. Aircraft Ownership and Financing*, Ardsley, Transnational Publishers, 2006, p. 793.

concluido el acuerdo, dato, sin embargo, relevante para el juego de determinadas disposiciones del Convenio (i.e., Arts. 3, 25 (2) o 60) está determinado por las reglas aplicables de la legislación nacional. No obstante, el Convenio ha tratado de unificar una serie de sencillos requisitos formales nuevamente autónomos e independientes, en todo lo posible, del Derecho nacional. La relativa sencillez de los requisitos puede implicar que una garantía válidamente constituida de conformidad con la legislación nacional constituya también una garantía internacional. En tal caso, ambas garantías conviven, con la salvedad de que, si no se recurre a la inscripción en el Registro internacional, se corre el riesgo de perder la prioridad, y con la advertencia de que ni el deudor ni el acreedor podrán hacer valer derechos reconocidos por la ley nacional que entren en conflicto con el Convenio.

1. Puntos de interacción, complementariedad y coordinación entre el Protocolo de Pretoria y la legislación nacional

94. La convivencia de una garantía internacional con una garantía nacional “equivalente” denota que hay puntos de interacción entre el régimen internacional uniforme y la legislación doméstica – no sólo las normas sobre garantías sino también leyes relacionadas como la legislación sobre insolvencia, procesal, registral o notarial -. En el caso del Protocolo de Pretoria estas áreas de interacción son, por diversas razones, algo más frecuentes, intensas y numerosas⁷⁷.

95. Primero, porque una garantía creada sobre un bien de equipo conforme al Protocolo de Pretoria puede constituir simultáneamente una garantía nacional si se cumplen, como puede ocurrir en aquellas jurisdicciones más liberales o laxas en la determinación de los criterios de creación, también los requisitos domésticos para la constitución de una garantía nacional, en cualquiera de sus formas. En estos casos, además, puede ocurrir que la garantía resulte inscrita – y sea conveniente para ciertos fines – tanto en el Registro Internacional como en el registro nacional o local competente.

96. Segundo, porque el propio sistema de Ciudad del Cabo como régimen jurídico internacional uniforme es inevitablemente incompleto. Sus limitaciones y exclusiones han de completarse, integrarse o complementarse por la legislación nacional aplicable. Por ello, es fundamental para lograr un pleno aprovechamiento de los beneficios que derivan de la adopción del sistema de Ciudad del Cabo no sólo que la implementación sea adecuada y efectiva⁷⁸, sino además que el marco legislativo nacional sea moderno y esté alineado con los principios internacionales⁷⁹.

97. En el caso del Protocolo de Pretoria, se identifican tres grandes áreas donde la interacción con la legislación nacional aplicable es más clara, más intensa y más frecuente: el ámbito objetivo de aplicación, las cuestiones relacionales con la inscripción registral y las disposiciones originales del Protocolo sobre inventario y equipos asociados a bienes inmuebles.

⁷⁷ T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “The interaction between the MAC Protocol to the Cape Town Convention and domestic law”, *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, vol. 35, issue 2, 1 february 2020, pp. 112-116. ISSN: 0269-2694. Citation: (2020) 2 JIBFL 75, pp. 112-116.

⁷⁸ T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “Key points for the effective implementation of the Cape Town Convention: the accession of Spain to the Aircraft Protocol”, *Uniform Law Review - Revue de droit uniforme*, vol. 21, issue 2-3, 2016, pp. 279-308, DOI: <https://doi.org/10.1093/ulr/unw01>.

⁷⁹ Sobre la conformación de un conjunto de principios internacionales para un Derecho de garantías mobiliarias moderno, C.W. MOONEY, “Lost in Transplantation: Modern Principles of Secured Transactions Law as Legal Transplants” (April 22, 2020), en L. GULLIFER & N. DORA (Eds.), *Secured Transactions Law in Asia: Principles, Perspectives and Reform*, Hart Publishing, 2020 (en prensa). Desde la perspectiva de estos principios internacionales, un estudio, en la misma obra, sobre la modernización y reforma de los sistemas de garantías mobiliarias en los sistemas de *civil law* en T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL “Secured Transactions Law Reform in Civil Law Jurisdictions: Challenging Tradition, Facing Reality, and Embracing Modernity”, en L. GULLIFER & N. DORA (Eds.), *Secured Transactions Law in Asia: Principles, Perspectives and Reform*, Hart Publishing, 2020 (en prensa).

98. En la delimitación del ámbito de aplicación, la original fórmula del Protocolo de Pretoria hace inevitable asumir que habrá operaciones de financiación de equipos habitualmente empleados en actividades mineras, agrícolas y de construcción que habrán de regirse por la legislación nacional aplicable, porque sencillamente no está cubiertos por los códigos HS de los Anexos – además de partes, componentes o accesorios no instalados; derechos de crédito; o, naturalmente, garantías pre-existentes creadas antes de la entrada en vigor del Protocolo (Art. 60) -. Esto implicará que, si se planifica una operación de financiación sobre una empresa en su conjunto o sobre un pool de diversos activos del deudor, los contratos pueden quedar sujetos a diversos regímenes. El acreedor deberá entonces valorar cómo gestionar esta dualidad de regímenes. El objetivo de simplificar normativamente la operación podría aconsejar sujetar la operación en su conjunto a la legislación nacional, renunciando a los beneficios del régimen uniforme. Pero, la pérdida de prioridad que implica no aplicar las reglas del Protocolo de Pretoria a aquellas categorías de bienes cubiertas por el texto uniforme es, sin duda, un elemento crítico que inclinaría la balanza en un sentido contrario y claramente favorable a la opción por el régimen uniforme.

99. La delimitación clara del ámbito de aplicación objetivo del Protocolo de Pretoria en una operación de financiación compleja con múltiples activos será también crítica para planificar la inscripción. Ciertas consideraciones asociadas a la legislación nacional – sanciones por no inscripción, ejercicio de remedios, determinación de fechas de devengo o vencimiento – podría llevar a las partes a tener que proceder a una inscripción duplicada de la garantía internacional (Registro Internacional y registros nacionales o locales). Una situación que no siendo, en términos generales, patológica, puede, sin embargo, añadir costes significativos a la operación sin aportar grandes beneficios jurídicos en términos de prioridad, eficacia en la ejecución y reconocimiento de la garantía. Esta consideración es especialmente relevante si recordamos que la inscripción en el Registro Internacional no sólo es altamente eficiente en términos de agilidad, costes y alcance de sus efectos, sino que además no es un requisito para el ejercicio de los remedios y acciones en caso de incumplimiento por el deudor. Es decir, que el acreedor garantizado (vendedor con reserva de dominio, arrendador) podrá ejercitar los remedios del Convenio y el Protocolo incluso con respecto a una garantía internacional no inscrita en el Registro Internacional.

100. Finalmente, la tercera área de interacción más evidente entre el Protocolo de Pretoria y la legislación nacional aplicable es la que se activa cuando un Estado Contratante realiza alguna de las declaraciones prevista en el texto internacional. Estas declaraciones, que pueden adoptar la forma de exclusión (*opt-out*) – Art. VIII, sobre la colaboración de las autoridades administrativas en el ejercicio de los remedios por el acreedor - o de inclusión (*opt-in*) – Art. XVI sobre la designación de puntos nacionales de acceso al Registro Internacional - y que pueden ser obligatorias u opcionales, implican la aplicación de una solución uniforme prevista en el Protocolo (sobre la ley nacional) – Art. X sobre los procedimientos de insolvencia -, la elección de una de las opciones ofrecidas como alternativas por el instrumento internacional (Art. VII sobre los equipos asociados a un bien inmueble) o, por el contrario, la inaplicación del Protocolo o de alguna de sus disposiciones a una operación que, en ausencia de declaración del Estado, habría estado sujeta al régimen uniforme (Art. XII sobre la financiación de inventario). Por tanto, el juego de declaraciones no sólo personaliza, dentro del perímetro así definido por el instrumento internacional, el régimen uniforme para el Estado declarante, sino que además determina las áreas de posible complementariedad y necesaria coordinación entre el texto internacional y la legislación doméstica.

2. Continuidad y consistencia con los Protocolos previos y algunos ajustes y novedades del Protocolo de Pretoria

101. Como componente del sistema de Ciudad del Cabo, el Protocolo de Pretoria se conforma bajo la lógica del Convenio y preservando en todo lo posible y necesario la consistencia con los principios, conceptos y soluciones definitorias del modelo uniforme. Este objetivo de coherencia y conti-

nidad hizo emerger, durante el proceso de elaboración, como en Protocolos anteriores, pero de forma más intensa en este caso dada la experiencia acumulada desde la adopción del Convenio y el Protocolo Aeronáutico en 2001, una discreta tensión entre la conveniencia de mantener la redacción de las disposiciones muy próxima a los Protocolos previos y la necesidad de retocar o depurar el texto en aquellos puntos donde se habían detectado insuficiencias o simples aspectos susceptibles de mejora. La primera variable aconsejaba mantener una alta consistencia formal con los Protocolos previos. Hacer cambios de redacción que no estuvieran motivados por necesidades sustantivas podría interpretarse, no obstante, como un cambio intencionado que animara a desviarse de concepciones o interpretaciones previas. La segunda variable alentaba, sin embargo, a aprovechar la oportunidad para mejorar la redacción o aclarar la comprensión de términos, expresiones o formulaciones del texto donde pudiera ser útil y necesario.

102. Se logra en el texto final del Protocolo de Pretoria un resultado de equilibrio muy satisfactorio respetando la consistencia formal y sustantiva con el sistema de Ciudad del Cabo en su conjunto para asegurar la coherencia del modelo uniforme, y limitando los ajustes y desviaciones a aquellos aspectos en donde, bien la continuidad de los Protocolos previos podría conducir a error o a una solución inadecuada para los sectores MAC, o bien era necesario acomodar las reglas a las peculiaridades de los equipos, las características de los sectores, o las prácticas de financiación.

103. Pero, además, en el proceso de deliberación y negociación del Protocolo de Pretoria, en las sesiones del CEG y finalmente en la Conferencia Diplomática, algunas disposiciones fueron objeto de discusión por los Estados, resultando en una modificación apreciable con respecto a las disposiciones equivalentes en los demás Protocolos sin que respondiera al tratamiento de una cuestión nueva. Nos detenemos en tres de estos casos especialmente ilustrativos (Arts. VIII, X y XVI).

A) La nueva declaración en el Artículo VIII sobre remedios en caso de incumplimiento

104. El primero de los supuestos se refiere al Artículo VIII que contiene ciertas modificaciones del Protocolo a las disposiciones del Convenio relativas a los remedios en caso de incumplimiento. Por ello, es preciso contextualizar primero esta disposición del Protocolo en el marco de los remedios en caso de incumplimiento regulados en el Convenio.

105. La primera de las piezas básicas del régimen jurídico uniforme que configura el Convenio para las garantías internacionales consiste en un conjunto de medidas y derechos a favor del acreedor garantizado (vendedor condicional o arrendador, según los casos) para tutelar su crédito en caso de que concurran ciertos supuestos cualificados.

106. El principio de autonomía de la voluntad domina, en primer lugar, todo el sistema del Capítulo III del Convenio bajo la rúbrica “Medidas ante el incumplimiento de las obligaciones” (Art. 11). Será el acuerdo (por escrito) entre el acreedor y el deudor el que defina los supuestos que se consideran incumplimiento o que, no siéndolo estrictamente, permitan la aplicación de las medidas y el ejercicio de los derechos regulados en los Artículos 8 a 10 y 13 del Convenio (más los específicos previstos en cada Protocolo). Por tanto, los supuestos acordados por las partes, en el momento de concluir el contrato, que activan la aplicación de las medidas y el ejercicio de los derechos correspondientes al acreedor no se reducen al estricto incumplimiento de las obligaciones, sino que pueden incluir cualquier otra eventualidad que implique, al parecer de las partes, una redistribución de los riesgos (*i.e.* la insolvencia del deudor o un cambio del socio o de los socios de control de la compañía deudora).

107. En el caso, ciertamente inusual, de que las partes no determinen estos supuestos en el contrato, el Convenio (Art. 11.2) cualifica el incumplimiento a los efectos de la aplicación de las medidas y el ejercicio de los derechos establecidos en los Artículos 8 a 10 y 13 del Convenio (además de lo específicamente previsto al respecto en los Protocolos) como “sustancial” en el sentido de que prive

sustancialmente al acreedor de aquello que tiene derecho a esperar en virtud del contrato, en el momento de su conclusión, no en atención a circunstancias posteriores. Se recurre así a una expresión ya conocida en los textos internacionales, en particular, en el particular concepto *sui generis* que la Convención de Viena elabora de “cumplimiento esencial” (Art. 25 Convención de Viena), aunque sin añadir la previsión de que la parte que haya incumplido no haya previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación, esto es, los estándares subjetivo y objetivo del test de previsibilidad. Supuestos de impago en el tiempo acordado, de cumplimiento tardío si de los términos del acuerdo se deduce que el plazo es esencial, de falta de aseguramiento suficiente del objeto o de disposición no autorizada del objeto son casos típicos de incumplimiento sustancial bajo el Convenio; pero también se contemplan contractualmente como supuestos de “default” el incumplimiento de obligaciones de información o la superación de una determinada ratio de endeudamiento general. Se trata, en definitiva, de evitar que incumplimientos menores o de escasa importancia activen inexorablemente el instrumental de medidas y acciones previstas. De hecho, en la práctica comercial, los pequeños incumplimientos suelen conducir a las partes a la renegociación, pero raramente a la resolución del contrato. De este modo, la determinación convencional de los supuestos de incumplimiento actúa como mecanismos de control entre las partes y de seguimiento de la relación contractual.

108. Para la aplicación de las medidas y el ejercicio de los derechos reconocidos a favor del acreedor garantizado (vendedor condicional o arrendador) no es preciso, como ya mencionamos, que la garantía internacional esté inscrita en el Registro Internacional; que es, sin embargo, un requisito previo para asegurar la prioridad de la garantía. La inscripción está destinada fundamentalmente a dar noticia (*give notice*) a los terceros de la garantía internacional y, en consecuencia, anudar a esta publicidad una serie de efectos en materia de prioridad. El registro, sin embargo, no afecta a la aplicación de las reglas sustantivas que establecen los remedios del acreedor en caso de incumplimiento o de ocurrencia de otras eventualidades así determinadas. La inscripción aporta oponibilidad frente a los terceros, pero no afecta a los efectos *inter partes* del contrato.

109. La estructura a la que responde el Capítulo III del Convenio es claro reflejo del particular modelo circular, en dos niveles y de base funcional con el que definíamos la opción regulatoria del texto internacional al establecer el concepto de garantía internacional y determinar su ámbito de aplicación. En efecto, tras haber calificado el acuerdo de garantía según las categorías del Derecho interno aplicable, se vuelve al texto internacional para aplicar el régimen sustantivo uniforme de la garantía internacional consistente en un conjunto de medidas ante el incumplimiento, disposiciones para situaciones de insolvencia y unas reglas básicas de prioridad. Pero, a pesar de la deseada uniformidad, el efecto de la divergente categorización de los acuerdos con función de garantía en el Derecho Comparado, obliga al Convenio a mantener esta disparidad de trato también en sede de remedios del acreedor. De ahí que, de la simple lectura de los artículos 8 a 10 del Convenio, se comprenda que la calificación del acuerdo como constitutivo de garantía, de venta con reserva de dominio o de arrendamiento, no es irrelevante, sino que, bien al contrario, implica la previsión de diversos remedios a favor del acreedor garantizado coherentes con su calificación como titular de un derecho de garantía, o de un verdadero derecho de propiedad.

110. Mientras que dos extensas disposiciones (Arts. 8 y 9) detallan las medidas aplicables al acreedor garantizado, una sucinta provisión (Art. 10) contiene los remedios disponibles para el vendedor condicional o el arrendador. Esta diferente extensión de los artículos dedicados en cada caso refleja claramente que, en realidad, el vendedor condicional y el arrendador en la medida que sean tratados como propietarios, les corresponden las facultades absolutas propias de esta condición. Pero será el Derecho interno el que confirme o discrepe con esta categorización jurídica. De modo que, si la ley nacional aplicable califica el contrato con reserva de dominio como un contrato de garantía y equipara así la posición del vendedor condicional a la de un acreedor garantizado, se aplicarán las medidas establecidas en los Artículos 8 y 9 y no las del artículo 10.

111. De acuerdo con el Artículo 8, el acreedor garantizado puede tomar la posesión o el control del objeto gravado en su beneficio, vender o arrendar dicho objeto o percibir los ingresos o beneficios provenientes de la gestión o explotación del mismo. El Artículo 9, a su vez, establece el mecanismo para que se pueda adjudicar al acreedor la propiedad del objeto gravado con el fin de satisfacer así total o parcialmente las obligaciones garantizadas. De estas cuatro medidas, la consistente en arrendar el objeto gravado está sujeta a la eventual declaración de los Estados contratantes prevista en el Artículo 54 (1). De acuerdo con esta disposición, los Estados contratantes podrán en el momento de depositar su ratificación, adhesión, aceptación o aprobación declarar que el acreedor garantizado no podrá arrendar el objeto en su territorio mientras se encuentre situado en su territorio o controlado desde el mismo.

112. De conformidad con el Artículo 10, el vendedor condicional o el arrendador podrán dar por terminado el contrato y tomar posesión o recuperar el control sobre el objeto. Cualquier otra medida, como proceder a la venta o al arrendamiento del objeto, ni necesita consentimiento del deudor, ni implica el derecho de este último a obtener el excedente que resulte de la venta sobre la cuantía de la deuda garantizada. Las partes podrían, no obstante, acordarlo y, en tal caso, así se aplicaría, siempre que no vulnerara algunas de las disposiciones imperativas del Convenio. Conviene además poner en conexión esta disposición con las reglas de prioridad del Convenio establecidas en el artículo 29 para valorar la posición de los compradores condicionales o arrendatarios con respecto a otras garantías internacionales previamente inscritas (Artículo 29 (4)).

113. Al igual que con respecto a las medidas disponibles para el acreedor garantizado, el Convenio prevé la posibilidad de que las acciones del Artículo 10 se ejerzan extrajudicialmente o mediante la debida orden judicial. Nuevamente es la declaración de los Estados contratantes en virtud del Artículo 54 (2) la que determinará la viabilidad del ejercicio de estas medidas sin intervención judicial.

114. Una vez determinadas las medidas correspondientes a la calificación o recalificación del acuerdo, pueden ser de aplicación otras medidas adicionales previstas en el Protocolo específico, en la legislación aplicable, o acordadas por las partes (Artículo 12 del Convenio). La autonomía de la voluntad de las partes que permitía definir los supuestos de incumplimiento o las demás eventualidades capaces de activar la aplicación de las medidas previstas, se extiende también a la propia determinación de otras medidas adicionales e incluso a la modificación o inaplicación de los efectos de estas disposiciones del Convenio, siempre que no sean contrarias a las disposiciones imperativas del Capítulo III según quedan enumeradas en el Artículo 15. En este último caso, la autonomía de la voluntad no sólo se refiere a los eventuales pactos entre el acreedor y el deudor, en cada tipo de contrato, sino a todo acuerdo entre el acreedor y cualquier otra persona interesada, según se define en el Convenio, para inaplicar o modificar los efectos de las disposiciones del Convenio en sus relaciones recíprocas, salvo aquellas cuya aplicación es imperativa.

115. La ley aplicable puede prever otras medidas adicionales que resultarán aplicables si no contradicen las disposiciones imperativas del Convenio según las detalla el Artículo 15. Además, la legislación nacional vuelve a ser relevante en materia procedimental pues será la ley del lugar en el que tal medida se deba aplicar la que prescriba el procedimiento que deba seguirse en cada caso (tomando en consideración lo previsto en el Artículo 54 (2) del Convenio con respecto a la necesidad de una autorización judicial).

116. Los Protocolos sectoriales, tratando de responder a las especiales exigencias de cada industria, pueden añadir medidas específicas o modificar las disposiciones del Capítulo III de Convenio. Así, el Protocolo Aeronáutico añade en su Artículo IX dos acciones adicionales especialmente adaptadas a la categoría de los equipos gobernados por el mismo: solicitar la cancelación de la matrícula de la aeronave y pedir la exportación y transferencia del equipo aeronáutico en cuestión del Estado en el que se encuentre situado a otro. De este modo, se permite al acreedor modificar la nacionalidad de la aeronave, de acuerdo con los términos del acuerdo y la legislación aplicable, y solicitar su traslado en consecuencia al nuevo

Estado de su nacionalidad o, de hecho, a otro Estado. Estas medidas están disponibles para todos los acreedores, esto es, acreedor hipotecario, vendedor condicional o con reserva de dominio o arrendador y, en este sentido, complementan no sólo a los Artículos 8 y 9, sino también al Artículo 10 del Convenio e, incluso, al Artículo 13, puesto que pueden solicitarse, para los objetos aeronáuticos, también como medidas provisionales sujetas a la decisión definitiva.

117. En este contexto es donde se enmarca el Artículo VIII del Protocolo de Pretoria que analizamos. El Protocolo añade (Art. VIII.1) a los remedios previstos en el Capítulo III del Convenio que ya hemos expuesto, la posibilidad de que el acreedor *to the extent that the debtor has at any time so agreed and in the circumstances specified in that Chapter, procure the export and physical transfer of equipment from the territory in which it is situated*, mientras que el párrafo 5 de este mismo artículo recogía la obligación de los Estados de asegurar la cooperación y asistencia de las autoridades administrativas relevantes a tales efectos para el ejercicio expedito por el acreedor de los remedios de exportación y traslado físico del equipo.

118. Los párrafos 1 a 4 y 6, en su redacción originaria, se aprobaron sin cambios, pero el referido párrafo 5 del Artículo VIII fue objeto de una intensa y larga discusión que, de hecho, se prolongó varios días de sesiones hasta lograr alcanzar el acuerdo final. Este párrafo ya había planteado dudas en la segunda sesión del CEG (octubre 2017) y, por ello, había quedado en el texto del borrador que se presentaba a la Conferencia Diplomática entre corchetes para consideración del Pleno. La clave de la discusión se refería fundamentalmente a tres aspectos. Dos de ellos eran esencialmente de redacción, pero con relevancia sustantiva, mientras que el tercero afectaba directamente a la permanencia misma del párrafo en el texto final del Protocolo. Para facilitar la explicación de cómo la redacción del párrafo ha evolucionado y ha sido finalmente adoptada, se transcribe a continuación la versión inicial del borrador presentado a la Conferencia Diplomática:

[5. Subject to any applicable safety laws and regulations, a Contracting State shall ensure that the relevant administrative authorities [including but not limited to tax and customs authorities and transport infrastructure authorities] expeditiously co-operate with and assist the creditor to the extent necessary for the exercise of the remedies specified in paragraph 1.]

119. Esta redacción, como se indicaba, planteó tres cuestiones: a). si debía mantenerse la referencia a “safety laws and regulations” o debía sustituirse por una más amplia a “applicable laws and regulations”; b). si debía mantenerse en el texto final la frase indicada entre corchetes precisando, de forma no taxativa, las autoridades administrativas – “including but not limited to tax and customs authorities and transport infrastructure authorities”; c). si debía mantenerse esta disposición en el texto final al crear una obligación internacional para los Estados Contratantes que algunas delegaciones consideraban excesiva, imprecisa en su extensión, o bien, difícil de hacer efectiva en caso de incumplimiento. A ello se opusieron numerosos motivos. El primero es que lanzaba una señal equívoca al mercado al eliminar en el Protocolo MAC una disposición existente en otros Protocolos previos, lo que podría entenderse como, de hecho, un cambio de dirección intencionado en el caso de los sectores MAC. El segundo, porque esta disposición es clave para la eficacia real de los remedios establecidos en el Protocolo a favor del acreedor en caso de incumplimiento del deudor. El acreedor podría ver fácilmente frustrados todos los intentos de ejercicio de los remedios del Protocolo por falta de colaboración de las autoridades administrativas. En particular, se refiere a la posibilidad de desplazar y exportar el equipo objeto de garantía. Este tipo de remedios está sujeto a ciertos controles o trámites administrativos, cuyo bloqueo haría inoperante *de facto* el ejercicio del remedio.

120. Tras un intenso debate y largas negociaciones, se alcanzó un acuerdo basado en tres pilares. Primero, se mantiene intacta la referencia a “safety laws and regulations” porque opera como una excepción a la obligación del Estado Contratante y, por ello, debe quedar limitada a razones de seguridad. De este modo, se evitaría que, en la práctica, un Estado se amparara en cualquier legislación nacional

para que las autoridades administrativas no facilitaran la exportación del equipo. Segundo, se elimina la referencia entre corchetes a algunos ejemplos de autoridades administrativas porque se entendía que, al no ser una lista exhaustiva sino meramente ejemplificativa, era incompleta, vaga y podía generar interpretaciones inadecuadas sobre la extensión institucional de la obligación. Tercero, se acuerda mantener la disposición en el texto final del Protocolo. Para ello, se negoció una solución de compromiso tras considerar varias opciones.

121. Las opciones que se barajaron fueron las siguientes. Primera, una declaración *opt-in* que obligara a los Estados que quisieran declarar la aplicación de esta disposición a realizar una declaración afirmativa. Esta fórmula fue rechazada por varios motivos: complejidad de la ratificación, carga excesiva e innecesaria a la Secretaría de UNIDROIT con la gestión de declaraciones, esencialidad de la disposición que no podría quedar sujeta a la declaración de aplicación de un Estado y el mismo argumento de la equívoca señal al mercado sobre la eficacia de los remedios y la satisfacción de las expectativas de los acreedores. Segunda, una declaración *opt-out* que permitiera a los Estados que desearan declarar la inaplicación de esta obligación, realizar una declaración en este sentido. Esta fórmula resultaba más coherente con el amplio apoyo de las delegaciones a la preservación de esta disposición. De modo que el desacuerdo minoritario podría gestionarse de forma más eficaz con una declaración *opt-out*. Tercera, una declaración mixta en la que el Estado que deseara aplicar la declaración (*opt-in*) pudiera declarar que tal obligación de colaboración de las autoridades administradoras para facilitar de forma expedita la exportación del equipo se llevara a cabo “de conformidad con los principios de no discriminación”, de modo que no pudiera implicar ni interpretarse como un trato preferencial o privilegiado para los acreedores garantizados bajo el Protocolo con respecto al resto de acreedores con garantía.

122. La fórmula de compromiso fue la incorporación de una declaración *opt-out* que permitiera a los Estados que lo desearan excluir la aplicación en su territorio del párrafo 5. Así, el Artículo VIII quedó redactado como sigue:

“5. Subject to any applicable safety laws and regulations, a Contracting State shall ensure that the relevant administrative authorities expeditiously co-operate with and assist the creditor to the extent necessary for the exercise of the remedies specified in paragraph 1.

6. A Contracting State may, at the time of ratification, acceptance, approval of, or accession to this Protocol, declare that it will not apply the preceding paragraph.”

123. En este sentido, el Protocolo de Pretoria incorpora una declaración nueva que se desvía del tratamiento dado a esta obligación en el Protocolo Aeronáutico (Art. XIII.4) y Ferroviario (Art. VII.5).

B) La eliminación de alternativas en el Artículo X sobre remedios en caso de insolvencia

124. El segundo ejemplo afecta a una de las disposiciones económicas más importantes del sistema de Ciudad del Cabo: el Artículo X referido al tratamiento de la garantía internacional en los procedimientos de insolvencia y los remedios disponibles. Antes de explicar el cambio acometido por el Protocolo de Pretoria, conviene ubicar esta disposición en el sistema uniforme en su conjunto.

125. El Convenio parte de la premisa fundamental de que el valor de una garantía se mide finalmente por su efectividad en un procedimiento de insolvencia. Por tanto, un régimen completo y eficaz para las operaciones garantizadas requiere una adecuada y coherente combinación con las reglas aplicables a las situaciones de insolvencia donde concurren los intereses del deudor y de todos sus acreedores, garantizados o no, privilegiados u ordinarios.

126. La regla general es, de acuerdo con el Artículo 30 del Convenio, que en cualquier procedimiento de insolvencia contra el deudor (o el cedente según Art. 37), la garantía internacional inscrita en

virtud del Convenio con anterioridad al inicio de dicho procedimiento – según el momento que determine la ley concursal aplicable (Art. 1(d)) - será efectiva, es decir, se reconocerá a su titular la acción de ejecución o realización forzosa de la garantía sobre el objeto afecto quebrando el principio *par conditio creditorum*. Este reconocimiento se extiende a los derechos y garantías no contractuales inscritos de conformidad con el Artículo 40 y las garantías nacionales protegidas mediante inscripción de un aviso en el Registro Internacional en virtud del Artículo 50 (2).

127. Esta declaración no implica *sensu contrario* la inmediata y automática negación de todo efecto en el procedimiento de insolvencia a las garantías internacionales no inscritas. En su apartado segundo, el artículo 30 advierte que no perderá eficacia en caso de insolvencia del deudor una garantía internacional no inscrita antes del inicio del procedimiento correspondiente si la ley aplicable nacional le reconoce (al equivalente de la garantía internacional en el Derecho interno) tal eficacia sin necesidad de previa inscripción. Con todo, una garantía internacional no inscrita siempre es más vulnerable a la ley concursal aplicable que una garantía internacional inscrita.

128. Sin embargo, el Artículo 30 (3) del Convenio puede ser modificado por los Protocolos. Así resulta del complejo Artículo XI del Protocolo Aeronáutico que ofrece un régimen especial para los objetos aeronáuticos en los procedimientos de insolvencia en línea con las modernas estrategias de financiación en la industria. Su aplicación depende de la previa declaración del Estado Contratante, en la medida que actúe como jurisdicción principal en el procedimiento concursal, y es susceptible de exclusión (no modificación), en su integridad, por voluntad de las partes (Artículo IV (3) del Protocolo). Esta disposición, considerada una de las de mayor relevancia económica del instrumento y redactada bajo una fórmula alternativa, opera en relación con el Artículo XXX en virtud del cual “(u)n Estado Contratante podrá declarar en el momento de la ratificación, aceptación o aprobación del presente Protocolo, o en el de la adhesión al mismo, que aplicará íntegramente la Alternativa A o íntegramente la Alternativa B del Artículo XI y, en tal caso, especificará los tipos de procedimiento de insolvencia (o “situaciones de insolvencia”), si corresponde, a los que se aplicará la Alternativa A y los tipos de procedimiento de insolvencia, si corresponde, a los que se aplicará la Alternativa B. Un Estado Contratante que formule una declaración en cumplimiento de este párrafo especificará el período requerido en el Artículo XI”. El plazo al que se refiere el Artículo XI es el denominado “período de espera”. De conformidad con la Opción A, en una situación de insolvencia, el administrador de la insolvencia o el deudor, harán entrega del objeto aeronáutico al acreedor garantizado en ese plazo o, si fuera más breve, en el plazo en el que el acreedor hubiera tenido derecho a la posesión del objeto aeronáutico de conformidad con la ley aplicable, distinta del Convenio y el Protocolo.

129. El Protocolo Espacial adopta exactamente la misma fórmula alternativa con dos opciones (Alternativa A y B) y de igual contenido que en el Protocolo Aeronáutico para los bienes de equipo espacial (Art. XXI del Protocolo Espacial).

130. Sin embargo, el Protocolo de Luxemburgo ofrece en este caso una respuesta propia, seguida posteriormente también por el Protocolo MAC en sus etapas iniciales de elaboración, pero que luego descarta. El Artículo XI del Protocolo Ferroviario – y con posterioridad la primera versión del Artículo X del MAC Protocol – quiebra la dualidad de alternativas sobre la que se construyó el régimen de insolvencia en el Protocolo Aeronáutico para añadir una tercera opción (Alternativa C) que actúa como vía intermedia entre el modelo para riguroso o estricto de la Alternativa A (*rule-based*) y el discrecional de la Alternativa B. La nueva alternativa retiene los elementos básicos de protección del acreedor que vertebran la Alternativa A, pero con el reconocimiento de una mayor discreción del tribunal para suspender la reposición del bien por el acreedor en ciertas circunstancias.

131. Los tribunales de los Estados Contratantes aplican estos artículos de los respectivos protocolos de conformidad con la declaración formulada por el Estado Contratante siempre que sea la jurisdicción de insolvencia principal. Si un Estado Contratante no formula declaración alguna, el artículo

referido no se aplicará y será, por tanto, la legislación concursal nacional la ley aplicable a los supuestos de insolvencia.

132. En este contexto y con estos antecedentes, el Artículo X del Protocolo de Pretoria llega a la Conferencia Diplomática emulando el Protocolo Ferroviario con tres alternativas. Sin embargo, durante las sesiones, se plantea un intenso debate sobre la adecuada configuración de esta pieza clave del sistema de Ciudad del Cabo que termina conduciendo a una importante reformulación del artículo.

133. Este debate arranca con la constatación y el acuerdo sobre la relevancia del Artículo X sobre los remedios en caso de insolvencia para lograr los beneficios económicos del sistema de Ciudad del Cabo. Su esencialidad se condensa en tres principales motivos. Primero, la insolvencia representa el test de stress más importante sobre la efectividad de la garantía mobiliaria y define de forma crucial las expectativas de recuperación del valor del acreedor. Segundo, el equivalente a esta disposición en el Protocolo Aeronáutico, en su Alternativa A, es una de las “*qualifying declarations*” necesarias para obtener el “descuento del Convenio de Ciudad del Cabo” de la OCDE en la financiación. Tercero, la Unión Europea ha declarado en relación con el Convenio y los Protocolos previos que los Estados Miembros no podrán realizar ninguna declaración relativa a esta disposición que queda bajo su competencia exclusiva. Por tanto, únicamente podrán realizar la reforma de su Derecho interno para incorporar, en su caso, una solución equivalente a la Alternativa A del Protocolo Aeronáutico para obtener los beneficios económicos del descuento⁸⁰.

134. Teniendo en cuenta la situación anterior, el debate sobre el Artículo X del Protocolo MAC se abordó desde la perspectiva de su utilidad económica. La Alternativa A (del Protocolo Aeronáutico) es la única que proporciona beneficios económicos, y ha sido elegida por todos los Estados, salvo uno, que han realizado una declaración. La experiencia demuestra que una eventual elección de las Alternativas B y C que, en realidad, no coinciden plenamente con ningún régimen de insolvencia existente, crea una complejísima interacción y resulta de muy difícil ajuste con el Derecho nacional sin proporcionar ventajas económicas. Y, además, puesto que aquellos Estados que no realizan ninguna declaración bajo el Artículo X aplican su Derecho interno las alternativas B y C no tenían ningún valor real en la práctica.

135. Con estas consideraciones se abrió el debate sobre la conveniencia, en tal caso, de eliminar las Alternativas B y C del Artículo X dejando como única opción la elección entre la Alternativa A (expresa declaración *opt-in*) o el Derecho de insolvencia nacional aplicable. Al ser una de las disposiciones en la que los Estados Miembros no tienen competencia y, por tanto, no pueden realizar ninguna declaración, se recordó que la única opción para los Estados Miembros de lograr los beneficios económicos era reformar el Derecho interno. Por tanto, las Alternativas B y C no eran relevantes⁸¹. La exigencia de la Unión Europea era que la disposición se mantuviera como una disposición opcional sujeta a declaración.

136. Por tanto, a diferencia de los tres Protocolos anteriores que cuentan con una disposición alternativa sobre insolvencia (con dos o tres opciones), el Protocolo de Pretoria contiene un Artículo

⁸⁰ Efectivamente, el paquete de declaraciones que habilitan para aprovechar una reducción en el coste de la financiación en los términos del ASU (*Aircraft Sector Understanding* (versión de 1 de febrero de 2017) incluye declaraciones referidas a los Artículos X y XI del Protocolo Aeronáutico, en particular, para la fijación de un plazo para la adopción de medidas provisionales previstas en el Artículo 13 del Convenio. La única vía entonces sería la adaptación del Derecho interno para proveer soluciones funcionalmente equivalentes a las ofrecidas por las declaraciones no disponibles. 1 February 2017 Arrangement on Officially Supported Export Credits [TAD/PG(2017)1] que reemplaza la versión previa de 1 de febrero de 2016, Annex III, Sector Understanding on Export Credits for Civil Aviation (ASU) 1] disponible, junto con información y documentación adicionales en <http://www.oecd.org/tad/xcred/aircraftsectorunderstandings.htm>.

Lista de países que cumplen las condiciones previstas en los Artículos 35 y 38 del Apéndice II del ASU y que, por consiguiente, resultan cualificados para obtener el descuento del Convenio de Ciudad del Cabo: <http://www.oecd.org/tad/export-credits/ctc.htm>.

⁸¹ En la sesión del 14 de noviembre, se aprobó la eliminación de las Alternativas B y C del Artículo X (DCME-MAC – Doc. 24).

X singular que, manteniendo su naturaleza opcional que requiere la declaración de los Estados para su aplicación (*opt-in*), sólo cuenta con una única alternativa coincidente con la antigua Alternativa A.

C) Los puntos nacionales de acceso al Registro Internacional

137. El tercero de los cambios que vamos a abordar se refiere precisamente al tercer pilar en el que, junto con el concepto uniforme y autónomo de garantía internacional y el conjunto de reglas sustantivas uniformes, se apoya el sistema de Ciudad del Cabo: la creación de un Registro Internacional.

138. Con la misma filosofía Convenio general/Protocolos específicos, se prevé la creación de un Registro para cada categoría de bienes. Actualmente, sólo el Registro Internacional para equipo aeronáutico es plenamente operativo y ha alcanzado un éxito indiscutible⁸². Bajo la supervisión de la ICAO, la compañía Aviareto, Limited, con sede en Dublín, opera como registrador del Registro Internacional de equipo aeronáutico. El acceso, la consulta, la inscripción y los demás detalles del funcionamiento del Registro se regulan en su Reglamento de Normas y Procedimientos, así como, al ser íntegramente electrónico, en los Términos de Uso del sitio (www.internationalregistry.aero). Los Registros Internacionales para los Protocolos Ferroviario, Espacial y de Pretoria se encuentran en diferentes fases de concepción y desarrollo funcional y operativo⁸³. De hecho, la dependencia de las reglas sustantivas del Convenio/Protocolo del sistema registral exige una plena coordinación entre la entrada en vigor del Protocolo y la puesta en marcha del Registro correspondiente puesto que el sistema sustantivo de Ciudad del Cabo requiere la pieza registral para desplegar todos sus efectos.

139. La función del Registro es dar noticia (*notice registration* sin aportación documental), asegurar la oponibilidad a terceros y permitir el juego de las reglas de prioridad de las garantías internacionales y otros derechos y acuerdos susceptibles de inscripción (no sólo garantías internacionales, garantías internacionales futuras, cesiones y cesiones futuras de garantías internacionales, adquisiciones de garantías internacionales por subrogación legal o contractual y acuerdos de subordinación de rango, sino también avisos de garantías nacionales y derechos y garantías no contractuales susceptibles de inscripción). Si bien la correspondiente garantía se perfecciona sin necesidad de inscripción, que no es constitutiva, una vez inscrita en el Registro Internacional es oponible a terceros y adquiere prioridad sobre cualquier garantía inscrita con posterioridad y cualquier garantía no inscrita en el Registro, incluso aunque, e independientemente de que, conociera con anterioridad la existencia de la garantía inscrita posteriormente o no inscrita. Por tanto, la inscripción no es un requisito constitutivo de la garantía (*inter partes*) sino un elemento para su perfección y oponibilidad frente a terceros⁸⁴.

⁸² Alcanzando en 2019 un millón de inscripciones y renovando así el contrato con ICAO para gestionar y operar el Registro Internacional - <https://www.aviareto.aero/celebrating-one-million-registrations/> (última consulta 15/6/2020).

⁸³ En la *Resolution No. 1 of the Luxembourg diplomatic Conference on 23 February 2007* se constituye una Comisión Preparatoria (*Preparatory Commission – Rail PrepCom*) para la puesta en funcionamiento del Registro Internacional para material rodante ferroviario. En 2014 se designa y concluye el acuerdo con Regulis SA (filial de SITA) para la gestión del registro.

En la *Resolution 1 relating to the setting up of the Preparatory Commission for the establishment of the International Registry for Space Assets*, Anexo II del Acta Final de la Conferencia Diplomática de Berlín, UNIDROIT 2012 – DCME – SP – Doc. 43, se fija un plazo de tres años desde la adopción del Protocolo el 9 de marzo de 2012 para la puesta en funcionamiento del sistema registral y la entrada en vigor del Protocolo espacial. En la sesión de diciembre de 2015, la Comisión Preparatoria (*Space PrepCom*) constituida con este objetivo finaliza la elaboración del Reglamento del Registro. En esta misma sesión se abordó la selección de la entidad encargada del registro y la designación de Autoridad de Supervisión.

Como ya se indicó, en la Resolución num. 1 *relating to the establishment of the Preparatory Commission for the establishment of the International Registry for mining, agricultural and construction equipment*, se constituye la Comisión Preparatoria para el Protocolo de Pretoria. Esta Comisión (*PrepCom*) se encargará de preparar los criterios, condiciones y requisitos para el Registro Internacional del Protocolo de Pretoria.

⁸⁴ D.B. FURNISH, “The Creation and Notice of Security Interest in Movable Property (*Efectos Constitutivos y Declarativos de las Garantías Reales Mobiliarias*)”, *Uniform Commercial Code Law Journal*, vol. 36, num. 1, Summer 2003, pp. 99-121.

140. No obstante, si bien el Registro es único, centralizado e internacional, se ofrece a los Estados contratantes la posibilidad de que designen uno o varios puntos de acceso al Registro Internacional bajo dos posibles modalidades: punto de acceso directo, que transmite directamente la información de la inscripción al Registro Internacional, o punto de acceso autorizante, que sólo autoriza la transmisión de la información - generalmente con el otorgamiento de un código previo (*Unique Authorization Code*, UAC) -. Todos los puntos nacionales de acceso designados por los Estados contratantes⁸⁵ que han optado por esta opción hasta la fecha operan en la actualidad como puntos autorizantes.

141. La clave para la estabilidad y consistencia del sistema registral internacional es que la existencia de un punto de acceso nacional no altere los requisitos sustantivos de las garantías internacionales ni los requisitos formales para su inscripción de conformidad con el texto uniforme, ni podrá significar la imposición de procedimientos o requisitos, distintos de los establecidos en el Convenio y el Protocolo que pudieran resultar en la efectiva e injustificada denegación de acceso al Registro Internacional.

142. Sin embargo, los puntos nacionales de acceso no forman parte del sistema del Registro Internacional por lo que quedan regulados por la normativa nacional que resulte aplicable. El establecimiento de reglas de funcionamiento y procedimientos adecuados para el punto nacional de acceso es, no obstante, esencial porque pueden afectar a la inscripción de una garantía en el Registro Internacional y, en consecuencia, al despliegue de los efectos derivados de la inscripción. Tengamos en cuenta que, como regla general y de conformidad con el apartado 12.7 de las *Normas y Procedimientos para el Registro Internacional* (ICAO Doc 9864, octava edición 2019), en caso de existir un punto de acceso nacional, toda inscripción en el Registro Internacional que eluda los procedimientos previstos por el punto nacional de acceso devendría inválida. De modo que, si se designa un punto de acceso, pero no se articula debidamente su funcionamiento o los procedimientos son inadecuados, las partes podrían ver imposibilitada o retrasada la inscripción de sus garantías con los consiguientes efectos en prioridad y oponibilidad. Por todo ello, si bien, está prevista una excepción a la regla general de invalidez (ap. 12.8 *Normas y Procedimientos para el Registro Internacional*)⁸⁶, el efecto útil del sistema registral de Ciudad el Cabo depende, en tal medida, del funcionamiento de los puntos de acceso nacionales.

143. En este contexto, el cambio analizado se refiere al Artículo XVI que permite a los Estados Contratantes designar uno o varios puntos nacionales de acceso, autorizantes o directos, para la inscripción en el Registro internacional. Es una disposición opcional que se aplica únicamente si el Estado hace una declaración en este sentido (*opt-in*) y que aparece en todos los Protocolos previos. En particular, en el Protocolo Aeronáutico, a pesar de su limitado uso (12 Estados contratantes en el Protocolo Aeronáutico), se ha considerado una disposición relevante para ciertos países que cuentan con un sistema registral consolidado de ámbito sectorial o general. España ha realizado la declaración en relación con los equipos aeronáuticos designando como punto de acceso autorizante el Registro de Bienes Muebles⁸⁷.

⁸⁵ En junio de 2020, doce Estados Contratantes han designado un punto nacional de acceso: Albania, Argentina, Brasil, China, Costa de Marfil, Egipto, España, Estados Unidos de América, Méjico, Emiratos Árabes Unidos, Ucrania y Vietnam.

⁸⁶ *Normas y Procedimientos para el Registro Internacional* (ICAO Doc 9864, octava edición 2019):

“12.8 Una inscripción no es inválida si:

a) en el caso de un punto de acceso autorizante, no se puede obtener un código de autorización en el marco de sus procedimientos; o

b) en el caso de un punto de acceso directo, el uso de ese punto de acceso no está permitido en el marco de sus procedimientos; según los hechos de la transacción con que está relacionada”.

⁸⁷ Sobre la declaración de España en este sentido y la designación del punto nacional de acceso, T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “El nuevo Reglamento de matriculación de aeronaves civiles y el Convenio de Ciudad del Cabo y su Protocolo sobre garantías internacionales en elementos de equipo aeronáutico”, *Revista de Derecho del Transporte: Terrestre, Marítimo, Aéreo y Multimodal*, núm. 15, 2015, págs. 235-257; T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “La adhesión de España al Protocolo Aeronáutico del Convenio de Ciudad del Cabo y su implementación: una primera valoración del nuevo Reglamento de Matriculación de Aeronaves”, *Bitácora Millenium DIPr*, núm 2, 2015, pp. 88-112 – Parte I <http://www.millenniumdipr.com/ba-29-la-adhesion-de-espana-al-protocolo-aeronautico-del-convenio-de-ciudad-del-cabo-parte-i>, Parte II: <http://www.millenniumdipr.com/ba-30-la-adhesion-de-espana-al-protocolo-aeronautico-del-convenio-de-ciudad-del-cabo-parte-ii>; T. RODRÍGUEZ DE LAS

144. En el CEG algunas delegaciones consideraron que, en el sector minero, agrícola y de construcción, la designación de puntos de acceso tendría menos sentido y propusieron la eliminación. Pero por petición de varias delegaciones, la disposición se mantuvo para su posterior deliberación en Pretoria.

145. En la Conferencia Diplomática, la disposición fue, por eso, objeto de un intenso debate en el que se abordaron varias cuestiones: la conveniencia y la utilidad de los puntos de acceso, la obligatoriedad de su uso, los efectos sobre la validez de la inscripción de un eventual incumplimiento de los requisitos del punto nacional de acceso, el factor de conexión para determinar el punto de acceso competente y los posibles modelos alternativos que la tecnología ofrecía para convertir los puntos de acceso en auténticos intermediarios que aportaran valor a los usuarios y facilitaran la gestión de la información al Registro Internacional sobre equipo minero, agrícola y de construcción.

146. La discusión se organizó alrededor de cinco puntos clave. Primero, que el Protocolo MAC debía permitir a los Estados que realizaran una declaración para designar puntos nacionales de acceso en coherencia con los Protocolos previos y para atender los intereses de algunos Estados. Segundo, que la disposición debería ser sencilla y suficientemente flexible para acomodar modelos tecnológicos, funcionales y operativos innovadores siempre que se mantengan adecuadamente alineados con los principios rectores del sistema de Ciudad del Cabo. Tercero, que debía ser la Autoridad Supervisora la que estableciera los estándares de organización y funcionamiento de estos puntos de acceso para garantizar la consistencia con el sistema de Ciudad del Cabo y su viabilidad. Cuarto, que independientemente de que se concibiera el uso del punto nacional de acceso como obligatorio o como facultativo, era fundamental determinar el factor de conexión –bien en el texto del Protocolo, o bien en el Reglamento–. Quinto, que, a pesar de que la lógica del sistema de Ciudad del Cabo, las explicaciones del Comentario Oficial y las disposiciones del Reglamento del Registro Internacional de equipo aeronáutico así lo determinan claramente, convenía aclarar en el texto del Protocolo que el incumplimiento de los requisitos aplicables a un punto nacional de acceso no podrá afectar a la validez de la inscripción en el Registro Internacional y sólo podrá tener consecuencias eventualmente de Derecho nacional.

147. Las decisiones adoptadas en relación con los cuatro primeros aspectos apuntados no supusieron ningún cambio con respecto a los Protocolos previos. Es decir, se mantuvo la disposición en el texto como optativa sujeta a declaración por los Estados y se remitió al ulterior Reglamento que se adoptara para el Registro Internacional del Protocolo de Pretoria el establecimiento de los estándares aplicables a los puntos nacionales de acceso para que fueran consistentes con el sistema de Ciudad del Cabo. En este sentido, la referencia al factor de conexión (se valoró prioritariamente la situación del deudor en coherencia con el factor de conexión general) se establecería en el Reglamento, sin añadir ninguna referencia en el texto del Protocolo. Por tanto, a pesar del largo debate que sirvió para aclarar, confirmar y facilitar un entendimiento común de los Estados sobre la figura de los puntos nacionales de acceso en el contexto del sistema de Ciudad del Cabo, formalmente, la disposición, en estos aspectos, no se desvió de la contenida en los Protocolos anteriores.

148. El cambio que se quiere destacar es el que derivó del análisis del último punto referido: el efecto que el incumplimiento de los requisitos aplicables al punto de acceso nacional tendría sobre la validez y eficacia de la garantía nacional inscrita. Esta cuestión es crítica porque determina, en realidad, la independencia y la eficacia del Registro Internacional como registro internacional. Por ello, la relación

HERAS BALLELL, “The accession by Spain to the Cape Town Convention: a first assessment”, *Uniform Law Review - Revue de droit uniforme* 2014; DOI: <https://doi.org/10.1093/ulr/unu004>, pp. 1-23; T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “Claves para la aplicación en España del Convenio de Ciudad del Cabo y su Protocolo Aeronáutico: análisis del estado de implementación y cuestiones críticas”, *Bitácora Millenium DIPr*, num. 3-4, pp. 100-127, 2016 (<http://www.millenniumdipr.com>); T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “The Cape Town Convention and its Implementation in Spanish Law” (Chapter 10), in KOZUKA, Souichirou (Editor), *Implementing the Cape Town Convention and the domestic laws on secured transactions, Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, Springer, Switzerland, 2017, pp. 173-195.

radial con los puntos de acceso nacionales, que atiende a los intereses soberanos de los Estados, debía definirse con absoluta claridad para evitar la quiebra del sistema en sus extremos. La decisión que se ha tomado en el Protocolo de Pretoria es decisiva y contundente. Mediante la inclusión de un nuevo párrafo 3 con el tenor siguiente “3. A registration shall not be invalid by reason of being made otherwise than in conformity with any requirement imposed by a Contracting State under paragraph 1”, el Protocolo de Pretoria establece de manera explícita la inatacabilidad de la validez de la garantía internacional inscrita en el Registro Internacional por la mera razón de que no se hayan cumplido los requisitos aplicables al punto nacional de acceso impuestos por el Estado declarante. Los motivos por los que esta falta de conformidad puede producirse son variados: bien porque el Estado declarante no ha habilitado, a pesar de la declaración, el punto de acceso; bien porque el punto de acceso no es operativo en la emisión del código de autorización; o bien porque se haya incumplido la solicitud o alguno de los trámites del procedimiento habilitados a tal efecto. Todo ello sin perjuicio de las sanciones o consecuencias jurídicas que puedan resultar aplicables a nivel nacional.

149. Estos tres ejemplos tomados de la redacción y adopción final de los Artículos VIII, X y XVI refuerzan el alineamiento del Protocolo de Pretoria con la lógica funcional y operativa del sistema de Ciudad del Cabo mostrando algunas interesantes desviaciones de los Protocolos previos en disposiciones que se proyectan precisamente sobre tres de los componentes esenciales del sistema uniforme: los remedios en caso de incumplimiento, el tratamiento de la garantía internacional en la insolvencia y el modelo registral para dotar de oponibilidad a la garantía y articular las normas de prioridad.

V. Las soluciones innovadoras del Protocolo de Pretoria: financiación de inventario y equipos asociados a bienes inmuebles

150. La necesidad de acomodar el marco general del Convenio de Ciudad del Cabo a las características especiales de los bienes de equipo mineros, agrícolas y de construcción, a las prácticas específicas de financiación en estos sectores y, en general, a las condiciones particulares de estas industrias no sólo implicó hacer algunos ajustes en las soluciones comunes, sino además abordar cuestiones completamente nuevas que no se habían tenido que tratar en los Protocolos previos. Una vez más la posibilidad de encajar estas situaciones novedosas en la lógica del Convenio de Ciudad del Cabo sin comprometer su coherencia ni cuestionar sus principios vertebrales ha demostrado la maleabilidad del sistema de Ciudad del Cabo y su fuerza expansiva como técnica armonizadora de base modular y aproximación sectorial.

1. De la movilidad a la asociación con bienes inmuebles

151. La primera de las disposiciones totalmente nueva y singular del Protocolo de Pretoria es el Artículo VII que establece el régimen aplicable a los bienes de equipo asociados a un bien inmueble (*immovable-associated equipment*)⁸⁸. La conveniencia de incluir esta disposición que es única y original del Protocolo MAC es indudable, pues se pueden producir situaciones de conexión del equipo con un bien inmueble que pueden afectar a la existencia de la garantía internacional, a su prioridad o incluso a la naturaleza del equipo como bien mueble, requisito material para crear una garantía internacional en el sistema de Ciudad del Cabo. En contraste con la movilidad natural del equipo aeronáutico, los activos espaciales, y el material rodante ferroviario, el equipo cubierto por el ámbito de aplicación del Protocolo de Pretoria no solo revela una naturaleza móvil bastante menos visible, sino que además puede carecer totalmente de movilidad y quedar fijado, asociado o de algún modo incorporado a un bien inmueble. La

⁸⁸ Se define en el Artículo I(2), letra k) del Protocolo de Pretoria como:

“(...) equipment that is so associated with immovable property that an interest in the immovable property extends to the equipment under the law of the State in which the immovable property is situated”

asociación potencial con un bien inmueble refuerza, primero, la imagen estacionaria del funcionamiento de estos equipos y, en segundo lugar, requiere proporcionar una solución totalmente nueva para la que no se contaba con orientación alguna en protocolos anteriores.

152. Las características de los equipos a los que se aplica el Protocolo MAC y su funcionamiento ordinario en el curso de la actividad a la que habitualmente se destinan hacen posible que se produzca o sea necesaria, de hecho, para su operativa, una asociación del bien de equipo con bienes inmuebles, de tal manera que el bien pase a tratarse como bien inmueble y/o que la garantía sobre ese bien de equipo que deviene asociado al bien inmueble deje de existir o quede subordinada a cualquier otro derecho o garantía sobre el bien inmueble. El tratamiento de estas situaciones de conexión, asociación o incorporación, sin embargo, reciben un tratamiento dispar en el Derecho Comparado. Las diversas sensibilidades políticas, consideraciones de soberanía estatal e intereses de protección de la tierra explican que la armonización internacional en este campo sea muy limitada⁸⁹ y subyacen en la dificultad de formular una regla común para los equipos asociados a bienes inmuebles. Una dificultad a la que también se ha tenido que enfrentar el Protocolo de Pretoria y que, ante la disparidad de soluciones, tuvo que resolver, por ello, con una disposición con tres alternativas sujeta a la declaración de los Estados Contratantes.

153. El punto de partida es la definición del término “immovable-associated equipment” para delimitar el ámbito de aplicación del régimen opcional que contiene el Artículo VII sujeto a declaración de los Estados. La definición no se basa ni en factores materiales ni fácticos. No se centra en el grado de vinculación del equipo con el bien inmueble, en su permanencia o en su intensidad, sino que recurre a una variable exclusivamente jurídica con una fórmula referencial al Derecho aplicable. Así, se entenderá por equipo asociado a un bien inmueble aquel sobre el que, por razón precisamente de esta conexión o asociación, se extiende un derecho o interés en el bien inmueble (propiedad o garantía) de conformidad con la ley del Estado en el que el bien inmueble está situado. Esta referencia al Derecho del Estado donde esté situado el bien inmueble sólo es pertinente en esta fase para delimitar conceptualmente la figura, pero no determina las consecuencias jurídicas, que resultarán de la declaración del Estado Contratante al Artículo VII.

154. El régimen aplicable a un equipo asociado a un inmueble está contenido en el Artículo VII. Este Artículo tiene tres alternativas que reflejan adecuadamente las diversas posturas que podrán adoptar los Estados Contratantes. Su aplicación depende de una declaración obligatoria que permite a los Estados optar por una alternativa más favorable a la aplicación del texto internacional (esencialmente A), al Derecho nacional (básicamente C) o intermedia (B). Por ello, si el bien inmueble se sitúa en un Estado no Contratante, el Protocolo no resulta de aplicación, y la cuestión se resolverá por la legislación nacional aplicable.

155. Una de las cuestiones más interesantes sobre el alcance del artículo, objeto de intenso debate en la Conferencia Diplomática, es si este régimen está previsto únicamente para determinar la existencia, continuidad y prioridad de las garantías internacionales creadas con anterioridad a la incorporación del equipo en el bien inmueble (*pre-association*) o también a la posibilidad de crear garantías internacionales en equipos que ya estuvieran incorporados en una propiedad inmobiliaria (*post-association*). La redacción inicial era confusa: *ceases to exist, continues to exist, is subordinated to...* De modo que no parecía aplicable a las situaciones de *post-association*. Se pidió a la Comisión en la Conferencia Diplomática que acordara si pretendía que esta disposición fuera aplicable tanto a las situaciones de creación de garantías internacionales antes de la asociación como a la creación ulterior de una garantía en un equipo que ya fuera *immovable-associated equipment*. Así se acordó y se procedió a encargar al Comité de Redacción los ajustes pertinentes. Esta decisión es de gran importancia porque se extiende sobre el concepto mismo de “bien de equipo”.

156. La distinción entre la Alternativa A (favorable a la aplicación del Protocolo) y la Alternativa B (que ofrece una solución intermedia) es el estándar utilizado para definir la situación de “asocia-

⁸⁹ X. CHEN; G. LUO, “The Harmonization of Property Law”, *Transition Studies Review*, num. 17, 2010, pp. 413-429.

ción” con el bien inmueble. Mientras que la Alternativa A gira esencialmente sobre un estándar fáctico de separabilidad, la Alternativa B opta por un estándar jurídico de individualidad.

157. Se había decidido en la sesión del CGE que la aplicación de la Alternativa A quedaría limitada exclusivamente a los supuestos en los que el *immovable-associated equipment* se puede separar del inmueble bajo determinadas condiciones fijando un estándar, de tipo fáctico y carácter uniforme (estándar del Protocolo, no del Derecho nacional), que refleje la idea de que el equipo ha perdido su valor como unidad económica causando un daño sustancial cuya reparación implica costes irrazonables. La redacción final se transcribe a continuación:

“3. If immovable-associated equipment is severable from the immovable property, its association with the immovable property does not affect the application of this Protocol, including the creation, existence, priority or enforcement of any international interest in that equipment. This Protocol does not apply to immovable-associated equipment that is not severable from the immovable property.

4. Immovable-associated equipment is severable from the immovable property only if its estimated value after physical disconnection of the equipment from the immovable property would be greater than the estimated cost of the disconnection and of any restoration of the immovable property.”

158. La Comisión tuvo que abordar, además, la propuesta de añadir un nuevo párrafo con una presunción *iuris tantum*: si el equipo es separable del inmueble en las condiciones indicadas en el momento de creación de la garantía internacional o en el momento de la asociación con la propiedad inmueble continúa siendo separable en un momento ulterior. Se aceptó la propuesta y se redactó como sigue:

“5. If immovable-associated equipment is severable from the immovable property at the time it becomes immovable-associated equipment or the time an international interest in the equipment is created, whichever is the later, there is a rebuttable presumption that it continues to be severable from that immovable property”

159. La Alternativa B incorpora como estándar la pérdida de identidad individual en un sentido jurídico y, por ello, de conformidad con la legislación del Estado en el que se encuentre el bien inmueble al que el equipo se ha incorporado. El primer párrafo remite a la legislación doméstica aplicable la regulación de la creación, la existencia, o la prioridad de una garantía internacional en el bien asociado si éste, al incorporarse al bien inmueble, ha perdido su identidad jurídica individual. Si no es así, es decir, si mantiene su identidad jurídica individual, el siguiente párrafo resuelve el conflicto y la prioridad entre un derecho o garantía en el bien inmueble, que por efecto de la incorporación se extienda al bien de equipo, y una garantía internacional inscrita sobre el bien de equipo. Si el derecho o garantía en el bien inmueble se ha inscrito, conforme a los requisitos exigidos por la legislación nacional del Estado declarante, antes de la inscripción de la garantía internacional sobre el equipo y la asociación del equipo con el bien inmueble se ha producido con anterioridad a la inscripción de la garantía internacional sobre tal equipo, entonces la garantía sobre el bien inmueble tiene prioridad sobre la garantía internacional.

160. La Alternativa C representa la opción por la solución que establezca la legislación doméstica. Esto es, la ley del Estado donde se encuentre el bien inmueble será la que determine si una garantía internacional en un bien de equipo asociado con el bien inmueble se puede crear, continúa existiendo o deja de existir con la incorporación, queda subordinada a cualquier otro derecho o garantía en el bien inmueble o se ve afectada de cualquier otro modo por razón de la asociación.

2. De la financiación sobre activos a la financiación de inventario

161. La segunda de las disposiciones enteramente novedosas del Protocolo de Pretoria es el Artículo XII. En el borrador de texto elaborado por el *Study Group* no se había contemplado esta disposi-

ción. La propuesta de incorporación en el texto del Protocolo de una disposición relativa a la financiación de inventario se debatió en el plenario del CGE y se redactó en el Comité de redacción (*Drafting Committee*) en el periodo entre sesiones. El motivo de esta propuesta de incorporación en el texto de reglas relativas a la financiación de inventario se debía fundamentalmente a la constatación en la praxis comercial que, a diferencia de los equipos aeronáuticos, ferroviarios y espaciales, los equipos de minería, agricultura y construcción cubiertos por el Protocolo de Pretoria pueden integrarse en el curso ordinario de los negocios en las operaciones de financiación de inventario de intermediarios, distribuidores o concesionarios. La lógica del sistema de Ciudad del Cabo, como un régimen uniforme para las operaciones de financiación de activos, con un Registro Internacional de “folio real” – la inscripción se hace individualmente para cada equipo y tras su perfecta identificación individualizada – se compatibiliza difícilmente con la inscripción en bloque y la rotación natural de los activos en la financiación de inventario⁹⁰.

162. Por ello, y con esta argumentación de fondo, la propuesta quedó articulada en el borrador para la discusión en la Conferencia Diplomática sobre las siguientes bases. Primera, la inclusión de dos nuevas definiciones en el Artículo II: “dealer” y “inventory”. Segunda, una nueva declaración que permitiría a los Estados que deseen realizarla excluir (*opt-out*) el tratamiento como garantía internacional de las garantías sobre inventario creadas o provistas por un “dealer”. De este modo, si el Estado Contratante realizara esta declaración, los acreedores que financien inventario para operadores (“dealers”) que venden o distribuyen de otro modo equipo minero, agrícola y de construcción no deberán asumir la carga de inscribir cada uno de los equipos del inventario financiado objeto de venta o leasing por el “dealer” en el curso ordinario de su negocio. Tercera, la modificación de las reglas de prioridad del Convenio, en su artículo 29.3(b) y 4(b), cuando el Estado haya realizado la declaración para contemplar una *take-free rule* que proteja al adquirente del equipo a través de un intermediario (*dealer*) en el curso de su actividad comercial.

163. El debate que acompañó la discusión de esta disposición en la Conferencia Diplomática y que dirigió su configuración final en el texto presenta las aristas más críticas del sistema de Ciudad del Cabo cuando se expande a sectores donde las prácticas de financiación sobre activos se desvían de la lógica que vertebra el Registro Internacional. Por ello, es interesante exponer con cierto detalle el debate de fondo.

164. La decisión de política legislativa de permitir la inaplicación del Protocolo por declaración expresa de un Estado Contratante a la financiación de inventario apuntaba a la viabilidad y sostenibilidad misma del sistema. La preocupación principal manifestada en las deliberaciones era que una exclusión general del Protocolo MAC a la financiación de inventario quiebra la uniformidad del sistema, afecta a la continuidad del Registro internacional y debilita la consistencia del Convenio. No obstante, frente a estos riesgos, se reconocía que, para algunos Estados, cuyos regímenes de financiación de inventario son sólidos y funcionan eficazmente, la posibilidad de excluir la aplicación del Convenio y el Protocolo en estos casos y con los límites indicados anteriormente (cuando el *dealer* es deudor) es fundamental. Precisamente el éxito del Protocolo de Pretoria requiere lograr un equilibrio de estos intereses en tensión. Se confirmó así la aceptación de una fórmula de exclusión (*opt-out*) expresa mediante declaración para aquellos Estados que lo deseen: se presume la aplicación del Protocolo y la exclusión deba ser expresa y mediante declaración.

“1. This Article applies only where a Contracting State has made a declaration pursuant to Article XXVIII(4).

2. An interest in inventory created or provided for by an agreement under which the dealer is the debtor is not an international interest if the dealer is situated in the Contracting State referred to in the preceding paragraph at the time the interest is created or arises
(...)”

⁹⁰ J.F. RIFFARD, “Sûretés mobilières et stocks: ou l’art et la manière de résoudre la quadrature du cercle”, in S. BAZINAS; O. AKSELI (Eds.), *International and Comparative Secured Transactions Law: Essays in Honour of Roderick A Macdonald*, Oxford, Hart Publishing, 2017, Chapter 9.

165. Aun habiéndose aceptado la conveniencia de permitir esta declaración de inaplicación, el alcance de la exclusión no era clara. Se planteó así si la exclusión de la aplicación del Protocolo en tales casos debía ser total o sólo debía afectar a las reglas sobre la inscripción de la garantía internacional, de modo que los remedios y el tratamiento de la garantía en caso de insolvencia conforme al Protocolo siguieran aplicándose. Esta postura tenía una lógica interesante pues descargaba al acreedor que financia la adquisición de inventario del único elemento del Protocolo que encarece y complica la transacción: la necesidad de realizar las inscripciones en el Registro Internacional sobre cada uno de los equipos que integran el inventario y, por tanto, cancelar la inscripción en cada rotación de inventario que el curso normal del negocio requiriera. Sin embargo, en la medida en que se iba a configurar como una disposición opcional, si aquellos Estados más interesados en realizar la declaración de inaplicación, en las consultas con su industria, consideraban preferible renunciar a todos los beneficios del Protocolo, la Comisión en pleno apoyó la configuración de la declaración como una exclusión plena y no parcial del texto internacional.

166. La segunda derivada del régimen opcional para la financiación de inventario era la configuración de una regla de *take-free* en estos casos. Se barajaron varias opciones para su configuración: como una regla general del Protocolo aplicable a todas las garantías internacionales dadas las características de los equipos y las partes contratantes; como una regla opcional sujeta a declaración establecida en el propio Protocolo; como una regla opcional vinculada a la declaración que un Estado realizara para la exclusión del Protocolo en caso de financiación de inventario; o, como una remisión a la regla aplicable para una “garantía equivalente” en el Derecho doméstico. Había que tener en cuenta importantes consideraciones para tomar la decisión: que una regla general en el Protocolo, incluso concebida como opcional, arruinaría el funcionamiento mismo del sistema de Ciudad del Cabo; y que la remisión a la legislación nacional crearía en muchas jurisdicciones una situación de altísima complejidad por la disparidad de reglas en función de la naturaleza de la transacción y la dificultad, o imposibilidad, de encontrar una “garantía nacional equivalente” que permitiera identificar el punto de contacto para elegir la ley aplicable. Ante tales consideraciones, la Comisión en pleno acordó como solución que el párrafo 3 del Artículo XII excluyera la aplicación de las reglas de prioridad correspondientes del Artículo 29 del Convenio con el siguiente tenor:

“3. Article 29(3)(b) and 29(4)(b) of the Convention do not apply to a buyer, conditional buyer or lessee of inventory from a dealer if the dealer is situated in the Contracting State referred to in paragraph 1 at the time that a buyer, conditional buyer or lessee acquires its interest in or rights over the inventory (...).”

167. Finalmente, hubo que resolver otra interesante cuestión para delimitar el alcance del régimen opcional para la financiación de inventario: el factor de conexión. Se planteaba si el factor de conexión para la aplicación de la declaración de exclusión de un Estado debía ser la ubicación del inventario (*lex res sitae*) o la situación del deudor. Este aspecto generó un intenso y largo debate. El segundo criterio garantizaba la consistencia del factor de conexión con el sistema de Ciudad del Cabo que se fundamenta en la situación del deudor, pues, de hecho, es una respuesta ante la inoperancia de la *res sitae* en equipos móviles. La ubicación del inventario es además un criterio que puede ser cambiante, difícil de determinar (en tránsito), ajeno totalmente a los elementos de la transacción, o inconsistente con las modernas prácticas comerciales. Por ello, se acordó finalmente el empleo de la situación del deudor como criterio único. De entre los criterios del Artículo 4 del Convenio, se optó por elegir únicamente uno de ellos: el establecimiento principal del deudor.

“4. For the purposes of this Article a dealer is situated in a State where it has its place of business or, if it has more than one place of business in different States, its principal place of business.”

168. Por tanto, el estudio en profundidad del proceso de elaboración, negociación y adopción, el 22 de noviembre de 2019, en la ciudad de Pretoria, del cuarto Protocolo al Convenio de Ciudad del Cabo que extiende el exitoso régimen uniforme de garantías internacionales a los equipos de minería, agricultura y construcción nos permite concluir que esta adopción del Protocolo de Pretoria reafirma el éxito, la

solidez y el acierto de este singular y efectivo sistema de Ciudad del Cabo como un ambicioso, flexible y prometedor modelo de armonización internacional. El interesante proceso de elaboración del Protocolo de Pretoria muestra la flexibilidad del sistema de Ciudad del Cabo y refuerza la afirmación de su fuerza expansiva. La consistencia del sistema de Ciudad del Cabo, su agilidad, su maleabilidad y su adaptabilidad a diversos sectores, categorías de equipos y prácticas de financiación se demuestran no sólo en la capacidad de las disposiciones del Convenio de responder a las necesidades de estos nuevos sectores, que se manifiesta en la continuidad y el alineamiento con los conceptos y principios del sistema uniforme, sino también en la receptividad de las soluciones novedosas, únicas y particulares, que el Protocolo de Pretoria ha incorporado hábilmente al sistema sin comprometer su consistencia y su sostenibilidad.

LA REMISIÓN Y LA TRANSFERENCIA DE COMPETENCIA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL EN EL REGLAMENTO (UE) 2019/1111

THE TRANSFER OF JURISDICTION IN PARENTAL RESPONSABILITY IN (EU) REGULATION 2019/1111

M^a ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ

*Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Sevilla*

ORCID ID: 0000-0003-3616-1079

Recibido: 19.05.2020 / Aceptado: 03.06.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5626>

Resumen: Los arts. 12 y 13 del Reglamento (UE) 2019/1111 regulan de forma más detallada la remisión y la transferencia de competencia entre órganos jurisdiccionales de Estados miembros, recogiendo en muchas de las nuevas reglas las soluciones ya avanzadas por el TJUE. No obstante, la falta de respuesta expresa a algunas cuestiones seguirá ocasionando problemas en su aplicación. Además en el art. 97.2.b) del Reglamento se aclara que con respecto a la transferencia de competencia entre un órgano jurisdiccional de un Estado miembro y un órgano jurisdiccional de un Estado parte del Convenio de La Haya de 1996 en el que no se aplique el Reglamento, se aplicarán los artículos 8 y 9 de dicho Convenio.

Palabras clave: competencia judicial internacional, remisión y transferencia de competencia, interés superior del menor.

Abstract: Articles 12 and 13 of Regulation (EU) 2019/1111 regulate more detailed the transfer and request of jurisdiction between a courts of Members States, collecting in many of the new rules the solutions already advanced by the CJEU. However, the lack of answer to some questions will cause problems. Also article 97.2.b) affirms that with respect to the transfer of jurisdiction between a court of a Member State and a court of a State Party to the 1996 Hague Convention in which this Regulation does not apply, articles 8 and 9 of that Convention shall apply.

Keywords: international Jurisdiction, transfer and Request of jurisdiction, best interest of the child.

Sumario: I. Introducción: Los trabajos de reforma del Reglamento 2201/2003. II. La justificación de la remisión/transferencia de competencia en la regulación de la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental. 1. Presentación genérica de los foros de competencia judicial internacional: el principio de proximidad y sus excepciones. 2. La remisión/transferencia de competencia: sentido y justificación. III. Las soluciones del Reglamento 2019/1111: la remisión y la transferencia de competencia. 1. La remisión de competencia a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro: el nuevo artículo 12. a) Limitaciones en cuanto a los órganos jurisdiccionales que pueden activar la remisión. b) Precisiones sobre los requisitos que justifican activar la remisión. c) Precisiones sobre las reglas procesales. 2. La transferencia de competencia solicitada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no tiene competencia: el nuevo artículo 13. 3. Las relaciones con el Convenio de La Haya de 1996. IV. Reflexiones finales.

I. Introducción: Los trabajos de reforma del Reglamento 2201/2003

1. En cumplimiento con lo dispuesto en el art. 65 del *Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000*¹, la Comisión presentó en abril de 2014 el *Informe al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social*, en el que se puso de manifiesto que si en líneas generales el Reglamento ha funcionado de forma satisfactoria, su aplicación práctica ha demostrado que son varias sus carencias y que determinadas normas debían mejorarse².

Con el objetivo de analizar a fondo todos los problemas detectados, la Comisión puso en marcha una consulta pública en la que se formulaban sugerencias de revisión e impulsó una evaluación más detallada en el marco del Programa de adecuación y eficacia de la reglamentación (RETIF). Esta evaluación del Reglamento se realizó sobre la base de dos encuestas (una entre las autoridades centrales y otra entre los Estados miembros) y un estudio externo³. También se constituyó un grupo de expertos independiente y en el marco de la Red judicial europea en materia civil y mercantil, se debatió periódicamente el funcionamiento del Reglamento en varias reuniones de las autoridades centrales. Además se ha tenido en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia interpretando el Reglamento.

2. Sobre la base de todos estos estudios la Comisión presentó, en junio de 2016 la “*Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)*”⁴, en la que se señalaron seis grandes deficiencias en relación a las cuestiones de responsabilidad parental: el procedimiento de restitución de menores, el acogimiento del menor en otro Estado miembro, el requisito del exequátur, la audiencia del menor, la ejecución efectiva de las resoluciones y la cooperación entre las autoridades centrales.⁵

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

² *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000*, Documento COM (2014) 225 final, 15 de abril de 2014.

³ Study on the assessment of Regulation (EC) n° 2201/2003 and the policy options for its amendment. Final Report. Evaluation: http://ec.europa.eu/justice/civil/files/bxl_iaa_final_report_evaluation.pdf. Study on the assessment of Regulation (EC) n° 2201/2003 and the policy options for its amendment. Final Report. Analytical Annexes: http://ec.europa.eu/justice/civil/files/bxl_iaa_final_report_analytical_annexes.pdf

⁴ Documento COM (2016) 411 final, 30 de junio de 2016.

⁵ La propuesta de Reglamento se acompaña de una evaluación de impacto en la que se tratan por separado las cuestiones identificadas como problemáticas, así como las distintas opciones políticas contempladas (Documento SWD (2016) 207 final y Documento SWD (2016) 208 final).

Hay que señalar que muchos han sido los trabajos publicados en relación con algunos aspectos de la Propuesta de Reglamento: P. BEAUMONT, L. WALKER AND J. HOLLIDAY, “Parental Responsibility and International Child Abduction in the proposed recast of Brussels IIa Regulation and the effect of Brexit on future child abduction proceedings”, <http://sro.sussex.ac.uk/62447/>; Th. M. DE BOER, “What we should not expect from a recast of the Brussels II bis Regulation?”, *NiPR*, n° 1, 2015, pp. 10-19; L. CARPANELLO, “La ricerca di una (nuova) sintesi tra interesse superiore del minore in astratto e in concreto nella riforma del Regolamento Bruxelles II-bis”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n° 4, 2018, pp. 944-977; M. A. GANDÍA SELLENS, “La responsabilidad parental y la sustracción de menores en la propuesta de la Comisión para modificar el RBII bis: algunos avances, retrocesos y ausencias”, *Anuario español del Derecho internacional privado*, T. XVII, 2017, pp. 799-820; M. HERRANZ BALLESTEROS, “El acogimiento transfronterizo en la Propuesta de refundición del Reglamento Bruselas II bis”, *La Ley/Unión Europea*, n° 44, enero de 2017, pp. 1-16; C. HONORATI, “La proposta di revisione del Regolamento Bruxelles II-bis: più tutela per il minore e più efficacia nell’esecuzione delle decisioni”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n° 2, 2017, pp. 247-282; T. KRUGER AND L. SAMYN, “Brussels II bis: successes and suggested improvements”, *Journal of Private International Law*, n° 1, 2016, pp. 132-168; E. RODRÍGUEZ PINEAU, “La refundición del Reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo”, *Revista española de Derecho internacional*, n° 1, 2017, pp. 139-165; M^a A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “La reforma del Reglamento n° 2201/2003: análisis de las soluciones propuestas en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones”, *Anuario español del Derecho internacional privado*, T. XVII, 2017, pp. 767-784; H. VAN LOON, “The Brussels IIa Regulation: towards a review?”, *Cross-Border Activities in the EU-Making Life Easier for Citizens, Workshop for the JURI Committee*, Directorate-General for Internal Policies. Policy Department. Citizens’ Rights and Constitutional Affairs (2015).

3. Con respecto a las crisis matrimoniales se consideró que no era preciso la necesidad de intervenir, lo que no significa que en este ámbito no existan problemas, tal y como viene señalando de forma reiterada la doctrina (por ejemplo, el amplio número de foros del art. 3 y su alternatividad, la ausencia del foro de la autonomía de la voluntad...)⁶. El temor a no alcanzarse la unanimidad exigida por el artículo 81.3 TFUE respaldó mantener por ahora la regulación vigente en la materia⁷. De hecho, todos los trabajos preparatorios han estado presididos por dos principios: el necesario requisito de unanimidad y el de que “nada está acordado hasta que todo esté acordado”.

4. Por lo que se refiere al desarrollo de los trabajos de reforma señalar que en enero de 2017 el Comité Económico y Social emitió su Dictamen⁸; la primera Resolución del Parlamento Europeo fue aprobada el 18 de enero de 2018 y la segunda el 14 de marzo de 2019⁹; y que finalmente el Reglamento sería aprobado por unanimidad por el Consejo en su sesión de 25 de junio de 2019¹⁰.

5. Las principales modificaciones que se establecen en el *Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida)*¹¹, en materia de responsabilidad parental son, a grandes rasgos, las siguientes:

- Se define en el art. 2.2.6) “menor” (toda persona que tenga menos de 18 años), si bien en materia de sustracción internacional de menores, y en concordancia con el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, el límite se fija en los 16 años (art. 22).
- Se reforman, como veremos de forma más detallada, algunas de las reglas de competencia judicial internacional, donde ahora se incluyen las medidas provisionales, incluidas las cautelares, en casos de urgencia;
- Se consagra una disposición específica sobre el derecho del menor a expresar sus opiniones (art. 21).
- La sustracción internacional de menores se regula en un Capítulo propio (Capítulo III);

⁶ Entre otros, A. BONOMI, “La compétence internationale en matière de divorce. Quelques suggestions pour une (improbable) révision du Règlement Bruxelles II bis”, *Revue critique de droit international privé*, n° 4, 2017, pp. 511-534; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “What about matrimonial matters?”, *Rescating the Brussels IIa Regulation. Workshop 8 november 2016*, Directorate-General for Internal Policies. Policy Department. Citizens’ Rights and Constitutional Affairs (2016); B. CAMPUZANO DÍAZ, “La propuesta de reforma del Reglamento 2201/2003: ¿se introducen mejoras en la regulación de la competencia judicial internacional”, en M. GUZMÁN ZAPATER Y C. ESPLUGUES MOTA (dirs), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 91-102; M^a A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Divorcio entre cónyuges del mismo sexo como paradigma de la ineludible incorporación del *forum necessitatis* al Reglamento Bruselas II bis”, *Revista de Derecho comunitario europeo*, n° 63, 2019, pp. 407-448.

⁷ Recuérdese que el primer intento de reforma del Reglamento 2201/2003 fracasó (Doc. COM (2006), 399 final, 17 de julio de 2006) y que la Propuesta de Reglamento tuvo que ser retirada. El resultado final fue la aprobación del *Reglamento (UE) núm. 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial*, DOUE núm. L 343, de 29 de diciembre de 2010.

⁸ DOUE núm. C 125, de 21 de abril de 2017. Por su parte, el 15 de febrero de 2018 el Supervisor Europeo de protección de datos emitió su Dictamen (DOUE núm. C 120, de 6 de abril de 2018).

⁹ DOUE núm. C 458, de 19 de diciembre de 2018; la segunda Resolución está pendiente de publicación en el Diario Oficial.

¹⁰ Para realizar un seguimiento detallado del proceso de tramitación puede consultarse el siguiente enlace: https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2016_190

¹¹ DOUE núm. L 178, de 2 de julio de 2019. En materia matrimonial hay que destacar que los actuales arts. 6 y 7 se refunden en una sola disposición (art. 6, “competencia residual”) en la que se elimina la referencia al carácter exclusivo de los foros del art. 3 y se aclara el ámbito de aplicación personal, cuestión que había suscitado mucha polémica doctrinal. Recuérdese, al respecto, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de noviembre de 2007, C-68/07, Kerstin Sundenlind López c. Miguel Enrique López Lizazo.

Uno de los primeros estudios sobre el Reglamento es el realizado por F.J. FORCADA MIRANDA, *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111. Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Sepin, 2020.

- Se establece en el Capítulo IV una nueva regulación en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones puesto que se suprime de forma genérica el exequátur (con posibilidad de oposición en fase de ejecución), y se consolida el trato más favorable de determinadas resoluciones (las que conceden derechos de visita y aquellas dictadas sobre el fondo del derecho de custodia que supongan la restitución del menor, con posterioridad a una resolución sobre la no restitución);
- Se introducen algunas normas mínimas para mejorar la ejecución de las sentencias;
- Se refuerza, en el Capítulo V, el papel de las autoridades centrales; y
- Se precisa de forma más detallada las relaciones con otros instrumentos, en particular con el Convenio de La Haya de 19 de octubre 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

6. Que la aplicación del Reglamento 2019/1111 se haya diferido al 1 de agosto de 2022 (art. 105.2)¹², debe aprovecharse para estudiar todas estas novedades, puesto que sólo de esta forma consideramos que los operadores jurídicos podrán entender el nuevo texto y aplicarlo de forma correcta. Con este propósito queremos abordar en este trabajo el análisis de un aspecto muy concreto: las soluciones que se establecen sobre la remisión y la transferencia de competencia en materia de responsabilidad parental. En concreto los arts. 12 y 13 del Reglamento 2019/1111 que, si es cierto se inspiran en la filosofía del vigente art. 15 del Reglamento 2201/2003, consagran nuevas reglas con la finalidad de corregir las disfunciones que la aplicación práctica de la norma ha suscitado y de recoger la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia (escasa, hasta la fecha). Para ello comenzaremos analizando la justificación de esta regla en el esquema general de competencia judicial internacional, para después estudiar los requisitos que deben cumplirse para que pueda activarse o solicitarse la transferencia de competencia.

II. La justificación de la remisión/transferencia de competencia en la regulación de la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental

1. Presentación genérica de los foros de competencia judicial internacional: el principio de proximidad y sus excepciones

7. En líneas generales el esquema de foros del Reglamento 2019/1111 en materia de responsabilidad parental es tributario del establecido en el Reglamento 2201/2003. Se consagra como foro general el de la residencia habitual del menor en un Estado miembro y se establecen las siguientes reglas especiales para:

- El derecho de visita recogándose, en el art. 8, la misma regulación que la del Reglamento 2201/2003;
- El traslado o retención ilícitos, sin perjuicio de la posible elección de foro con arreglo a lo dispuesto en el art. 10 del Reglamento. El procedimiento de restitución del menor se regula ahora, como ya se ha adelantado, en el Capítulo III del Reglamento (arts. 22 a 29);
- La elección del órgano jurisdiccional competente con el que el menor esté estrechamente vinculado; cuando las partes, así como cualquier otro titular de la responsabilidad parental han convenido libremente en la competencia o han aceptado expresamente la competencia durante dicho procedimiento y el órgano jurisdiccional se ha asegurado de que todas las partes han sido informadas de su derecho a no aceptar la competencia; y el ejercicio de la competencia responde al interés superior del menor.

¹² El Reglamento se aplicará en todos los Estados miembros, salvo en Dinamarca de conformidad con lo dispuesto en el Protocolo nº 22 anejo al TFUE (Considerando 96). Con respecto al Reino Unido, y como consecuencia de la situación pandémica que estamos viviendo, en el momento de redacción de estas páginas, provocada por la enfermedad Covid-19, no nos atrevemos a afirmar nada puesto que puede ser que solicite una moratoria del periodo transitorio fijado para el Brexit.

- En el art. 10 se detallan ahora los requisitos de forma que debe tener el acuerdo de elección de foro, señalándose que las personas que pasen a ser partes del procedimiento tras la presentación de la demanda podrán dar su consentimiento con posterioridad, considerándose que existe consentimiento implícito de no haber oposición expresa.
- El foro basado en la presencia del menor cuando no pueda determinarse su residencia habitual y no pueda determinarse la competencia en el art. 10. Debe resaltarse que para coordinar el art. 11 del Reglamento con el artículo 52.2 del Convenio de La Haya de 1996 se dispone en el Considerando 25 que el *forum presentiae* solo debe aplicarse a los menores que tuvieran su residencia habitual en un Estado miembro antes del desplazamiento. Si la residencia habitual del menor antes del desplazamiento estaba en un tercer Estado, debe aplicarse la norma sobre la competencia relativa a los menores refugiados e internacionalmente desplazados que figura en el Convenio de La Haya de 1996;
- La remisión y la transferencia de competencia pasa ahora a regularse de forma separada en los arts. 12 y 13, introduciéndose algunas novedades (que analizaremos con detalle);
- La competencia residual se regula en el art. 14; y,
- Por último, se incluyen ahora entre las normas de competencia judicial internacional las medidas provisionales, incluidas las cautelares, en casos de urgencia (art. 15).

8. Para salvaguardar el interés superior del menor (que debe interpretarse conforme al art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Convención de los Derechos del Niño), la competencia se fundamenta en primer lugar en el principio de proximidad al consagrarse, en el art. 7, el foro general de la residencia habitual del menor en un Estado miembro (Considerandos 19 y 20 del Reglamento). Los órganos de la residencia habitual del menor son los que mejor están situados para garantizar el respeto de su interés superior y adoptar, en consecuencia, las medidas que le sean más favorables.

9. Ahora bien el concepto de “residencia habitual” no se define, ni se remite a la legislación de los distintos Estados miembros pues debe interpretarse de forma autónoma, con arreglo a los objetivos y fines del Reglamento y sobre la base de un conjunto de circunstancias de hecho que son particulares en cada caso. En la práctica muchas han sido las dificultades que ha planteado este foro como se desprende de la abundante jurisprudencia del TJUE en la materia, cuyo estudio excede del objetivo de este trabajo¹³.

10. Y no sólo plantea problemas la determinación de la “residencia habitual” del menor sino que también son varias las disfunciones que pueden surgir en su aplicación. El foro de la residencia habitual se fija “en el momento en que se acuda al órgano jurisdiccional”, al no haber prosperado la solución inicialmente prevista en la *Propuesta de Reglamento* y que alineaba su redacción a la prevista en el art. 5 del Convenio de La Haya de 1996¹⁴. Recuértese que en los estudios realizados sobre la aplicación del Reglamento 2201/2003 este fue uno de los principales problemas señalados¹⁵.

¹³ Por señalar algunas: Sentencia 2 de abril de 2009, C- 523/07, A; Sentencia de 22 de diciembre de 2010, C-497/10 PPU, Barbara Mercredi c. Richard Chaffe; Sentencia de 9 de octubre de 2014, C-376/14 PPU, C c.M; Sentencia de 8 de junio de 2017 C-111/17 PPU, OL c. PQ, etc

Para su estudio véase, entre otros, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Litigación internacional, responsabilidad parental y foro de la residencia habitual del menor en un Estado miembro: un estudio jurisprudencial”, en M.A. CEBRIÁN SALVAT (dir), *Protección de menores y Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2019, pp. 307-323; L. A. PÉREZ MARTÍN, “Propuesta de un concepto de residencia habitual de ámbito europeo en situaciones conflictivas de Derecho de familia y sucesiones”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, tomo XVIII, 2018, pp. 469-494.

¹⁴ En concreto se propuso la siguiente redacción del art. 7: “Las autoridades de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro. Cuando el menor cambie legalmente de residencia de un Estado miembro a otro y adquiera una nueva residencia habitual en este último, serán competentes las autoridades del Estado miembro de la nueva residencia habitual”.

En la Primera Resolución del Parlamento Europeo se introdujeron varias enmiendas pero fue durante las negociaciones en el Consejo, al presentarse la Propuesta transaccional y el texto sobre la Orientación general, cuando se volvió a la redacción originaria (Documentos JUSTCIV 292 (Bruselas 30 de noviembre de 2018) y JUSTCIV 310 (Bruselas 12 de diciembre de 2018),

¹⁵ Study on the assessment of Regulation (EC) n° 2201/2003 and the policy options for its amendment. Final Report. Analytical Annexes, cit, pp. 24 y ss; pp. 174 y ss.

11. La concreción del foro general en el tiempo puede generar problemas. El propio Reglamento es consciente de ello cuando permite que pueda conocer de la cuestión de la responsabilidad parental un órgano jurisdiccional de un Estado miembro distinto del lugar de residencia habitual del menor (por ejemplo, y como hemos enunciado, cuando el menor cambia de residencia, en el caso de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental...).

12. Centrémonos en el primero de ellos: el menor cambia legalmente de residencia habitual de un Estado miembro a otro. Dejando al margen el supuesto específico del derecho de visita, dos hipótesis pueden plantearse: Si al producirse el cambio de residencia no existe ningún procedimiento en materia de responsabilidad parental, el principio de proximidad justifica que sean competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nueva residencia habitual y la aplicación del foro general no plantearía ninguna dificultad.

Pero si cuando se cambia la residencia ya estaba en curso un procedimiento en virtud del principio de *perpetuatio jurisdictionis* seguirán siendo competentes los órganos de ese Estado miembro (hasta que el procedimiento concluya mediante resolución o de otra forma), ya que “un cambio de la residencia habitual del menor mientras el proceso está pendiente no implica un cambio de competencia...”¹⁶. El principio de seguridad jurídica y la eficiencia de la justicia justifican, como afirma el Considerando 21, que se mantenga esa competencia.

Ahora bien al mantenerse esa competencia no se garantiza que siempre vaya a conocer de la responsabilidad parental el órgano jurisdiccional más próximo al (nuevo) centro social de vida del menor. Como afirma L. CARPANETO, si desde un punto de vista teórico, “en abstracto”, el foro más idóneo es el de la residencia habitual del menor, puede ocurrir que “en un caso concreto” sea mejor que conozca otro órgano jurisdiccional¹⁷.

Si la *perpetuatio jurisdictionis* se justifica por el principio de seguridad jurídica hay que reconocer que, en ocasiones, puede que no sea el foro que mejor responda al interés superior del menor y, por ello, puede estar justificado que conozca del asunto un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro.

13. Pero también puede ocurrir que el propio foro general de la residencia habitual del menor no sea siempre el más idóneo para conocer de la medida de responsabilidad parental. Piénsese, como apunta la doctrina, en el supuesto de un menor que vive con sus padres en un Estado miembro distinto del de su nacionalidad y queda huérfano. En ese caso la competencia de los órganos de su residencia habitual para adoptar las medidas de protección muestra una “proximidad ficticia” con ese menor, máxime si todos sus familiares, que son los que se van a encargar de él, viven en otro Estado miembro¹⁸.

14. Está justificado por tanto que, de forma excepcional y siempre que responda al interés superior del menor, pueda conocer de la responsabilidad parental un órgano jurisdiccional diferente del de la residencia habitual del menor. Y es aquí donde cobra sentido que el Reglamento haya previsto la posibilidad de que se pueda remitir/ transferir la competencia a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro. Asistimos a una “flexibilización” o a un “proceso de materialización” del sector del conflicto de jurisdicciones¹⁹.

¹⁶ Así lo expresa la *Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis*, pág. 27.

¹⁷ L. CARPANETO, “La ricerca di una (nuova) sintesi tra interesse superiore del minore in astratto e in concreto...”, ob. cit. pág. 959.

¹⁸ J. VARA PARRA, “El interés del menor en los foros de competencia judicial para las acciones de responsabilidad parental en el Reglamento (CE) núm. 2001/2003”, *Revista española de Derecho internacional*, núm. 2, 2006. pág. 803. Este ejemplo también es utilizado en el *Informe explicativo de P. LAGARDE al Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños* (www.hcch.net), pág. 29.

¹⁹ J. VARA PARRA, “El interés del menor en los foros de competencia judicial...”, ob.cit. pág. 803.

2. La remisión/transferencia de competencia: sentido y justificación

15. La posibilidad de que pueda remitirse el conocimiento de un asunto al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, con el que el menor tiene una especial vinculación y estar por ello mejor situado, fue prevista en el art. 15 del Reglamento 2201/2003. De esta forma el Reglamento se alineaba, con algunas diferencias, a las soluciones consagradas en los arts. 8 y 9 del Convenio de La Haya de 1996²⁰.

La incorporación de esta regla supuso toda una novedad puesto que era la primera vez que un Reglamento daba entrada, aunque con muchos matices, a la doctrina anglosajona del *forum non conveniens/forum conveniens*²¹ y que se caracteriza por otorgar discrecionalidad a los órganos jurisdiccionales para no conocer del litigio, incluso existiendo un principio de proximidad, al entender que otros órganos están mejor situados para conocer del supuesto (*forum non conveniens*); o bien solicitar conocer del asunto (*forum conveniens*)²².

16. Precisamente esta discrecionalidad, que permite al órgano jurisdiccional decidir si va a conocer o no del litigio, es la que ha impedido que este mecanismo tenga cabida en el Reglamento Bruselas I, puesto que su esquema de foros está basado en el principio de proximidad razonable, en la previsibilidad y la seguridad jurídica. Así lo ha afirmado el TJUE en las distintas sentencias en las que ha tenido que enfrentarse a esta cuestión (en particular, y por su entidad, en la Sentencia Owusu²³). Al respecto debe recordarse que durante los trabajos de reforma del Reglamento 44/2001 no prosperó la iniciativa del Parlamento Europeo encaminada a introducir esta figura²⁴.

17. Frente a esta regulación de la competencia judicial internacional en materia patrimonial, el art. 15 del Reglamento 2201/2003 permite, de forma excepcional y cuando se cumplan los requisitos que se establecen, que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro competente para conocer del fondo del asunto pueda remitir el conocimiento del asunto o de una parte específica del mismo, si considera que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tiene una vinculación especial está mejor situado para conocer del asunto, y cuando ello responda al interés superior del menor.

Esta remisión de la competencia sólo puede realizarse a favor de los órganos jurisdiccionales prefijados en el Reglamento (aquéllos con los que se entiende que el menor tiene esa especial vinculación), exigiéndose además una cooperación entre el órgano que remite y al que se remite (remisión+aceptación). Por estas razones la doctrina sostiene de forma unánime que no nos encontramos ante la figura tradicional del *forum non conveniens*. Como expone M. HERRANZ BALLESTEROS, si bien el mecanismo del art. 15 y el *forum non conveniens* “responden al mismo objetivo”, que el litigio se desarrolle ante el tribunal más adecuado, son varios los rasgos que los diferencian: en el art. 15 no se produce conflicto de competencia entre ambos órganos jurisdiccionales; se enumeran en una lista las autoridades hacia las que se puede declinar la competencia; el órgano de origen no puede inhibirse hasta que el tribunal alternativo se declare competente y, por último, la cooperación ente autoridades²⁵.

²⁰ Para su estudio véase el *Informe Explicativo de P. LAGARDE*, ob. cit., pp. 29-32.

²¹ Con posterioridad el Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DOUE núm. L 201, de 27 de julio de 2012), establece en el art. 6.a) que el tribunal que debería conocer del asunto, por el foro general o por la competencia subsidiaria, puede abstenerse de conocer, a instancia de una de las partes en el procedimiento, si considera que los tribunales del Estado miembro cuya ley fue elegida están en mejor situación para pronunciarse sobre la sucesión, habida cuenta de las circunstancias prácticas de ésta, tales como la residencia habitual de las partes y la ubicación de los bienes..

²² Para un análisis *in extenso* en la doctrina española M. HERRANZ BALLESTEROS, *El forum non conveniens y su adaptación al ámbito europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

²³ Sentencia de 1 de marzo de 2005, C-281/02, Andrew Owusu c. N.B. Jackson.

²⁴ Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de septiembre de 2010, sobre la aplicación y revisión del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Véase, C.M. MARIOTTINI, “The proposed Recast of the Brussels I Regulation and Forum non conveniens in the European Union Judicial Area”, en F. POCAR, I. VIARENGO, F.C. VILLATA (eds), *Rescating Brussels I*, Cedam, Padova, 2012, pp. 285-296.

²⁵ M. HERRANZ BALLESTEROS, *El forum non conveniens y su adaptación...*, ob.cit., pp.196-200.

Por todo ello se afirma que el art. 15 es un *forum non conveniens* “mediante codecisión”²⁶; o de “naturaleza cooperativa bilateral”²⁷. De hecho, el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 19 de noviembre de 2015 afirmó expresamente que el art. 15 completa las normas de competencia establecidas en el Reglamento “mediante un mecanismo de cooperación...”²⁸.

18. En los estudios realizados sobre la aplicación del Reglamento 2201/2003, la práctica ha demostrado que la norma ha planteado los siguientes problemas²⁹: de un lado, se ha realizado un uso muy limitado de la posibilidad de transferir la competencia debido, entre otras razones, a la ambigüedad de sus reglas procesales, la falta de precisión de algunos plazos o a la demora que puede acarrear en el desarrollo del proceso³⁰; por otra parte, la necesaria cooperación que debe existir entre ambos órganos jurisdiccionales ha fallado en ocasiones por falta de confianza; y, por último, el art. 15 guarda silencio en cuanto a la transferencia de competencia a favor de los órganos jurisdiccionales de un tercer Estado (en particular, con los de un Estado parte del Convenio de La Haya de 1996).

Hay que señalar, no obstante, que en la *Propuesta de Reglamento* presentada por la Comisión la norma no fue objeto de modificación, más allá de algunas correcciones terminológicas, ni tampoco en la Primera Resolución del Parlamento Europeo. Fue durante las negociaciones en el Consejo (al presentarse la Propuesta transaccional y el texto sobre la Orientación general) cuando el art. 15 fue objeto de revisión pues se modifican algunos requisitos y se regula en dos disposiciones distintas la remisión de la competencia a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro (que puede realizarse de oficio o a instancia de parte) y la transferencia de competencia solicitada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no tiene competencia³¹. Otro aspecto a destacar es que en esta nueva regulación se recoge la jurisprudencia del TJUE dictada hasta la fecha (que ya había aclarado algunos aspectos de su funcionamiento) y se precisan las relaciones con el Convenio de La Haya de 1996, es decir, la transferencia de competencia entre un órgano jurisdiccional de un Estado miembro y un órgano de un Estado parte del Convenio de La Haya de 1996 en el que no se aplique el Reglamento.

III. Las soluciones del Reglamento 2019/1111: la remisión y la transferencia de competencia

1. La remisión de competencia a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro: el nuevo artículo 12

19. El art. 12 del Reglamento 2019/1111 recoge el grueso de la regulación del vigente art. 15 del Reglamento 2201/2003, es decir, la posibilidad de que, en circunstancias excepcionales, el órgano jurisdiccional de un Estado miembro competente en cuanto al fondo pueda remitir la competencia si considera que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el menor tenga un vínculo estrecho

²⁶ A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 17ª ed, Comares, Granada, 2017, pág. 549. A. QUIÑONES ESCAMEZ, “Nuevas normas comunitarias en materia de responsabilidad parental”, *Indret*, núm. 4, 2004.

²⁷ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Responsabilidad parental, transferencia de la competencia a los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro e interés superior del menor”, *La Ley/Unión Europea*, 30 de diciembre de 2016, pág. 1.

²⁸ Asunto C-455/15 PPU, P c.Q. Recuérdese que en esta Sentencia el Tribunal de Justicia extendió al art. 15 la prohibición del control de la competencia judicial internacional consagrada en el art. 24 del Reglamento 2201/2003.

²⁹ Study on the assessment of Regulation (EC) n° 2201/2003 and the policy options for its amendment. Final Report. Analytical Annexes, cit, pp. 34 y ss; pp. 126 y ss; pp. 144 y ss; pp. 167 y ss y pág.174.

³⁰ Por lo que se refiere a la jurisprudencia española hay que afirmar que no se ha recurrido mucho al mecanismo de remisión de la competencia y cuando se ha utilizado se ha hecho de forma incorrecta o errónea. Sirva de botón de muestra el Auto del TS de 7 de julio de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:4824).

Como ha señalado E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Algunas cuestiones sobre la aplicación del Reglamento CE 2201/2003 en España”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. IV, 2004, pp. 271-272, quizás esto haya sido motivado por el difícil encaje del art.15 del Reglamento en la LEC.

³¹ Véase documentos JUSTCIV 292 (Bruselas 30 de noviembre de 2018) y JUSTCIV 310 (Bruselas 12 de diciembre de 2018). Para realizar un seguimiento detallado del proceso de tramitación puede consultarse el siguiente enlace: https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2016_190

está mejor situado para valorar el interés superior del menor³². Ahora bien, y como vamos a estudiar con detalle, se introducen las siguientes novedades: se establecen limitaciones en cuanto a los órganos jurisdiccionales que pueden activar la remisión de la competencia; se realizan algunas precisiones sobre los requisitos que justifican esa remisión y se regulan, de forma más detallada, las reglas procesales.

a) Limitaciones en cuanto a los órganos jurisdiccionales que pueden activar la remisión.

20. La facultad de remisión la tiene el órgano jurisdiccional de un Estado miembro que es competente para conocer del fondo del asunto. Pero ¿cualquier tribunal competente puede plantearse activar la remisión? Y nos realizamos esta pregunta por dos consideraciones: de un lado, porque la letra del precepto ya no se refiere a los foros del Reglamento (como sí lo hace el art. 15.4 y 15.5 cuando alude a los arts. 8 a 14)³³; y, por otra parte, porque el apartado 5 del art. 12 establece una nueva previsión que limita esta posibilidad. En concreto se dispone que: *“En los casos en que se haya determinado la competencia exclusiva del órgano jurisdiccional de conformidad con el artículo 10, dicho órgano no podrá remitir la competencia al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro”*.

21. El art. 10 del Reglamento 2019/1111 permite que pueda conocer de la responsabilidad parental un órgano jurisdiccional de un Estado miembro distinto del de la residencia habitual del menor en virtud del acuerdo de las partes cuando se cumplan las siguientes condiciones: a) el menor está estrechamente vinculado a ese Estado miembro (en especial, por los hechos que enumera); b) cuando las partes, así como cualquier otro titular de la responsabilidad parental han convenido libremente la competencia, al menos en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional o han aceptado expresamente la competencia durante dicho procedimiento y el órgano jurisdiccional se ha asegurado de que todas las partes han sido informadas de su derecho a no aceptar la competencia; y c) el ejercicio de la competencia responde al interés superior del menor.

Los requisitos de forma que debe reunir el acuerdo de elección de foro se enumeran en el párrafo 2 del art. 10, señalándose que las personas que pasen a ser partes del procedimiento tras la presentación de la demanda podrán dar su consentimiento con posterioridad (existirá consentimiento implícito de no haber oposición expresa). Además el párrafo 3 de la norma indica cuándo cesará la competencia, salvo acuerdo contrario de las partes, y en el párrafo 4 se añade una nueva regla en la que se afirma que la competencia *“será exclusiva”* cuando haya sido aceptada expresamente en el curso del procedimiento³⁴.

La competencia elegida conforme al art. 10 sólo es exclusiva cuando haya sido aceptada expresamente durante el procedimiento y el órgano jurisdiccional se ha asegurado de que todas las partes han sido informadas de su derecho a no aceptar la competencia. Sería el caso, por ejemplo, cuando estando pendiente ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro un procedimiento relativo a la crisis matrimonial, las partes o cualquier otro titular de la responsabilidad parental, aceptan expresamente esa

³² Debe recordarse que el TJUE ha afirmado que el ámbito de aplicación material del art. 15 es el mismo que el del conjunto de las normas de competencia establecidas en el Reglamento 2201/2003, siendo aplicable también a medidas que tenga su fundamento en el Derecho público (Sentencia TJUE de 27 de octubre de 2016, C-428/15, *Child and Family Agency c.J.D.*).

³³ El Tribunal de Justicia ha declarado de forma reiterada que el concepto de “materia civil” que delimita el ámbito de aplicación del Reglamento 2201/2003 debe ser objeto de una interpretación autónoma siendo, por tanto, indiferente la calificación realizada por las distintas legislaciones nacionales. Las normas de competencia en materia de responsabilidad parental son aplicables en todos aquellos asuntos “que tengan por objeto la adopción de medidas de protección del menor, incluido el caso de que se consideren, con arreglo al Derecho interno de un Estado miembro, pertenecientes al ámbito del Derecho público”. Entre otras, SSTJUE de 27 de noviembre de 2007, C-435/06, C; de 2 de abril de 2009, C-523/07, A; y de 26 de abril de 2012, C-92/12 PPU, *Health Service Executive c.S. y A.C.*

³³ En concreto establece el art. 15.4 que si no se presenta la demanda ante los órganos del otro Estado miembro en el plazo establecido, el órgano jurisdiccional seguirá ejerciendo su competencia conforme a los artículos 8 a 14; y el art. 15.5 dispone que si los órganos jurisdiccionales del otro Estado miembro no se declaran competentes en el plazo de seis semanas desde la presentación de la demanda, será competente el órgano jurisdiccional en el que primero se presentó la demanda, de conformidad con los artículos 8 a 14.

³⁴ Esta competencia exclusiva también tiene consecuencias a efectos de la litispendencia (art. 20.5).

competencia con la finalidad de que se resuelvan también las cuestiones relativas a la responsabilidad parental, aunque el menor no resida habitualmente en dicho Estado miembro. Y puesto que esa competencia es exclusiva no podrá remitirse al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro (art. 12.5).

22. Esta prohibición marca una importante diferencia con respecto a la regulación vigente y viene a recoger la jurisprudencia del TJUE sentada en la Sentencia de 4 de octubre de 2018, en la que el Tribunal tuvo que dilucidar la cuestión de si es posible una transferencia de competencia entre dos órganos jurisdiccionales de dos Estados miembros competentes para conocer del asunto conforme al Reglamento 2201/2003³⁵. Recuérdese que, en aquel caso, los tribunales rumanos, competentes para el divorcio por el foro de la nacionalidad común de los cónyuges, conocieron de las cuestiones de responsabilidad parental por la *prorogatio fori* del art. 12.1 y que los tribunales ingleses eran competentes por el foro de la residencia habitual de los hijos en el Reino Unido (art. 8). Fue la High Court of Justice (England & Wales), Family Division (Family Court), Birmingham la que solicitó al órgano jurisdiccional rumano que, en virtud del art. 15 del Reglamento 2201/2003, le remitiera el asunto por ser un órgano mejor situado para conocer del asunto.

El TJUE afirmó que el art. 15 no podía aplicarse a una situación “en la que los dos órganos jurisdiccionales a los que se ha sometido el asunto son competentes para conocer del fondo del mismo en virtud, respectivamente, de los artículos 8 y 12 de dicho Reglamento”³⁶.

23. La nueva regulación viene a corroborar estas afirmaciones porque, de un lado, si el órgano jurisdiccional es competente para conocer del fondo del asunto porque su competencia ha sido aceptada en el curso del procedimiento, no podrá remitirla al tener una competencia exclusiva. Y, por otra parte, porque la transferencia de competencia sólo puede solicitarla un órgano jurisdiccional “que no tiene competencia en virtud del presente Reglamento”³⁷.

24. Descartada la remisión de la competencia en este supuesto nos queda por dilucidar si podría activarla, de cumplirse los requisitos exigidos, cualquier otro tribunal de un Estado miembro competente en cuanto al fondo del asunto. Se trata de una cuestión polémica que, en el Reglamento 2201/2003, ha suscitado opiniones en distinto sentido. Si algún sector de la doctrina sostiene que el órgano competente puede serlo por cualquiera de los foros señalados en los arts. 8 a 14 del Reglamento³⁸; otros autores discuten su operatividad con respecto a algunos de esos foros³⁹.

25. A nuestro juicio, y razonando sobre el Reglamento 2019/1111⁴⁰, si excluimos por su especial configuración la regla del art. 8 en relación con el derecho de visita y la del art. 9 en el caso de traslado

³⁵ Asunto C-478/17, IQ c.JP, Véase notas de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “De nuevo sobre la interpretación y alcance del artículo 15 del Reglamento Bruselas II bis (una alternativa efímera ala STJ de 4 de octubre de 2018), *La Ley/Unión Europea*, núm. 66, 31 de enero de 2019, pp. 1-13; B. CAMPUZANO DÍAZ, “El artículo 15 del Reglamento 2201/2003 y la remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto. Nota a la Sentencia del TJUE de 4 de octubre de 2018, IQ v. JP”, C-478/17, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 2, 2019, pp. 452-461.

³⁶ Afirma el Tribunal que toda interpretación contraria se opondría al carácter excepcional del art. 15, infringiría las reglas de competencias establecidas en el Reglamento y además privaría de sentido al art. 19.2 en materia de litispendencia. En contra se pronunció la Comisión en sus observaciones escritas, el Gobierno rumano y las Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Wathelet.

³⁷ Para un análisis crítico de la Sentencia véase S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “De nuevo sobre la interpretación y alcance del artículo 15 del Reglamento Bruselas II bis...”, ob. cit, pp. 1-13

³⁸ Por tanto en el caso planteado en la Sentencia de 4 de octubre de 2018 los órganos rumanos no habrían podido remitir la competencia, ni los ingleses solicitar la transferencia al ser competentes por el foro de la residencia habitual de los menores.

³⁹ Por ejemplo, B. ANCEL y H. MUIR WATT, “L’*intérêt supérieur de l’enfant dans le concert des juridictions: le Règlement Bruxelles II bis*”, *Revue critique de droit international privé*, núm. 4, 2005, pp- 594-595.

⁴⁰ Tal y como explica S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Responsabilidad parental, transferencia de la competencia a los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro e interés superior del menor. STJUE de 27 de octubre de 2016, C-428/15, D”, *La Ley/Unión Europea*, diciembre de 2016, pág. 7, y bibliografía que cita.

⁴¹ Sobre las posibilidades de remisión entre órganos jurisdiccionales competentes en el Reglamento 2201/2003 véase, B. CAMPUZANO DÍAZ, “El artículo 15 del Reglamento 2201/2003 y la remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto...”, ob. cit, pp. 459-460.

o retención ilícitos de un menor (en la que ahora se incluye la posibilidad de elección del órgano jurisdiccional), nos quedaría el foro general de la residencia habitual del menor en un Estado miembro; el órgano elegido por las partes con el que el menor tiene una estrecha vinculación ya que esta competencia no sería exclusiva (y poco sentido tendría plantearse aquí la remisión por ser precisamente un órgano con el que el menor tiene una vinculación); y el *forum presentiae*. Con respecto a la posible operatividad de la remisión en relación a la competencia residual y al foro de las medidas provisionales (arts. 14 y 15), la nueva sistemática del Reglamento nos genera aún si cabe más dudas. Téngase en cuenta que si en el Reglamento 2201/2003 el art. 15 “completa las normas de competencia establecidas en los artículos 8 a 14”⁴¹, en el nuevo Reglamento la remisión/transferencia de la competencia se sitúa justo tras los arts. 7 a 11, por lo que nos cuestionamos si podría entenderse que su aplicación se excluye en esos supuestos. Será la práctica la que despeje nuestra duda.

26. Sobre la base de estas consideraciones puede afirmarse que lo normal es que sea el órgano de la residencia habitual del menor el que se plantee la posibilidad de remitir el conocimiento del asunto a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro. De hecho el nuevo Considerando 26 del Reglamento 2019/1111 al explicar el mecanismo de remisión sólo se refiere a este supuesto⁴²; y el art. 13 únicamente prevé que se pueda solicitar la transferencia de competencia “al órgano jurisdiccional del Estado miembro de la residencia habitual del menor”.

b) Precisiones sobre los requisitos que justifican activar la remisión

27. El art. 12.1 del Reglamento 2019/1111 establece que la competencia podrá remitirse cuando el órgano jurisdiccional competente en cuanto al fondo considere que “*un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga un vínculo estrecho está mejor situado para valorar el interés superior del menor en un caso particular*”. Sobre estos requisitos la nueva regulación realiza las siguientes precisiones.

28. En primer lugar, con respecto a cuándo se considera que el menor tiene ese vínculo estrecho el art. 12.4 reproduce la enumeración recogida en el art. 15.3 del Reglamento 2201/2003 aclarándose, en el Considerando 26, que se trata de una “lista exhaustiva” (como ya lo había afirmado el TJUE)⁴³.

Se considera, por tanto, que el menor tiene un vínculo estrecho con un Estado miembro si: -dicho Estado miembro se ha convertido en el de la residencia habitual del menor después de la presentación de la demanda ante el órgano jurisdiccional a que se refiere el apartado 1; -el menor ha residido de manera habitual en dicho Estado miembro; -el menor es nacional de dicho Estado; -dicho Estado miembro es el de residencia habitual de uno de los titulares de la responsabilidad parental; o -el asunto se refiere a las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de los bienes de éste que se encuentren en el territorio de dicho Estado miembro.

Debe resaltarse que esta enumeración es distinta de la que recoge el art. 8 del Convenio de La Haya de 1996. Como se ha señalado, mientras que en el Reglamento esos elementos son los que indican cuándo el menor tiene vínculos estrechos con los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro, en el Convenio de la Haya de 1996 el “Estado contratante con el que el niño mantenga algún vínculo estrecho” es uno cuyas autoridades pueden ser requeridas, sin aclararse o precisarse cuándo se tiene ese vínculo por lo que, a juicio de la doctrina, existe una mayor flexibilidad⁴⁴.

⁴¹ sí lo declaró el TJUE en la Sentencia de 19 de noviembre de 2015, asunto C-455/15 PPU, P c.Q (motivo 44).

⁴² También hay que afirmar que la jurisprudencia del TJUE al interpretar el art. 15 hace siempre referencia expresa a que la norma “prevé una norma de competencia específica, como excepción a la norma de competencia general enunciada en el artículo 8 del Reglamento...” (Sentencia de 27 de octubre de 2016, C-428/15, Child and Family Agency, motivo 29; Sentencia de 4 de octubre de 2018, asunto C-478/17, IQ c. JP, motivo 31; y Auto de 10 de julio de 2019, asunto C-530/18, EP c. FO, motivo 25).

⁴³ Véase STJUE de 27 de octubre de 2016, motivo 51; STJUE de 4 de octubre de 2018, motivo 35; y Auto TJUE de 10 de julio de 2019, motivo 28.

⁴⁴ E. PATAUT y E. GALLANT, “Article 15”, en U. MAGNUS y M. MAKOWSKI, *European Commentaries on Private International*

Tratándose de una lista tasada el mecanismo de remisión debe excluirse, en consecuencia, en aquellos asuntos en los que se aprecien elementos distintos de los enumerados. Así, por ejemplo, no deben valorarse criterios tales como que el menor tenga en otro Estado miembro familia consanguínea o que hable la lengua de ese Estado miembro (Auto TJUE de 10 de julio de 2019)⁴⁵. Ahora bien, *a sensu contrario* no debe entenderse que porque concurra uno de esos criterios tenga que remitirse la competencia, puesto que la remisión no es obligatoria sino facultativa (de hecho, el tiempo verbal empleado en la norma es “podrá”).

29. Para que el tribunal competente en cuanto al fondo solicite la remisión debe estar convencido de que ese otro órgano jurisdiccional está mejor situado para valorar el interés superior del menor. El TJUE en la Sentencia de 27 de octubre de 2016 afirmó que la presencia de cualquiera de esos criterios de la lista muestra una “proximidad especial” entre el menor y ese otro Estado miembro frente a la “proximidad general” que tiene con el tribunal que es competente. Corresponde a este órgano “valorar la importancia y la intensidad del vínculo de proximidad” y determinar, en consecuencia, si la remisión a ese otro órgano jurisdiccional “puede aportar un valor añadido real y concreto para la adopción de una decisión sobre el menor” (motivos 54 y 57)⁴⁶. El mecanismo de remisión debe excluirse, por tanto, si el órgano competente en cuanto al fondo concluye que la vinculación que tiene el menor con él es más fuerte que la que le une a ese otro Estado miembro (Auto TJUE de 10 de julio de 2019, motivo 35).

30. Si las normas de competencia del Reglamento están concebidas en función del interés superior del menor, la remisión sólo podrá activarse para atender a ese interés. Tiene que ser el interés superior del menor el que justifique que se active la remisión y que ese otro órgano jurisdiccional la acepte.

Como se desprende de la jurisprudencia del TJUE son varios los elementos que puede tener en cuenta el tribunal competente en la evaluación de ese otro órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto. Por ejemplo, las normas procesales del otro Estado miembro (como las relativas a la obtención de pruebas necesarias para resolver el asunto)⁴⁷; que dicha remisión no pueda incidir negativamente en la situación del menor (sus relaciones afectivas, familiares...) o en su derecho de libre circulación... En cambio, para realizar esta evaluación no debe tenerse en cuenta el derecho material del otro Estado miembro puesto que sería contrario al principio de confianza mutua⁴⁸.

31. En segundo lugar, y por lo que se refiere a la discutida cuestión de si el tribunal al que se remite tiene que ser o no competente⁴⁹, consideramos que este dilema ha sido zanjado por la jurisprudencia

Law, Brussels IIbis Regulation, Ottoschmidt, 2017, pág. 179; B. CAMPUZANO DÍAZ, “El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: Análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 1, 2020, pág. 115.

⁴⁵ Recuérdese que en aquel asunto estos fueron, entre otros, los criterios invocados por el padre de la menor para argumentar que tenía una vinculación especial con Francia. El Tribunal de Justicia consideró que esos elementos diferían de los enunciados en el art. 15.4 del Reglamento 2201/2003 y, por consiguiente, no eran pertinentes para determinar si existía una vinculación especial entre la menor y ese otro Estado miembro.

⁴⁶ Véase los comentarios de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Responsabilidad parental, transferencia de la competencia a los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro e interés superior del menor”, *ob. cit.*, pp. 1-13 y B. SÁNCHEZ LÓPEZ, “Responsabilidad parental y la aplicación del *forum non conveniens* de carácter reglado del artículo 15 del Reglamento (CE) nº 2201/2003: la STJUE de 27 de octubre de 2016”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 1, 2018, pp. 639-656.

⁴⁷ Como ha afirmado el TJUE en el Auto de 10 de julio de 2019, “la existencia de diferencias entre las normas jurídicas, en particular las normas de procedimiento, de un Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales son competentes para conocer de un asunto y las de otro Estado miembro con el que el menor afectado mantiene una vinculación especial, como son el examen de los asuntos a puerta cerrada y por jueces especializados, no puede constituir de manera general y abstracta un elemento pertinente, habida cuenta del interés superior del menor, para apreciar si los órganos jurisdiccionales de ese otro Estado miembro están mejor situados para conocer de ese asunto. El órgano jurisdiccional solo puede tener en cuenta tales diferencias si pueden aportar un valor real y concreto para la adopción de una decisión relativa a ese menor, con respecto a la hipótesis de que siguiera conociendo dicho asunto”.

⁴⁸ Argumento criticado por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Responsabilidad parental, transferencia de la competencia...”, *ob. cit.* pág. 8.

⁴⁹ Véase, E. PATAUT y E. GALLANT, “Article 15”, *ob. cit.* pág. 183; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “De nuevo sobre la interpretación y alcance del artículo 15 del Reglamento Bruselas II bis...”, *ob. cit.* pp. 1-13, y las Conclusiones del Abogado General al asunto C-478/17.

del TJUE que, como ya se ha analizado, excluye la posibilidad de que la remisión se realice a favor de un tribunal competente. En concreto, el Tribunal ha afirmado que el art. 15 Reglamento 2201/2003 permite que el órgano normalmente competente transfiera su competencia “a un órgano jurisdiccional que normalmente *carece de competencia* en la materia pero que, en la situación concreta que se plantea, debe considerarse mejor situado para conocer de ese asunto” (Sentencia de 4 de octubre de 2018, motivo 33).

La remisión debe realizarse a favor de un órgano jurisdiccional de entre los situados en la lista, que no es competente⁵⁰. Como afirma B. CAMPUZANO DÍAZ, los elementos enumerados en la norma expresan “una especial vinculación con otro Estado miembro y que sin embargo no son suficientes para que sus tribunales se declaren competentes”⁵¹.

32. La última precisión que se realiza en la nueva norma, como señala S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, es que si en el art. 15 del Reglamento 2201/2003 la transferencia de competencia se solicita cuando responda al interés superior del menor, en el art. 12 ese interés superior “aparece como una de las características (no del procedimiento) del tribunal mejor situado: tiene que ser un tribunal mejor situado para valorar el interés superior del niño en un caso concreto”⁵². A nuestro juicio el espíritu de la nueva norma es el mismo que inspiró a su homóloga y por ello no imaginamos que un tribunal competente baraje la remisión de competencia sino cuando responda al interés superior del menor. Lo que se enfatiza es que el órgano al que se remita, debe estar mejor situado para valorar ese interés en el caso concreto.

c) Precisiones sobre las reglas procesales

33. El art. 12 introduce, con una redacción más que criticable, varias diferencias con la regulación anterior en lo relativo a las reglas procesales que deben respetarse por el órgano que activa la remisión y por aquél al que se remite la competencia.

34. En primer lugar, y como ya se ha adelantado, se regula de forma separada, al igual que se hace en el Convenio de La Haya de 1996, la remisión de competencia que hace el órgano competente para conocer del fondo del asunto, de la solicitud de transferencia de competencia realizada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no tiene competencia. Por si alguna duda quedaba se aclara expresamente que lo que se remite es la “*competencia*”⁵³.

La remisión puede activarse de oficio o a instancia de parte, suprimiéndose la tan criticada exigencia de que si fuese de oficio será preciso el consentimiento de al menos una de las partes⁵⁴. Cuestión que deberá dilucidarse, conforme a la normativa de cada Estado miembro, es “*qué parte*” está legitimada para solicitar la remisión pues tratándose de materia de responsabilidad parental habrá que tener en cuenta las limitaciones que pueden establecerse en las distintas legislaciones estatales⁵⁵.

35. Si el órgano jurisdiccional competente considera que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tiene un vínculo estrecho está mejor situado para valorar el interés superior del menor en un caso particular, podrá suspender el conocimiento del procedimiento o de una

⁵⁰ Un aspecto práctico que aclara la *Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis*, pág. 35, es que para localizar al concreto órgano jurisdiccional territorialmente competente del otro Estado miembro puede utilizarse el Atlas judicial europeo. A esta tarea también pueden ayudar las autoridades centrales.

⁵¹ B. CAMPUZANO DÍAZ, “El artículo 15 del Reglamento 2201/2003 y la remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto...”, ob. cit, p. 460.

⁵² S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “De nuevo sobre la interpretación y alcance del artículo 15 ...”, ob. cit, pp. 11-12.

⁵³ Como afirma B. SÁNCHEZ LÓPEZ, “Responsabilidad parental y la aplicación ...”, ob. cit, pág. 651, “al tribunal del *forum conveniens* le resulta transferida la *competencia*, no el *proceso*” ya que “el objeto de este segundo proceso vendrá determinado por esa demanda rectora del proceso mismo...”.

⁵⁴ B. ANCEL Y H. MUIR WATT, “L’intérêt supérieur de l’enfant dans le concert des juridictions...”, ob. cit, pág. 598.

⁵⁵ No puede olvidarse, como señala B. SÁNCHEZ LÓPEZ, “Responsabilidad parental y la aplicación ...”, ob. cit, pág. 650, que en muchos ordenamientos (como el español) se restringe el círculo de sujetos activamente legitimados a ciertas personas, como los cónyuges, el Ministerio Fiscal, etc.

parte específica del mismo, y tiene dos opciones: a) Fijar un plazo para que una o más partes informen al órgano jurisdiccional del otro Estado miembro de las causas pendientes y de la posibilidad de remitir la competencia y presentar una solicitud ante dicho órgano; o b) Solicitar al órgano jurisdiccional del otro Estado miembro que ejerza su competencia.

36. Con respecto a la primera posibilidad, resaltar varias observaciones. De un lado, la norma se refiere a “una o más partes”, y no a “las partes”. Quizás con ello (porque no se precisa) se esté diferenciando quien está legitimado para solicitar la remisión ante el órgano competente y quién puede presentar la demanda ante ese otro tribunal. Recuérdese que el TJUE en la Sentencia de 27 de octubre de 2016 afirmó que el art. 15 del Reglamento 2201/2003 es aplicable a un supuesto en el que la declaración de competencia del órgano jurisdiccional de otro Estado miembro requiere que posteriormente una autoridad de ese Estado miembro (que no era parte en el procedimiento instado ante el órgano competente), inicie un procedimiento distinto del incoado en el primer Estado miembro, con arreglo a su Derecho interno y en consideración a circunstancias eventualmente diferentes (en sentido contrario, se pronunció el Abogado General). A juicio del TJUE las exigencias procesales que impongan las legislaciones nacionales para iniciar el proceso en el otro Estado miembro no pueden ser un obstáculo para la remisión de la competencia (motivo 36)⁵⁶.

Por otra parte, si en el art. 15 “se invitaba a las partes a presentar una demanda ante el órgano jurisdiccional de ese otro Estado miembro”, ahora se establece que deben informar a ese órgano de las causas pendientes, de la posibilidad de la remisión (el cómo se vaya a realizar será una cuestión relegada a los distintos sistemas procesales) y presentar una “solicitud”. No obstante, consideramos que debe seguirse entendiendo que se está haciendo referencia a presentar una demanda.

Por último, sigue sin precisarse plazo alguno aunque como señala *Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis* “ese plazo debe ser suficientemente corto para asegurar que la remisión no dé lugar a retrasos innecesarios en detrimento del menor y de las partes”⁵⁷.

37. Y por lo que se refiere a la segunda posibilidad que tiene el órgano competente se aclara ahora en el Considerando 26 que “el órgano jurisdiccional que tiene la competencia debe hacer la correspondiente solicitud al órgano del otro Estado miembro únicamente cuando su resolución previa de suspender el procedimiento y hacer la solicitud de transferencia de competencia sea firme, en caso de que dicha resolución sea susceptible de recurso en virtud de la legislación nacional”. De esta forma se resuelve la problemática cuestión, que la letra de la norma no aclara, sobre cuándo puede realizarse la remisión. Sobre este particular hay que recordar que en el asunto C-478/17 una de las cuestiones prejudiciales planteadas al TJUE (que no respondió) fue precisamente ésta, si la expresión “los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro competentes para conocer del fondo del asunto utilizada en el art. 15 del Reglamento 2201/2003 se refiere tanto a los órganos jurisdiccionales que resuelven el litigio en primera instancia como a los que conocen de los recursos”⁵⁸.

38. Si el órgano remitente no recibe la aceptación de la competencia en las *siete semanas* (plazo nuevo) después de que haya expirado el plazo fijado a las partes para presentar la demanda o desde que ese órgano haya recibido la solicitud de que ejerciera su competencia, seguirá ejerciendo su competencia (aunque ya no se hace ninguna alusión en el art. 12.3 a los foros del Reglamento).

⁵⁶ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Responsabilidad parental, transferencia de la competencia...”, ob. cit. pág. 3, afirma que lo que sí queda claro es que debe incoarse un nuevo proceso, puesto que si en ese otro Estado hubiese un procedimiento pendiente nos encontraríamos ante una litispendencia.

⁵⁷ *Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis*, pág. 35. Señala F.J. FORCADA MIRANDA, *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111*..., ob. cit. pp. 139-140, que podría sugerirse un plazo de tres meses como máximo, con previsión de prorrogabilidad.

⁵⁸ Tanto el Gobierno rumano en sus observaciones escritas como el Abogado General, Sr. M. Wathelet, en sus conclusiones consideraron que la facultad de remisión también pueden realizarla los órganos jurisdiccionales de apelación, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el art. 15.

39. Hasta aquí la remisión de la competencia pero ¿cómo debe actuar el órgano jurisdiccional del otro Estado miembro? ¿Cómo acepta la competencia remitida?

Establece el art. 12.2 que el órgano jurisdiccional del otro Estado miembro podrá declararse competente si, por las circunstancias específicas del asunto, ello responde al interés superior del menor, en el plazo seis semanas después de que: Se le haya presentado por las partes la solicitud o haya recibido la solicitud para ejercer su competencia⁵⁹.

Si como hemos afirmado no existe obligación de activar la remisión tampoco lo es aceptar la competencia remitida, al estar condicionada a la mejor valoración del interés superior del menor. Como señala la *Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis* para la evaluación de ese interés los órganos jurisdiccionales deberán cooperar entre sí ya sea directamente, ya por conducto de las respectivas autoridades centrales⁶⁰.

40. La novedad que ahora se introduce es que este otro órgano jurisdiccional “informará sin demora al órgano ante el que se presentó la solicitud en primer lugar”, debiendo este inhibirse si aquél acepta.

Existe en la nueva regulación, como aspecto destacable, un refuerzo del deber de información y de cooperación entre ambos órganos jurisdiccionales. Si la facultad de remitir y la facultad de aceptar la competencia remitida debe ser una decisión consensuada entre ambos órganos jurisdiccionales, en función de cuál de ellos puede valorar mejor el interés superior del menor, esa cooperación será imprescindible⁶¹. Y es aquí donde cobra todo su sentido y justificación el principio de confianza mutua. Sólo con cooperación, porque existe recíproca confianza, podrá adoptarse, atendiendo a las circunstancias del caso particular, la decisión que mejor convenga a los intereses del menor⁶². No puede olvidarse que una de las deficiencias detectadas en la aplicación del art. 15 del Reglamento 2201/2003 fue precisamente esta falta de confianza.

41. En el Reglamento 2019/1111 ese deber de cooperación se regula en los arts. 79 y 86⁶³. En concreto establece el art. 79 que entre las tareas específicas de las autoridades centrales requeridas se encuentra adoptar todas las medidas adecuadas para facilitar las comunicaciones entre órganos jurisdiccionales, cuando sea necesario, en particular para la aplicación de las normas sobre la transferencia de la competencia⁶⁴. Además dispone el art. 86 que los órganos jurisdiccionales podrán cooperar y comunicarse directamente entre sí, o solicitarse mutuamente información directamente, siempre que dicha comunicación respete los derechos procesales de las partes en los procedimientos y el carácter confidencial de la información. Esta cooperación podrá llevarse a cabo por cualquier medio que el órgano jurisdiccional considere adecuado. Sobre este último aspecto pueden ser muy útiles las siguientes consideraciones realizadas en la *Guía práctica para aplicación del Reglamento Bruselas II bis*: “si los dos magistrados hablan y/o comprenden una lengua común, no deben vacilar en ponerse en contacto directamente por teléfono o por correo electrónico. Otras formas de tecnología moderna, como la teleconferencia, pueden ser útiles. Si hay problemas lingüísticos, los magistrados pueden hacer uso de intérpretes, en la medida en que los recursos lo permitan. Las autoridades centrales podrán ayudar a los magistrados”⁶⁵.

42. Para finalizar hay que señalar, como recuerda el Considerando 28, que la remisión de competencia sólo surte efectos para el caso particular en el que se realiza por lo que una vez finalizado el procedimiento ya no surte efectos en procedimientos posteriores.

⁵⁹ Como señalan E. PATAUT Y E. GALLANT, “Article 15”, ob. cit, pág. 183, no se aclara si ese plazo de las seis semanas se refiere sólo a la decisión dictada en primera instancia o si también debe entenderse incluida una posible apelación.

⁶⁰ *Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis*, pág. 34.

⁶¹ A.L CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado...*, ob. cit, pág. 551.

⁶² B. ANCEL Y H. MUIR WATT, “L’interêt supérieur de l’enfant dans le concert des juridictions...”, ob. cit, pág. 597 afirman que es necesario un “diálogo judicial intracomunitario”.

⁶³ Se suprime el anterior párrafo 6 del art. 15.

⁶⁴ Añade el nuevo Considerando 79 que “Para ello, en algunos casos, es posible que sea suficiente facilitar información para posteriores comunicaciones directas, como los datos de contacto de las autoridades responsables del bienestar del menor, los jueces de la red o el órgano jurisdiccional competente”.

⁶⁵ Además se aclara que los mecanismos de traducción no están cubiertos por el art. 15, por lo que los magistrados deberán encontrar una solución pragmática según las circunstancias de cada caso.

2. La transferencia de competencia solicitada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no tiene competencia: el nuevo artículo 13

43. En el art. 13 del Reglamento 2019/1111 se regula la posibilidad de que, en circunstancias excepcionales y teniendo en cuenta el interés superior del menor en un caso particular, un órgano jurisdiccional de un Estado miembro con el que el menor tenga una vinculación especial solicite la transferencia de competencia a otro órgano jurisdiccional⁶⁶. Ahora bien, para que esta solicitud pueda realizarse se exigen varios requisitos.

44. En primer lugar, se precisa ahora de forma expresa que debe tratarse de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro “*que no tenga competencia en virtud del presente Reglamento*” pero con el que el menor tenga un vínculo estrecho de conformidad con lo previsto en el artículo 12.4 y por ello considera que puede valorar mejor el interés superior del menor. *A contrario sensu*, un órgano jurisdiccional de un Estado miembro competente conforme al Reglamento no podrá solicitar la transferencia de competencia⁶⁷. Por ejemplo, y como ha señalado la doctrina aunque refiriéndose a la anterior regulación, podría estar justificada la solicitud de transferencia de competencia por parte de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que está conociendo de una crisis matrimonial pero que no tiene competencia para la responsabilidad parental, porque esa competencia no ha sido aceptada⁶⁸.

45. En segundo lugar, la transferencia de competencia sólo puede solicitarse “*al órgano jurisdiccional del Estado miembro de residencia habitual del menor*”. No obstante, la transferencia no debe estar autorizada en casos de traslado o retención ilícitos del menor (Considerando 27). Sólo puede solicitarse la transferencia si el tribunal que está conociendo de la responsabilidad parental es competente por el foro general de la residencia habitual del menor, de forma que si es competente por cualquier otro foro del Reglamento no podrá solicitarse esa transferencia. A juicio de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, la previsión es más que criticable puesto que “el interés superior del menor no debería saber de estos límites” y porque en el art. 9 del Convenio de La Haya de 1996 se ha considerado que había que hacer extensible esta posibilidad de reclamar la competencia a cualquier otro tribunal competente⁶⁹. Compartimos estas reflexiones aunque mucho nos tememos, teniendo en cuenta la postura que el TJUE ha mantenido con respecto a la interpretación literal del art. 15 del Reglamento 2201/2003, que la disposición vaya a entenderse en sentido diferente.

46. Por lo que se refiere a las (nuevas) reglas procesales se señala en el art. 13.2 que en las seis semanas siguientes a la recepción de la solicitud, el órgano jurisdiccional requerido puede aceptar transferir su competencia si considera que debido a las circunstancias específicas del caso, dicha transferencia responde al interés superior del menor. Si acepta transferir su competencia deberá informar sin demora de su decisión al órgano jurisdiccional solicitante. De lo contrario, en ausencia de tal aceptación dentro de dicho plazo, el órgano jurisdiccional solicitante no podrá ejercer la competencia⁷⁰.

⁶⁶ La redacción del art. 9 del Convenio de La Haya de 1996 difiere en varios aspectos puesto que la transferencia puede solicitarse directamente por la autoridad o con la colaboración de la autoridad central o invitar a las partes a presentar dicha petición. Además se establece que las autoridades interesadas pueden proceder a un intercambio de opiniones, no existiendo regulación alguna sobre las reglas procesales.

⁶⁷ Recuérdese en el caso planteado en la Sentencia TJUE de 4 de octubre de 2018, los órganos ingleses no habrían podido solicitar la transferencia (como de hecho lo hicieron), al ser competentes por el foro general de la residencia habitual de los menores.

⁶⁸ R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales: nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, pp. 163-164; B. CAMPUZANO DÍAZ, “El artículo 15 del Reglamento 2201/2003 y la remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto...”, ob. cit, p. 460.

⁶⁹ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “De nuevo sobre la interpretación y alcance del artículo 15 ...”, ob. cit. pág. 11. Véase *Informe Explicativo de P. LAGARDE*, pp. 32-33.

⁷⁰ Recuérdese que en el art. 15 Reglamento 2201/2003 cuando la transferencia de competencia es solicitada por el órgano jurisdiccional de otro Estado miembro no existe ninguna regulación sobre los aspectos procesales.

47. Al igual que hemos estudiado en el art. 12 solicitar y aceptar la transferencia de competencia es una decisión consensuada por ambos órganos jurisdiccionales, que debe responder al interés superior del menor. Finalizado el procedimiento para el que se concedió la transferencia de competencia, esta no debe surtir ningún efecto en procedimientos posteriores (Considerando 28).

3. Las relaciones con el Convenio de La Haya de 1996.

48. Una de las novedades del Reglamento 2019/1111 es que se precisa, en el Capítulo VIII, las relaciones con otros instrumentos. En particular, con el Convenio de La Haya de 1996 (art. 97).

49. Al respecto debe recordarse que el art. 61 del Reglamento 2201/2003 se limita a señalar la primacía del Reglamento en materia de competencia judicial internacional (cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro); y en lo que respecta al reconocimiento y ejecución en el territorio de un Estado miembro de una resolución dictada por el órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro, aunque el menor afectado tenga su residencia habitual en un Estado no miembro que sea parte contratante del Convenio. Ahora en el art. 97 del Reglamento 2019/1111 se añade un párrafo segundo en el que se detallan las relaciones entre ambos instrumentos en lo relativo a la competencia judicial internacional.

50. En concreto, y por lo que nos interesa, en la letra b) del art. 97.2 se afirma que: “con respecto a la transferencia de competencia entre un órgano jurisdiccional de un Estado miembro y un órgano jurisdiccional de un Estado parte del Convenio de La Haya de 1996 en el que no se aplique el presente Reglamento, se aplicarán los artículos 8 y 9 de dicho Convenio”⁷¹. De esta forma se viene a colmar la laguna de la anterior regulación que sólo permite la remisión/transferencia de la competencia entre órganos de Estados miembros, lo que había planteado problemas en su aplicación⁷².

Si es cierto que los arts. 12 y 13 Reglamento y los arts. 8 y 9 del Convenio regulan el mismo mecanismo hay que señalar, no obstante, que entre ambas regulaciones existen diferencias en cuanto a los plazos y, como ya hemos advertido, en la distinta forma de interpretar cuándo se entiende que el menor tiene una vinculación especial con ese otro Estado. Por ello y como afirma B. CAMPUZANO DÍAZ serán “los jueces de los Estados miembros que son parte de ambos instrumentos internacionales los que tengan que manejar estas diferencias, pero será muy probable que la aplicación que hagan de los preceptos del CH 96 acabe viéndose influida por la normativa más precisa y detallada del Reglamento 2019/1111...”⁷³.

IV. Reflexiones finales

51. En el Reglamento 2019/1111 los arts. 12 y 13 regulan la remisión y la transferencia de competencia entre órganos jurisdiccionales de Estados miembros, recogiendo en muchas de las nuevas reglas las soluciones ya avanzadas por el TJUE. No obstante, la falta de respuesta expresa a algunas cuestiones seguirá ocasionando problemas en su aplicación.

52. Si es cierto que el art. 12 recoge el grueso de la regulación del art. 15 del Reglamento 2201/2003 hay que destacar, como hemos analizado, que se introducen varias modificaciones puesto que se establecen limitaciones en cuanto a los órganos jurisdiccionales que pueden activar la remisión

⁷¹ Además se establece que si las partes han convenido en la competencia de un órgano jurisdiccional de un Estado parte del Convenio de La Haya de 1996 en el que no se aplique el Reglamento, se aplicará el art. 10 de dicho Convenio; y que cuando un procedimiento de responsabilidad parental se halle pendiente ante un órgano jurisdiccional de un Estado parte del Convenio de La Haya de 1996 en el que no se aplique el Reglamento en el momento en que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro esté conociendo de un litigio relativo al mismo menor y con el mismo objeto, se aplicará el art. 13 de dicho Convenio.

⁷² Véase la nota 29.

⁷³ “B. CAMPUZANO DÍAZ, “El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: Análisis de las mejoras ...”, ob, cit, pág. 115.

de la competencia y se realizan algunas precisiones sobre los requisitos que justifican esa remisión así como sobre las reglas procesales que deben respetarse.

53. En cuanto a la transferencia de competencia hay que valorar de forma positiva que el art. 13 haya introducido nuevos requisitos procesales. No obstante, y como aspecto negativo, la norma sólo permite que pueda solicitarse la transferencia al órgano de la residencia habitual del menor.

54. Lo que no suscita ninguna duda es que sólo puede recurrirse a estos mecanismos de forma excepcional y siempre que se justifique por el interés superior del menor. A nuestro juicio sólo si existe una verdadera cooperación entre los distintos órganos jurisdiccionales, basada en el principio de confianza, ese interés se salvaguardará.

55. Por último hay que destacar que el Reglamento 2019/1111 ofrece una solución expresa a las relaciones con los arts. 8 y 9 del Convenio de La Haya de 1996, es decir, la posible transferencia de competencia entre un órgano jurisdiccional de un Estado miembro y un órgano jurisdiccional de un Estado parte del Convenio de La Haya en el que no se aplique el Reglamento.

RECLAMACIONES TRANSFRONTERIZAS EN MATERIA
CONTRACTUAL CONTRA TERCEROS AJENOS AL
CONTRATO Y VIAJES COMBINADOS: LA SENTENCIA DEL
TJUE 26 DE MARZO 2020, *LIBUŠE KRÁLOVÁ VS. PRIMERA
AIR SCANDINAVIA A/S (C-215/18): PLEASE MIND THE GAP
BETWEEN THE PASSENGER AND THE AIR COMPANY*;

CROSS BORDER CLAIMS AGAINST THIRD PARTIES WITHOUT
A CONTRACT WITH THE CLAIMANT AND PACKAGE
TRAVELS; JUDGMENT OF THE CJEU, 26 MARCH 2020, *LIBUŠE
KRÁLOVÁ VS. PRIMERA AIR SCANDINAVIA A/S (C-215/18):
PLEASE MIND THE GAP BETWEEN THE PASSENGER
AND THE AIR COMPANY*;

DRA. ANNA MARÍA RUIZ MARTÍN

*Lecturer in Law
Abogada del ICAM*

Recibido: 14.06.2020 / Aceptado: 01.05.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5627>

Resumen: En la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que se analiza, el asunto C-215/08, el TJUE pone de relieve una vez más ante que foro de competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas I/Ibis, los pasajeros afectados por el incumplimiento de los transportistas aéreos pueden interponer reclamaciones transfronterizas de compensación. Pero se pronuncia para aquellos casos en los que no media un contrato con la compañía aérea sino con un tercero. En este supuesto, la pasajera no celebró el contrato de vuelo de forma directa con el transportista. Lo hizo con una Agencia de viajes domiciliada en su mismo Estado miembro (República Checa). El TJUE también interpreta por las particularidades del caso, la relación del Reglamento Bruselas I con otras normas específicas en el sector del transporte aéreo y contratos de consumo, como la Directiva 90/314/CEE, sobre viajes combinados y el Reglamento (CE) n° 261/2004 sobre compensación y asistencia a pasajeros.

Palabras clave: obligación contractual, contrato, reclamaciones transfronterizas, compensación, lugar de cumplimiento, transporte aéreo, pasajeros, consumidores, viaje combinado, calificación, interpretación restrictiva-estricta, legitimación pasiva.

Abstract: In the case analysed, the Judgement of the Court of Justice of the European Union (CJEU), –C-215/08–the CJEU highlights, once again, the scope of application and principles that rule the different fora established in the Brussels Regulation/Brussels I bis Regulation related to consumers protection and contractual obligations, when the claimant is a passenger of an operating airline. By means of these fora, passengers which have been affected for an infringement committed by the air company that is usually based on a different Member State, might bring cross border actions so as to seek for compensation; however, the seize of a proper forum in these cases, it will depend on the characterization of the claim. In this case, the passenger did not celebrate the contract with the air company, but with

a Travel Agency located on her same Member State (Czech Republic). With regard to the features of this case, the ECJ has also to take into consideration the Directive 90/314/CEE, on Package travel and Regulation (EC) n° 261/2004, on compensation and assistance to passengers.

Keywords: matters relating to a contract, contract, cross-border claims, compensation, place of performance, consumers, air carriage, passengers, package travel, characterization, restrictive interpretation, *locus standi* (passive).

Sumario: I. Consideraciones previas en torno al litigio; II. Los hechos y las cuestiones prejudiciales: 1. Los hechos: 2. Las cuestiones prejudiciales. III. Aspectos de Competencia judicial internacional: 1. Primera cuestión prejudicial: De la calificación de la obligación como “prestación de servicios”; Presupuestos para la aplicación del foro especial de la obligación contractual: A. Identificar la obligación contractual y el lugar de cumplimiento ¿no el “contrato”? B. Los principios del foro especial de la obligación contractual; 2. Segunda cuestión prejudicial: El foro de protección especial en contratos de consumo y su no aplicación en el asunto: A. Las diferencias en los presupuestos de aplicación con el foro especial de la obligación contractual: B. Conceptos de “contrato de consumo”, “consumidor” en el Reglamento Bruselas I bis y principios de aplicación; IV. Las cuestiones de Derecho sustantivo: 1. Tercera cuestión prejudicial: Relación entre los derechos establecidos en el Reglamento 261/2004, la Directiva 90/314/CEE y el Reglamento Bruselas I; 2. Opinión del TJUE sobre la tercera cuestión prejudicial: “todos para uno y uno para todos, pero con reservas”; V. Conclusiones.

I. Consideraciones previas en torno al litigio

1. Una de las cuestiones más complejas en materia de foros de protección especial de contratos celebrados por consumidores en el ámbito del Reglamento Bruselas I / *Ibis*, es la determinación de cuando existe una “relación contractual de consumo”. Así como determinar cuando se puede considerar como “consumidor” a una persona que reclama indemnización al contratante o profesional¹. Según los poco precisos conceptos europeos dados por el artículo 15 Reglamento Bruselas I (ahora el artículo 17 del Reglamento Bruselas *Ibis*)².

2. La complejidad debe relacionarse también con el estado actual del Derecho derivado de consumo de la Unión Europea. Este acervo de normas es *per se*, una de las materias más fragmentadas en el Derecho Institucional privado, que pueden dificultar en numerosos litigios transfronterizos la operación de la determinación del foro correcto. Aparte de la noción de “consumidor” de la que no existe en este Derecho derivado, como de la de “profesional”, una interpretación uniforme ni el ámbito sustantivo del Derecho de consumo ni en el DIPr en general³.

3. En relación con la enorme fragmentación y nociones dispersas en los instrumentos jurídicos que existen hoy en día, esto supone que hay que saber precisar, cuáles son las normas que pueden invo-

¹ Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial internacional, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *DOCE*, L 12, de 16 de enero de 2000, pp. 1-23, derogado por el Reglamento (UE) 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), *DOUE*, L 351, de 20 de diciembre de 2012.

² Siendo extrapolable lo analizado para el Reglamento Bruselas I, al Reglamento Bruselas I bis; STJUE *Renate Ilsinger c. Martin Dreschers*, 14 de mayo de 2009, C-180/06 (ECLI:EU:C:2009:303), FD. 58.

³ J. VALANT, “Consumer protection in the EU”, *European Parliamentary Research Service* (EPRS), 2015, disponible en: ei.pitt.edu/96092/1/consumer.1.pdf, esp. p. 6; C. TWIGG-FLESNER, *A Cross-Border Only Regulation for Consumer Transactions in the EU: A Fresh Approach to EU Consumer Law*, SpringerBrief, 2012, esp., pp. 1-77; Con críticas por esta situación que provoca mayor inseguridad jurídica al consumidor, especialmente en contratos de transporte de pasajeros, Z. S. TANG, *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Law*, 2ª ed., Bloomsbury, 2015, p. 222; J. HILL, *Cross Border Consumer Contracts*, Oxford University Press, 2008, p. 126 y ss; de forma general, F. ESTEBAN DE LA ROSA, *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Comares, 2003, esp. pp. 153-176.

carse de forma específica, –según el sector de consumo ante el que estemos– e interpretarlas correctamente para entablar las acciones pertinentes ante los tribunales adecuados⁴. En los litigios transfronterizos, para poder relacionarlo en concreto con el Reglamento Bruselas I/*Ibis*. Un Reglamento de corte general de normas procesales civiles internacionales (en materia civil y mercantil) donde estos contratos de viajes combinados y los de transporte aéreo de pasajeros son incluidos⁵.

4. En los contratos de transporte, –como los contratos de transporte aéreo–, la complejidad se incrementa por niveles. De un lado, los contratos de transporte entre pasajeros y transportistas fueron excluidos de estos foros de protección especial de contratos celebrados por consumidores. A pesar de tener la condición de ser contratos de adhesión derivados de la contratación en masa en su mayoría (*i.e.*: contratos de consumo)⁶. De otro lado, el legislador europeo estableció una excepción a esta expresa exclusión. Los contratos de transporte que se incluyen en un pack de “viaje combinado” si se encuentran incluidos en este foro especial como contratos de consumo. Pero para demandar a las Agencias de viajes que venden el pack de “viaje combinado”, no a los transportistas aéreos que han podido incumplir su obligación⁷.

5. Este aspecto es bastante interesante, en cuanto el pasajero ya no es considerado “consumidor” frente al transportista aéreo en contratos de transporte en general. Por ende, debe entenderse que según el Reglamento Bruselas I / *Ibis*, el pasajero, –por muy consumidor que pueda ser en el Derecho sustantivo de consumo–, no goza de una protección especial porque no se considera que el vuelo o contrato de transporte es un contrato de consumo tal como se debe entender en este Reglamento de DIPr⁸. En

⁴ *Inter alia*, N. REICH, *Understanding European Consumer Law*, Intersentia, 2009; N. RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, Université Aix Marseille, 2002; S. WEATHERILL, *EU Consumer Law and Policy*, 2ªed., Elgar European Law, 2013, esp. pp. 92-143, pp. 126 y ss; S. CÁMARA LAFUENTE, “La codificación del Derecho de consumo: ¿refundación o refundición?”, *Revista de Derecho Civil*, Vol.2, Nº 1, 2015, pp. 105-151; I. LLORENTE SAN SEGUNDO, “La adaptación de la normativa reguladora del Derecho de desistimientos a las exigencias de la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores”, *CDT*, 2013, Vol.5, Nº2, pp. 371-397, esp. pp. 372-373; J. KINDL, “La contratación mediante formularios en el Derecho privado de consumo alemán”, *Indret*, Nº3, 2007, pp. 2-18, esp. p. 4-8, disponible en: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1327.pdf>

⁵ No obstante, este particular no fue puesto de relieve en el asunto *Air Scandinavia*; E. ALVÁREZ ARMAS Y M. DECHAMPS, “Le droit international privé et la protection des passagers : l’articulation des sources européennes et internationales », *REDC*, 2012, pp. 749-777.

⁶ STJUE *Jana Pretuchová c. FIBO Group Holdings Limited*, de 3 octubre de 2019, C-208/18 (ECLI:EU:C:2019:285), FD. 48; J. VALANT, “Consumer protection in the...”, *loc.cit.*, esp. pp. 12-13; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “El contrato de transporte aéreo de pasajeros: algunas consideraciones de Competencia judicial internacional y Derecho aplicable”, *CDT*, Vol. 3, Nº1, 2011, pp.179-194; X. MARINÉZ DE OLIVEIRA, “El contrato de transporte de personas como contrato de adhesión”, *Direito e Democracia*, Vol. 12, Nº1, 2011, pp. 153-158; A-L., CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 16ª ed., 2016, p. 1108; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, 5ªed., Thomson Reuters, 2019, p. 129; A. ARROYO APARICIO, “Capítulo II: Sección 4ª: Artículo 17 y Artículo 18. Competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores”, en P. BLANCO MORALES LIMONES, F. F. GARAU SOBRINO M. L. LORENZO GUILLÉN Y F. J. MONTERO MURIEL (COORDS.), *Comentario al Reglamento (UE) Nº1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Reglamento Bruselas I refundido*, Thomson Reuters, 2016, pp. 435-466; CECU, “La protección del consumidor en el transporte aéreo”, *CECU (Confederación estatal de Consumidores y Usuarios)*, 2009, disponible en: https://cecu.es/publicaciones/INC09_transaereo.pdf; P. MAESTRE CASAS, “El pasajero aéreo desprotegido: Obstáculos a la tutela judicial en litigios transfronterizos por incumplimientos de las compañías aéreas (A propósito de la STJUE de 9 de julio 2009, *Rehder*, As. C-204/08)”, *CDT*, Vol. 3, Nº2, 2011, pp. 282-303; Z. S. TANG, *Electronic Consumer Contracts in the Conflict...*, *op.cit.*; P. STONE, *EU Private International Law*, 3ªed., Elgar European Law, 2014, pp. 133 y ss.

⁷ Cf. art. 15 (3) del Reglamento Bruselas I (ahora art. 17 (3) del Reglamento Bruselas I *bis*): “La presente sección no se aplicará a los *contratos de transporte*, salvo el caso de los que, por un precio global, ofrecen una combinación de viaje y alojamiento” (la cursiva no es del original).

⁸ *Vid.*, *v.gr.*, A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “El contrato de transporte aéreo de pasajeros: algunas consideraciones de Competencia judicial internacional ...”, *loc.cit.*; P. MAESTRE CASAS, “El pasajero aéreo desprotegido: Obstáculos a la tutela judicial en litigios transfronterizos por incumplimientos ...”, *loc.cit.*; V. ANDREEVA ANDREEVA, “El pasajero no consumidor en el contrato internacional de transporte aéreo (Auto del TJUE de 13 de febrero de 2020), asunto C-606/19 de 2 de abril de 2020: C-271/14, *Flightright GmbH vs. Iberia L.A.E., S.A. Operadora Unipersonal*”, *Diario La Ley Unión Europea*, Nº 81, 2020; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Competencia judicial especial en demanda de indemnización presentada contra el transportista aéreo encargado del último trayecto ante el órgano jurisdiccional en cuya demarcación se sitúa el punto de salida del primer trayecto (ATJ 13 febrero 2020)”, *Blog de José Carlos Fernández Rozas*, 20/02/2020, disponible en: <https://fernandezrozas.com/2020/02/20/>

los contratos de transporte excluidos del foro de protección especial, haya existido contrato o no entre el pasajero y la compañía aérea, el TJUE ha venido interpretando la “relación” contractual entre ambos, como una obligación de tipo contractual que puede considerarse como una “prestación de servicios”⁹.

En estos casos, —como consecuencia de lo anterior—, se aplica el foro especial por la razón de la materia de la obligación contractual. Un foro que opera desde la igualdad de condiciones entre las partes, como se explicará, por no tener el pasajero condición de consumidor, en el Reglamento Bruselas I/I *bis*. Una igualdad que a la luz de las normas del Derecho de consumo sobre la materia y en general, se puede considerar así mismo, una desigualdad. La justificación de esta exclusión y de esta solución, parece que se encuentra en la prevención de un *forum actoris* en este tipo de contratos de transportes¹⁰. Una solución que como han analizado previamente otros autores, emana de ciertos Informes explicativos oficiales de estas normas y que se asemeja a la que ofrece en particular, el Convenio de Montreal en materia de responsabilidad contractual del transportista aéreo¹¹.

No obstante, en el asunto que se analiza, no se ponía el Reglamento Bruselas I/ I *bis* en relación con otros Convenios internacionales, sino con otros dos instrumentos jurídicos europeos específicos por razón de la materia del ámbito de los derechos de los pasajeros: la Directiva sobre viajes combinados (Directiva 90/314)¹²; y, el Reglamento sobre compensación y asistencia de pasajeros aéreos (Reglamento 261/2004)¹³.

6. Estas consideraciones previas son necesarias para realizar la operación de la calificación de la obligación que sirve de base a la demanda que posteriormente determinará la acción y la pretensión del demandante. Una calificación autónoma que debe hacerse de conformidad, —según reiterada jurisprudencia del TJUE—, con los conceptos europeos dados por los Reglamentos de DIPr patrimonial europeo¹⁴. De otra parte, para determinar si el prestador del servicio que no ha celebrado un contrato con el

competencia-judicial-especial-en-demanda-de-indemnizacion-presentada-contra-el-transportista-aereo-encargado-del-ultimo-trayecto-ante-el-organo-jurisdiccional-en-cuya-demarcacion-se-situa-el-punto-de/

⁹ *Ibid.*, *infra*, Epígrafe III, apartado 1. A.

¹⁰ *Ibid.* (HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ) esp. p. 189 y nota 28, donde la autora cita el INFORME SCHLOSSER, que ofrece la explicación del porqué se excluyeron los contratos de transporte aéreo del foro de protección especial de contratos celebrados por consumidores (dado que el Reglamento Bruselas I *bis*, ni su informe explicativo lo justifican). Con acertadas críticas a esta exclusión en el INFORME SCHLOSSER.

¹¹ Instrumento de ratificación del Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, hecho en Montreal, el 28 de mayo de 1999, BOE nº122 de 20 de mayo de 2004; *Ibid.* (HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ) p. 192; Z. S. TANG, *Electronic Consumer Contracts in the ...*, *op.cit.*, pp. 221 y ss. La autora considera que la justificación estriba como estableció SCHLOSSER, en evitar un conflicto entre las obligaciones de los instrumentos jurídicos de la Unión Europea y los tratados internacionales que se han hecho sobre la materia, como el Convenio de Montreal. No obstante, el mismo Reglamento Bruselas I *bis* en su Cdo. 35 ya establece la compatibilidad entre instrumentos jurídicos que siguen sin justificar, o al menos, explicar, dicha exclusión.

¹² En este supuesto se aplicó la Directiva 90/314, por su ámbito temporal; Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativos a los viajes combinados, las vacaciones y los circuitos combinados, DOCE, L 158, de 23 de junio de 1990, pp. 59-64 sustituida por la Directiva 2015/2302; S.F. ÁLVAREZ SOTOMAYOR, “El tratamiento legal del contrato de viaje combinado en el Derecho internacional privado”, *CDT*, Vol. 4, Nº2, 2012, pp. 123-139.

¹³ Reglamento (CE) Nº 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) Nº 295/91, DOUE, nº46, de 14 de febrero de 2004, pp. 1-7.

¹⁴ Algunos ejemplos de la ingente jurisprudencia que existe del TJUE sobre este particular: STJUE *Industrie Tessili Italiana Como vs. Dunlop AG*, de 6 de octubre de 1976, C-12/76 (ECLI:EU:C:1976:133); STJUE *Car Trim GmbH c. KeySafety Systems Srl.*, 25 de febrero de 2010, C-381/08 (ECLI:EU:C:2010:90); STJUE *STJUE Brogsitter c. Fabrication de Montres Normandes*, 13 de marzo de 2014, C-548/12 (ECLI:EU:C:2014:148); Conclusiones del Abogado General Sr. Henrik Saugmandsgaard ØE, de 7 de noviembre de 2019, C-215/18, *Libuše Králová c. Primera Air Scandinavia* (ECLI:EU: C :2019:931), p. 31; A-L., CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, 16ªed., 2016, pp. 197-201; *id.* *Derecho Internacional...*, vol. I, *op.cit.*, pp. 472-475 F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional...*, *op.cit.*, p. 103; M. A. CEBRIÁN SALVAT, “Estrategia procesal y litigación transfronteriza: distinción entre la materia contractual y extracontractual”, *CDT*, 2014, Vol. 6, Nº2, pp. 315-329; E. LEIN Y A. DICKINSON (ED.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, 2015, pp.18-20; P. MANKOWSKY, “Article 7”, en P. MANKOWSKY Y H. ULLRICH (EDS.), *European Commentaries on Private International Law, Brussels I bis Regulation (I Band)*, Ottosshmidt, 2016, p.198-ss; M. MINOIS, “Recherche sur la qualification en Droit international privé des obligations. Pour une unité de la qualification”, *RDIA*, Nº1, 2018, pp. 220-235; R. ARENAS GARCÍA, “La distinción entre obligaciones contractuales y extracontractuales en los instrumentos comunitarios de Derecho internacional privado”, *AEDIPr*, t. IV, 2006, pp. 403-425.

pasajero de forma directa tiene legitimidad pasiva o no. Y en base a qué normas del Derecho derivado tiene tal legitimidad pasiva. Algo que se determina por la *lex causae* o el derecho sustantivo que rige el fondo del asunto, no por las normas de competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas I/I *bis*¹⁵. Todas estas cuestiones son las que se analizan en esta contribución, a la luz del asunto, *Libuše Králová v. Primera Air Scandinavia A/S*, C-215/18, (en lo sucesivo, asunto *Air Scandinavia*)¹⁶.

II. Los hechos y las cuestiones prejudiciales

1. Los hechos

7. La sra. Králová, —ciudadana checa con domicilio en Praga (República Checa)—, interpuso acciones transfronterizas de compensación el 10 de octubre de 2013, en los tribunales checos (de su propio domicilio) contra una compañía aérea, —sociedad domiciliada en Dinamarca—, la compañía *Primera Air Scandinavia*¹⁷. El objeto de su demanda estaba fundamentado en el perjuicio causado por un retraso de cuatro horas que tuvo la compañía aérea, de un vuelo de Praga a Keflavik (Islandia) con fecha de 25 de abril de 2013, que la sra. Králová tenía que realizar, para llegar al destino que había contratado de vacaciones en Islandia. El viaje y el alojamiento habían sido contratados a través de una Agencia de viajes, —la sociedad *FIRO-tour a. s.*—, domiciliada también en la República Checa.

La representación procesal de la sra. Králová invocó el art. 16 del Reglamento Bruselas I (art. 18 en el Reglamento Bruselas I *bis*). Esto es, el foro de protección especial para contratos celebrados por consumidores, por entender que la condición de la sra. Králová frente a la del transportista aéreo era de consumidora. Sin embargo, no había demandado también a la Agencia de viajes a la vez que al transportista aéreo. Sobre el fondo del asunto, invoca el artículo 6 apartado 1 y 7 del Reglamento nº 261/2004 que concede el derecho a los pasajeros de interponer acciones de compensación en caso de retraso en sus vuelos. Como se desprendía de asuntos anteriores del TJUE. Entre estos, la STJUE *Sturgeon* y otros¹⁸.

8. El 1 de abril del 2014, el Tribunal del Distrito 8 de Praga se declara incompetente para conocer de la demanda planteada por la sra. Králová¹⁹. Fundamenta tal incompetencia procesal en dos razones.

¹⁵ A-L., CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, vol. I, *op.cit.*, p. 167 y p. 865.

¹⁶ Sentencia del TJUE (Sala Primera), *Libuše Králová v. Primera Air Scandinavia A/S*, de 26 de marzo de 2020, C-215/18 (ECLI:EU:C:2020:235); M. WELLER, “Matters relating to a contract” without contract (with the claimant)-ECJ, Judgment of 26 March 2020, Case C-215/18, *Libuše Králová v. Primera Air Scandinavia A/S*, on Article 5 no.1 Brussels I Regulation”, *Conflict of Laws*, 5 de abril de 2020, disponible en: <https://conflictoflaws.net/2020/matters-relating-to-a-contract-without-contract-ecj-judgment-of-26-march-2020-case-c-215-18-libuse-kralova-v-primera-air-scandinavia-a-s-on-article-5-no-1-brussels-i-r/>

¹⁷ Ante el Tribunal del Distrito 8 de Praga (*Obvodní soud pro Prahu 8*). De forma previa, en julio de ese año y sin éxito, la sra. Králová había solicitado extrajudicialmente a la compañía aérea la compensación a tanto alzado de 400 euros establecida en el Reglamento 261/2004. La compañía aérea se negó invocando las excepciones de este mismo Reglamento para el pago de la compensación, alegando que el retraso fue producido por circunstancias extraordinarias imprevisibles.

¹⁸ Conclusiones del Abogado General, Sr. Henrik Saugmandsgaard ØE, p. 18; STJUE *Sturgeon y otros*, de 19 de noviembre de 2009, C-402/07 y C-432/07, (EU:C:2009:716). En *Sturgeon y otros*, el TJUE interpretó los artículos 5, 6 y 7 del Reglamento nº 261/2004 en el sentido que los pasajeros de los vuelos retrasados pueden equipararse a los pasajeros de los vuelos cancelados a los efectos de la aplicación del derecho a compensación. Con lo que pueden invocar el artículo 7 de dicho Reglamento cuando soportan una pérdida de tiempo igual o superior a tres horas de retraso; R. PAZOS CASTRO, “El derecho a compensación por retraso en la normativa europea de transporte aéreo de pasajeros”, *InDret*, Vol. 2, 2017, pp 2-57, esp. pp. 14-19, donde el autor analiza de forma crítica la sentencia *Sturgeon y otros*.

¹⁹ Aquí cabe recordar lo que apunta la Doctrina en relación con la calificación de la pretensión por el demandante. El tribunal no tiene que seguir lo que el demandante establece en su demanda, sino que deberá ser el mismo tribunal el que califique la pretensión del actor como proceda. En el mismo análisis por el tribunal de la calificación de la pretensión, el juez se podrá apartar de las pretensiones del demandante en caso de no considerar que son correctas a la luz de los instrumentos jurídicos invocados (como hizo en este asunto); A-L., CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, Vol. I, *op.cit.* p. 169. Cómo recuerdan los autores, establecido de forma acertada por el TJUE en la STJUE *Holtermann Ferho Exploitative BV, Ferho Bewehrungsstahl GmbH y otros c. Friedrich Leopold Freiherr Spies von Büllenshein*, de 10 de septiembre de 2015, C-47/14 (ECLI:EU:C:2015:574)

Primero, que el ámbito territorial del Reglamento Bruselas I excluye a los domiciliados en Dinamarca. *Segundo*, que las partes no estaban vinculadas por una relación contractual según este artículo, porque este tipo de contratos de transporte está excluido de forma expresa en el art. 15 apartado 3º del Reglamento Bruselas I²⁰. El 4 de agosto de 2014, el Tribunal Municipal de Praga (*Městský soud v. Praze*) desestimó el recurso interpuesto por la sra. Králová, al considerar que el Reglamento Bruselas I debía aplicarse. Entiende que desde el año 2007, el ámbito territorial del Reglamento Bruselas I / *Ibis* si incluye a los demandados domiciliados en Dinamarca. Con relación al segundo motivo, considera como el tribunal de instancia, que los tribunales checos no podían declararse competentes por no entender comprendida la acción en el foro de protección especial, del art. 16 apar. 1 y tampoco del art. 15 apar. 3º porque el demandando era el transportista y no la Agencia de viajes^o.

9. En septiembre del año 2015, el Tribunal Supremo de la República Checa (*Nejvyšší Soud*) conoce en casación del recurso interpuesto por la sra. Králová. Anula todas las decisiones de primera instancia y apelación. Devuelve los autos al tribunal de Primera Instancia y le pide a este tribunal que reconsidere: “si la compañía danesa podía ser demandada en Praga, pero en base al foro especial por razón de la materia, según lo establecido en el artículo 5 apartado 1º letra b, inciso segundo, del Reglamento Bruselas I”. Para ello debía solicitar una cuestión prejudicial al TJUE²¹. Presentaron observaciones en el proceso, el Gobierno checo y la Comisión Europea. Cada uno de ellos alegando posiciones diferentes, especialmente en la aplicación del foro que debía aplicarse. El Abogado General, Sr. Henrik Saugmandsgaard ØE presentó sus conclusiones el 7 de noviembre de 2019.

2. Las cuestiones prejudiciales

10. En atención a estos hechos comentados en el apartado I.1., se planteó al TJUE por el órgano jurisdiccional checo, las siguientes cuestiones prejudiciales²²:

- i) ¿Existe una obligación de tipo contractual entre la Sra. Králová como pasajera “consumidora” y el transportista aéreo danés, a efectos de poder entender que los tribunales checos tienen competencia judicial internacional según el artículo 5 del Reglamento Bruselas I? En concreto, ¿en base a la letra b? Teniendo en cuenta que ambos litigantes, no celebraron ningún contrato, sino que fue firmado entre un tercero y la consumidora.
- ii) ¿Podría calificarse esta relación entre un consumidor y un profesional con arreglo a la sección 4ª del Capítulo II, de acuerdo con los artículos 15 y 16 del Reglamento Bruselas I, si se demanda también a la Agencia de viajes y atraer en este foro, al cocontratante del contratante en este tipo de contratos de transporte y viaje combinado?
- iii) En relación con el Reglamento 261/2004 y con la Directiva 90/314, ¿tiene la demandada (*Primera Air Scandinavia*) legitimidad pasiva en esta acción, basada en el lugar del cumplimiento de la prestación del servicio, donde la consumidora no contrató de forma directa con el transportista aéreo y para interponer acciones de compensación?

²⁰ Conclusiones del Abogado General, Sr. Henrik Saugmandsgaard ØE, FD 19; Cdo. 41 del Reglamento Bruselas I *bis*; A-L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, Vol., 1 FD. 19, p. 204.

²¹ Cdo. 11 del Reglamento Bruselas I; “Las reglas de competencia judicial deben presentar un alto grado de previsibilidad y deben fundamentarse en el principio de que la competencia judicial se basa generalmente en el domicilio del demandado y esta competencia debe regir siempre, excepto en algunos casos muy concretos en los que la materia en litigio o la autonomía de las partes justifique otro criterio de vinculación (...)” y Cdo. 15 del Reglamento Bruselas *Ibis*.

²² Cdo. 21 y artículo 1, apar. 3º, del Reglamento Bruselas I; Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento, y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, firmado en Bruselas el 19 de octubre de 2005, DO 2005, L 299, p. 62; STJUE 12 de septiembre de 2013, *Sunico y otros*, C-49/12 (EU: C:2013:545).

III. Aspectos de Competencia judicial internacional

1. Primera cuestión prejudicial. De la calificación de la obligación como “prestación de servicios”. Presupuestos para la aplicación del foro especial de la obligación contractual:

A. Identificar la “obligación contractual” y el lugar de cumplimiento ¿no el contrato?

11. En primer lugar, el foro que se analiza para este caso del art. 5/art. 7 del Reglamento Bruselas I / *Ibis*, es el establecido en su apartado 1º pero la letra b inciso 2º. Destinado para las obligaciones de naturaleza contractual que pueden considerarse como una “prestación de servicios”. Cómo ha venido interpretándose del contrato de transporte aéreo (excluido del foro de protección especial de contratos celebrados por consumidores)²³. Se atiende a que la elección de este foro es una solución “alternativa” al foro general del domicilio del demandado en el sistema del Reglamento Bruselas I / *Ibis* que se permite realizar al demandante²⁴.

12. Destaca el TJUE, –como un dato relevante en el análisis de su jurisprudencia, – que para considerar la aplicación de este foro especial por razón de la materia en la generalidad de las obligaciones de tipo contractual, la norma del ex.art. 5 apar. 1º (art. 7, apar. 1º), debe basarse en la causa de la acción que se determina mediante la obligación que sirve de base a la demanda. Pero no se basa en la identidad de las partes demandante-demandado, o en la existencia de un contrato “celebrado” entre las mismas que determine esta posición²⁵.

13. Todo ello según la interpretación que el TJUE ha venido realizando del concepto autónomo de materia contractual de este foro. Esta jurisprudencia establece que una “obligación de tipo contractual” puede no conllevar siempre la exigencia de la celebración de un contrato entre las partes en el procedimiento. Lo que se necesita es que exista una obligación libremente asumida entre las partes,

²³ STJUE *Flightright y otros*, de 7 de marzo de 2018, C-274/16; C-447/16; C-448/16, (ECLI:EU:C:2018:160), FD. 67; M. TAEYMANS, *Essential Texts on European Tourism Law*, 2ªed., Gompel & Svacina, 2019, pp. T. C. HARTLEY, *International Commercial Litigation: Text, Cases and Materials on Private International Law*, Cambridge University Press, 2020, p. 59; Z. S. TANG, *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of...*, op.cit. A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “El contrato de transporte aéreo de pasajeros: algunas consideraciones de Competencia judicial...”, loc.cit...; P. MAESTRE CASAS, “El pasajero aéreo desprotegido: Obstáculos a la tutela judicial ..”, loc.cit., p.293; P.A.DE MIGUEL ASENSIO, “El lugar de la ejecución de los contratos de prestación de servicios como criterio atributivo de competencia”, en J. J. FORNER I DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUS Y R. VIÑAS FARRER (COORDS.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Marcial Pons, 2013, pp. 291-307, esp. p. 6 (ucm prints); P.STONE, *EU Private International Law...*, op.cit., pp. 87-90, a propósito de lo que el TJUE consideró en el as. *Rehder* sobre la aplicación de este foro a los contratos de transporte aéreo de pasajeros. De otro lado, si no se considerase como una prestación de servicios, entonces se aplicaría la letra “a” por la jerarquía que rige en las obligaciones de tipo contractual que este foro abarca, STJUE *Falco Privatstiftung y Thomas Rabitsch c. Gisela Weller Lindhorst*, de 23 de abril de 2009, C-533/07 (ECLI:EU:C:2009:257), FD. 16 (jerarquía de aplicación de las letras del artículo 5/7); E. ALVÁREZ ARMAS, S. FRANCO Y M. DECHAMPS, “L’actualité de l’Article 5.1 du Règlement Bruxelles I: Evaluation des premiers arrêts interprétatifs portant sur la disposition relative à la compétence judiciaire internationale en matière contractuelle”, *Cahiers du CedIE, Working Papers* 2011/02, pp. 2-32, disponible en: <https://uclouvain.be/fr/instituts-recherche/juri/cedie>.

²⁴ Justificado en el Cdo. 15 del Reglamento Bruselas I bis.

²⁵ STJUE *Kerr*, de 8 de mayo de 2019, C-25/18 (ECLI:EU:C:2019:376), en la que el TJUE interpreta la exigencia de la identificación de la obligación para poder activar al foro de la obligación contractual, sea en su regla general (a) o sus reglas especiales (b) (entre la que se incluye la “prestación de servicios”), y que esta identificación debe realizarse y determinarse por el lugar donde hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación (*loci executionis*); J. ECHEBARRÍA FERNÁNDEZ, “Jurisdiction and Applicable Law to claims related to the payment of contributions to the budget of an association of property owners for the maintenance of the communal areas of a building. Comment on the Judgment of the Court of Justice of the European Union of 8 May 2019, *Brian Andrew Kerr v Pavlo Postnov and Natalia Postnova*, C-25/18”, *CDT*, vol. 11 (2), 2019, pp. 583-591, esp. p. 586 (10); R. JAFFERALI, “Le règlement Bruxelles I dans la jurisprudence des cours suprêmes (2010-2012), Allemange, Belgique, France, Pays-Bas et Royaume Uni”, *T.B.H., Larcier*, N°5, 2013, pp. 357-350, esp. pp.364-368; J.I. PAREDES PÉREZ, “Pluralidad de lugares de prestación de servicios en los contratos de transporte de personas y mercancías”, *CDT*, Marzo 2019, vol. 11 (1), pp. 478-497, esp. p.483 (*vid.* nota a pié de página 20); en relación al Auto del 2020 (no la STJUE *Flightright*).

que genere derechos y obligaciones para ambas. Una obligación de carácter contractual que pueda ser considerada libremente asumida por las partes, más allá de un acuerdo mutuo²⁶.

14. Esta interpretación debe ser restrictiva o más bien “estricta” como apuntan CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ²⁷. Tanto del concepto de “obligación contractual”, del “lugar de ejecución/cumplimiento” (*place of performance*) como del concepto amplio de “prestación de servicios”²⁸. Y diferente a la que se hace en contratos “celebrados” por consumidores, que sí exige la celebración de un contrato²⁹. A veces, entre las partes no ha existido un contrato como tal. Ni tampoco, aunque hayan celebrado un contrato, las partes han determinado con precisión del lugar o lugares del cumplimiento de la obligación que las vincula en las cláusulas de este. Esto no significa que no exista una obligación contractual, ni que no existan lugares de cumplimiento efectivos, donde deba cumplirse la obligación que sirve de base a la demanda³⁰. Que es lo que viene a decir el TJUE en su jurisprudencia sobre la interpretación de los conceptos de este foro especial y aplicación en los casos que procede de obligaciones que pueden ser consideradas como contractuales.

15. Como también se analizó en *Flightright* y que el TJUE extrapola a *Air Scandinavia*, en los supuestos de transporte aéreo para entender que existe una “obligación libremente asumida por las partes”, debe atenderse a lo establecido en el artículo 3 apartado 5 del Reglamento 261/2004. En estos supuestos intracomunitarios de infracciones de operadores aéreos frente a pasajeros, se usa este instrumento por ser la ley material que rige el fondo del asunto. En cuestiones relativas a la competencia judicial internacional y para saber si existe una obligación de naturaleza contractual entre ambas partes,

²⁶ STJUE *Color Drack GmbH c. Lexx International Vertriebs GmbH*, C-386/05 (ECLI:EU:C:2007:262); A-L., CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, vol. II, *op.cit.*; A-L., CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ Y J.V. ALMUNÍ CID, “Capítulo I: contratos internacionales: Competencia judicial y ley aplicable”, en M. YZQUIERDO TOLSADA (DIR.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos laborales internacionales*, t. XVI, Thomson Reuters Aranzadi, 2014; P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “El lugar de la ejecución de los contratos de prestación de servicios como en J. J. FORNER I DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS Y R. VIÑAS FARRER (COORDS.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y ...*

²⁷ STJUE *Air Scandinavia*, FD. 41.

²⁸ *Vid., infra*, apartado B; Conclusiones del Abogado General, sr. Henrik Saugmandsgaard ØE, p. 31; por ejemplo, como lo destaca el TJUE en la STJUE *Flightright y otros*, de 7 de marzo de 2018, C-274/16; C-447/16; C-448/16, (ECLI:EU:C:2018:160); sobre la interpretación del artículo 7 apartado 1º letra a, STJUE *Feniks*, de 8 de mayo de 2019, C-337/17, (ECLI:EU:C:2018:805); sobre la prestación de servicios como un concepto amplio del RBI bis, A-L., CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, Vol. II, *op.cit.*, p. 855; ; P. BERLIOZ, “La notion de fourniture de services au sens de l’article 5-1b) du règlement Bruxelles I », *JDIP*, N°3, 2008, pp. 675-717 ; A. MARS, “Qualification du contrat de concession de “fourniture de services » au sens du règlement Bruxelles I », *JADE (Journal d’Actualité des Droits Européennes)*, 2014, disponible en : <https://revue-jade.eu/article/view/455>; P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “El lugar de la ejecución de los contratos de prestación de servicios ...”, *loc.cit.*, en J. J. FORNER I DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS Y R. VIÑAS FARRER (COORDS.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional de...*, *op.cit.*, p. 10 (ucmprints); no sin críticas por parte de algunos autores, C. ORÓ MARTÍNEZ, “El artículo 5.1.b del Reglamento Bruselas I: examen crítico de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia”, *Indret*, Vol. 2, 2013, pp. 2-24, disponible en: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/980.pdf>; otros autores han propuesto incluso reformar este foro en el que podría ser el Reglamento Bruselas I ter; F. CORNETTE, “La nécessaire modification ou suppression de l’Article 7-1 du Règlement Bruxelles I bis relatif au for contractuel dans un futur Règlement Bruxelles I ter?”, en E. GUINCHARD (DIR.), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis-Règlement n°1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale*, Bruylant, 2014, pp. 335-361, esp. p. 361, citando los trabajos de DROZ, el cual ha considerado que las soluciones que ofrece el TJUE en su jurisprudencia interpretando los conceptos autónomos de este foro, son de “bricolaje”; sobre la interpretación de los conceptos autónomos por el TJUE, S. SÁNCHEZ LORENZO, “El principio de coherencia en el Derecho internacional privado”, *REDI*, Vol. 70, N°2, 2018, pp. 17-46, esp. pp. 26-35; un análisis prolijo, crítico y actual, de la interpretación del “lugar de cumplimiento” tanto en cuestiones de ley aplicable como del foro de la obligación de tipo contractual, C. OKOLI, *Place of Performance: A Comparative Analysis*, Bloomsbury publishing, 2020.

²⁹ Cf. STJUE *Air Scandinavia*, FD. 42 y 43; STJUE *Jakob Handte & Co., GmbH v. Traitements Mécano-chimiques des Surfaces SA*, de 17 de junio de 1992, C-26/91 (ECLI:EU:C:1992:228); STJUE *Somafer SA c. Saar Ferngas AG*, de 22 de noviembre de 1978, C-33/78 (ECLI:EU:C:1978:205), FD 5; STJUE *Austro Mechana*, C-572/14 (ECLI:EU:C:2016:286), FD. 34; STJUE *Česká sporitelna as v Feichter*, de 14 de marzo de 2013, C-419/11 (EU:C:2013: 165); E. LEIN Y A. DICKINSON (ED.), *The Brussels I Regulation...*, *op.cit.*, pp. 143-146 y pp. 148-152; sobre la noción de contrato en el DIPr europeo, M. VINCENT HEUZÉ, « La notion de contract en droit international privé », *Travaux du Comité français de droit international privé*, N°13, 2000, pp 319-344.

³⁰ A-L., CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, vol. II, *op.cit.*, p. 857.

en este artículo se reconoce que el transportista aéreo tendrá dicha obligación (lo que se considerará la “relación contractual”) con el pasajero en cuanto: “*esta disposición se aplicará a todo transportista encargado de realizar un vuelo que proporcione transporte a los pasajeros que partan de un aeropuerto situado en el territorio de un Estado miembro o con destino a él*”.

16. En los mismos supuestos en donde no existe un contrato celebrado entre el pasajero y el transportista aéreo, el artículo 3 apartado 5 también precisa que existe dicha obligación de naturaleza contractual: “*cuando un transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo que no tenga contrato con el pasajero dé cumplimiento a las obligaciones en virtud del presente Reglamento, se considerará que lo hace en nombre de la persona que tiene un contrato con el pasajero*”³¹.

El mero hecho que el art. 3 apartado 5 del Reglamento 261/2004 considere que el transportista actuará en nombre de la persona que tiene el contrato con el pasajero, es reconocer que existe de forma implícita dicha obligación contractual que le obliga frente a este prestatario del servicio³². Esto es, que en caso de incumplimiento de la obligación que emana de este instrumento jurídico, puede ser demandado ante el tribunal de este foro de competencia especial. Así mismo se entenderá que el transportista aéreo, a efectos del artículo 2 (b) del Reglamento 261/2004, es el “*encargado de efectuar el vuelo*”, siendo entonces considerado como el prestador del servicio³³. Algo que tendrá relevancia para determinar la legitimidad pasiva. Como se pondrá de relieve en el análisis de la tercera cuestión prejudicial³⁴.

B. Los principios del foro especial de la obligación contractual

17. Según el TJUE, la interpretación de los conceptos autónomos debe hacerse de conformidad con los principios que rigen el sistema de foros del Reglamento Bruselas I / I bis. En estos foros de competencias especiales o alternativas al foro general rigen fundamentalmente el principio de proximidad y el de previsibilidad. Esto tiene que ser de esta forma para dar cumplimiento al “efecto útil” (*effect utile*) de este instrumento jurídico³⁵. A través de esta interpretación restrictiva/estricta de los

³¹ Cf. Art. 3, apartado 5º del Reglamento 261/2004, esp. *in fine*; STJUE *CS y otros c. České airolinie*, de 11 de julio de 2019, C-502/18 (ECLI:EU:C:2019:604); sobre la particular naturaleza del contrato de transporte aéreo, Z. S. TANG, *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of...*, op.cit. pp. 218 y ss; B. FERRER TAPIA, *El contrato aéreo de pasajeros: sujetos, estatuto y responsabilidad*, Dykinson, 2013.

³² En *Flightright*, el TJUE analizó el lugar del cumplimiento de la prestación del servicio en un vuelo de conexión, por un supuesto en el que se produjo un gran retraso entre el vuelo de conexión y el principal. Los pasajeros sólo habían contratado con una sola compañía ambos vuelos. Siendo la que cometió la infracción, precisamente, con la que no habían contratado el pack de vuelos completo; J.I. PAREDES PÉREZ, “Pluralidad de lugares de prestación de servicios en los contratos de transporte de personas ...”, loc.cit.; STJUE *Air Scandinavia*, párr. 50 y 51; también se tuvo que determinar la relación entre co-contratantes en este tipo de transporte y el lugar de cumplimiento de la prestación del servicio, como en *Flightright*, en STJUE *Peter Rehder c. Air Baltic Corporation*, 9 de julio de 2009, C-204/08 (ECLI:EU:C: 2009:439); A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “El contrato de transporte aéreo de pasajeros: algunas consideraciones de Competencia judicial...”, loc.cit., p. 191; STJUE *Peter Rehder c. Air Baltic Corporation*, 9 de julio de 2009, C-204/08 (ECLI:EU:C: 2009:439), FD. 35 y 57; P. STONE, *EU Private International Law...*, op.cit., pp. 88; M.C. LAMBERTVE-AUTRAND, « Contrats de prestations touristiques et for de protection des consommateurs dans l’espace judiciaire européen-Excursion sur les terres du for de protection du consommateur dans l’espace judiciaire européen en compagnie d’un voyageur de tourisme », En D. GUÉVEL, P. ROUSSEL GALLE Y C. LAGARDE, *Mélanges offerts au professeur Pascale Bloch*, Bruylant, 2016, pp. 381-397 ; P.A.DE MIGUEL ASENSIO, “El lugar de la ejecución de los contratos de prestación de servicios ...”, loc.cit., en J. J. FORNER I DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS Y R. VIÑAS FARRER (COORDS.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional de...*, op.cit., p. 8 (ucmprints).

³³ Vid., *infra*, apartado IV. 2, sobre la tercera cuestión prejudicial; STJUE *CS y otros c. České airolinie*, de 11 de julio de 2019, C-502/18 (ECLI:EU:C:2019:604), FD. 20-23, esta disposición establece dos requisitos de tipo cumulativo para considerar al transportista aéreo como el prestador del servicio: la existencia de un vuelo y la existencia de un contrato, en su párr. 28, si el transportista aéreo no ha celebrado el contrato de forma directa con el pasajero, también se entiende que lo hace en nombre de aquél que contrató con el pasajero; también en, STJUE *Wirth y otros*, de 4 julio de 2018, C-532/17 (ECLI:EU:C:2018:527).

³⁴ Vid. *infra* epígrafe IV.

³⁵ STJUE *Somafer SA c. Saar Ferngas AG*, de 22 de noviembre de 1978, C-33/78 (ECLI:EU:C:1978:205), FD 7; sobre la interpretación estricta que debe hacerse de estos foros, STJUE *Granarolo SpA c. Ambrosi Emmi France SA*, 14 de julio de 2016, C-196/15 (ECLI:EU:C:2016:559), FD 17; STJUE *flyLal-Lithuanina Airlines c. Starptautiskā lidosta Rīga VAS y Air Baltic Corporation As*, C-302/13 (ECLI:EU:C:2014:2319), FD 26; vid., por todos, A-L., CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ,

conceptos autónomos de cada uno de los foros que existen en el Reglamento y como ya se mencionó con anterioridad³⁶.

En los foros de competencias especiales y a pesar de su alternatividad con el foro general del domicilio del demandado, la interpretación restrictiva no se realiza en relación con el foro general. Se debe realizar en relación con que estos foros ofrezcan la posibilidad de litigar al demandante ante tribunales de un Estado miembro o varios diferentes al del domicilio del demandado por razones de buena administración de justicia y seguridad jurídica. Una respuesta que puede considerarse aparentemente neutra a la alternancia de estos foros, que siempre ofrece la jurisprudencia del TJUE³⁷.

18. Como consecuencia se llega a determinar de forma adecuada cual es el “lugar de cumplimiento” (*place of performance*) de la obligación que sirve de base a la demanda y el tribunal que es competente³⁸. Una determinación que no se hace entre la cercanía y/o proximidad del demandado y/o el demandante ante el tribunal/es. Con diferencia de como se estima la acción ante el tribunal del domicilio del demandado que no está basado en el principio de proximidad³⁹. En estos foros la respuesta está y debe estar basada en los principios de proximidad y previsibilidad entre el litigio/los hechos y el tribunal que debe conocer⁴⁰.

19. De esta forma se pretenden evitar varios fenómenos. *Primero*, la multiplicidad de tribunales “gratuita” (conocido también por todos, como el “*bad*” *forum shopping*). Un fenómeno y estrategia procesal posible en la aplicación de los “foros de ataque” o neutros, en cuanto permiten la elección por parte del demandante de varios tribunales que no tienen porque ser el más previsible para el demandado⁴¹. El de su domicilio. Aplicando los principios de proximidad y previsibilidad, la elección que se le obliga a hacer el demandante debe estar basada en la cercanía de los hechos entre el litigio y el tribunal. De esta forma, no se quiebra la seguridad jurídica y el efecto útil, así como la igualdad procesal entre ambos litigantes.

Segundo, con la limitación que la proximidad se determina entre el objeto del litigio, los hechos y el tribunal y no entre la identidad de las partes, se evita que se produzca el denostado *forum actoris* o *favor laesi* que está proscrito en estos foros especiales. A diferencia de su justificación en los foros de

Derecho Internacional..., Vol. I, *op.cit.*, pp.289-290 ; H. GAUDEMET TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement 44/2001, Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, 4ªed., I.GDJ, 2010.

³⁶ *Id.*, *supra* apartado III.1. A; Por ejemplo, STJUE *Falco Privatstiftung y Thomas Rabitsch c. Gisela Weller Lindhorst*, de 23 de abril de 2009, C-533/07 (ECLI:EU:C:2009:257), FD. 34 y 37 ; STJUE *Corman Collins S.A. c. La Maison du Whisky S.A.*, 19 de diciembre 2013, C-9/12 (ECLI:EU:C: 2013:860), FD. 42; STJUE *Granarolo SpA c. Ambrosi Emmi France SA*, 14 de julio de 2016, C-196/15 (ECLI:EU:C:2016:559); STJUE *Peter Rehder c. Air Baltic Corporation*, 9 de julio de 2009, C-204/08 (ECLI :EU:C: 2009:439).

³⁷ P. MANKOWSKI, “Article 7...”, *loc.cit.*, en P. MANKOWSKI Y H. ULLRICH (EDS.), *European Commentaries on Private...*, *op.cit.*, p.198 y ss.

³⁸ Cdo. 16 del Reglamento Bruselas I *bis*; “El foro general del domicilio del demandado debe completarse con otros foros alternativos a causa de la estrecha conexión existe entre el órgano jurisdiccional y el litigio para facilitar una *buena administración de justicia*. La existencia de una estrecha conexión debe garantizar la *seguridad jurídica* y evitar la posibilidad de que una persona sea demandada ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no hubiera *podido prever razonablemente*. (...)” (la cursiva no es del original); A-L., CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, Vol. II, *op.cit.*, p. 855, lo que se intenta evitar—como ponen de relieve los autores—, es que se aplique el inciso de la letra a y c del artículo 5 /7 RBI *bis*, que son de aplicación; P. FRANZINA, “Struttura e funzionamento del foro europeo della materia contrattuale alla luce delle sentenze *Car Trim e Wood Floor* della Corte di giustizia”, *RDIPeP*, Vol. 46, N° 3, 2010, pp. 655-684; en la jurisprudencia, pueden verse, STJUE *Somafer SA c. Saar Ferngas AG*, de 22 de noviembre de 1978, C-33/78 (ECLI:EU:C:1978:205), FD 5; STJUE *Wintersteiger AG c. Products 4U Sondermaschinenbau GmbH*, C-523/10 (ECLI:EU:C:2012:220), FD 18; STJUE *Car Trim GmbH c. KeySafety Systems Srl.*, 25 de febrero de 2010, C-381/08 (ECLI:EU:C:2010:90), FD 5 y 58.

³⁹ F. CORNETTE, “La nécessaire modification ou suppression de l’Article 7-1...», *loc.cit.*, en E. GUINCHARD (DIR.), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis-Règlement n°1215/2012 du...*, *op.cit. supra*, p. 360.

⁴⁰ Cdo. 12 del Reglamento Bruselas I: “El foro general del domicilio del demandado debe completarse con otros foros alternativos a causa del estrecho nexo existente entre el órgano jurisdiccional y el litigio (...)”; Cdo. 11 del Reglamento Bruselas I: “Las reglas de competencia deben presentar un alto grado de previsibilidad y deben fundamentarse en el principio de que la competencia judicial se basa generalmente en el domicilio del demandado y esta competencia debe regir siempre, excepto en algunos casos muy concretos (...)”.

⁴¹ *Id.*, P. MANKOWSKI, *Research Handbook on the Brussels I bis...*, *op.cit.*, p.24; A-L., CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, Vol. I, *op.cit.*, pp. 288-299; F. ESTEBAN DE LA ROSA, *La protección de los consumidores en el mercado interior...*, *op.cit.*, esp. p. 168.

protección especial para la parte débil. De nuevo, debe mantenerse que las partes estén y deban estar en igualdad de condiciones procesales⁴². Por ello, estos foros se consideran “neutros”, en cuanto no se favorece como en los foros de protección especial a ninguna de las partes.

20. Con todo lo analizado en este apartado puede considerarse que los objetivos de proximidad y previsibilidad se cumplen en el asunto *Air Scandinavia* para aplicar este foro, como consideró el TJUE. Tanto el lugar de salida como el de llegada son foros previsibles/próximos para interponer una demanda por incumplimiento contra el transportista aéreo por el pasajero.

Previsibles para ambas partes⁴³. Era previsible para la compañía aérea poder ser demandada ante un órgano jurisdiccional checo, porque el vuelo como el lugar de cumplimiento de la prestación del servicio se debía realizar desde la República Checa como el lugar de salida⁴⁴. Así como también hubiera sido previsible que la sra. Králová, hubiese establecido la demanda ante el lugar de llegada (Islandia). Ambos tribunales además son próximos con los hechos ocurridos según lo dispuesto en el Reglamento 261/2004 y la jurisprudencia relacionada del TJUE, como por ejemplo, los as. *Rehder* y *Flightright*.

2. Segunda cuestión prejudicial: El foro de protección especial en contratos de consumo y su no aplicación en el asunto

A. Las diferencias en los presupuestos de aplicación con el foro especial de la obligación contractual

21. Hay que diferenciar, –como hace el TJUE–, dos escenarios posibles para determinar la aplicación o no del foro de protección especial⁴⁵:

- i) El consumidor que contrata directamente el vuelo con el transportista no puede invocar la protección de este foro por estar expresamente excluida del mismo⁴⁶. Haya o no existido la celebración del contrato de transporte.
- ii) En el supuesto que la pasajera hubiera demandado a la Agencia de viajes con la que contrató el viaje combinado, entonces sí podría haber activado su protección, dado que el art. 15 apart. 3º, si incluye los contratos de transporte que se han vendido como parte del pack viajes combinados. Interpretando el concepto de “viaje combinado” con el ofrecido por la Directiva 90/134 para solicitar la compensación que le debe la compañía aérea mediante la Agencia⁴⁷. Sin embargo, este aspecto merece ciertas observaciones⁴⁸.

⁴² Cf. A-L., CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, Vol. I, op.cit., pp. 289-290.

⁴³ STJUE *flyLal-Lithuanina Airlines c. Starptautiskā lidosta Rīga VAS y Air Baltic Corporation As*, C-302/13 (ECLI:EU:C:2014:2319), FD. 43 y 45; Z. S. TANG, *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of...*, op.cit., p. 226: “Both the place of departure and the place of destination have close connection with the performance of the contract, and both are reasonably predictable by the passenger and the airline”; M. GEORGE Y J. HARRIS, “*Rehder v Air Baltic Corp* (C-204/08): Service Contracts, Carriage by Air and the Brussels I Regulation”, *Law Quarterly Review*, Vol. 30, N°4, pp. 5 y ss; P. MAESTRE CASAS, “El pasajero aéreo desprotegido: Obstáculos a la tutela judicial ..”, loc.cit.; A-L., CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, vol. II, op.cit., p. 857.

⁴⁴ Conclusiones del Abogado General, sr. Henrik Saugmandsgaard ØE, p. 37.

⁴⁵ Sobre la Segunda cuestión prejudicial, STJUE *Air Scandinavia*, FD. 54, 56, 57 y 58.

⁴⁶ STJUE *Air Scandinavia*.

⁴⁷ Art. 2 apartado 1 Directiva 90/314; S.F. ÁLVAREZ SOTOMAYOR, “El tratamiento legal del contrato de viaje combinado en el...”, loc.cit., pp. 128 y 132; M.J. CASTELLANOS RUIZ, “El foro de los consumidores: Comentarios a la sentencia del TJUE de 23 de diciembre de 2015, *Rüdiger Hobohm c. Benedikt Kampik Ltd. & Co. KG y otros*, C-293/14”, *CDT*, Octubre 2017, Vol. 9, N°2, pp. 641-649, esp. sobre el contenido del artículo 15 apartado 3º letra c (artículo 17.3.c RBI bis), pp. 645-646; STJUE *Peter Pammer c. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG y Hotel Alpenhof GesmbH c. Oliver Heller*, de 7 de diciembre de 2010 (C-585/08 y C-144/09) (ECLI:EU:C:2010:740); P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “El asunto *Pammer* y el artículo 15 RBI”, 7/12/2010, disponible en: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2010/12/el-asunto-pammer-y-el-articulo-15-rbi.html> ; id. “La tutela de los consumidores en el mercado global: evolución del marco normativo”, *Estudios sobre Consumo*, N° 85, 2008, pp. 23-44, disponible en: [https://eprints.ucm.es/8407/2/ESTCONSUMO\(85\)2008.pdf](https://eprints.ucm.es/8407/2/ESTCONSUMO(85)2008.pdf)

⁴⁸ Vid. infra, apartado IV; S.F. ÁLVAREZ SOTOMAYOR, “El tratamiento legal del contrato de viaje combinado en el Derecho internacional..”, loc.cit.

22. A diferencia del foro especial de la obligación contractual, en donde no se exige la celebración de un contrato entre las partes para el establecimiento de la acción, el artículo 15 apartado 1º (artículo 17 apartado 1º) sí exige que se haya celebrado con la “otra parte contratante” del consumidor. Esto es, que es determinante que se haya celebrado un contrato con el consumidor, como se analiza en el siguiente apartado⁴⁹.

Este requisito no puede ser interpretado de forma extensiva por los principios que rigen estos foros. Al contrario de como lo interpretó la Comisión Europea en sus observaciones sobre el caso, por ser un supuesto de viaje combinado⁵⁰. Lo justifica también en los argumentos del TJUE esgrimidos en el asunto *Maletic*⁵¹.

Del lado contrario, tanto el gobierno de la República Checa como el Abogado general, consideran que la relación que mediaba entre la pasajera y el transportista aéreo no podía considerarse entendida como un “contrato de consumo” a efectos del Reglamento Bruselas I/I bis. Ni en supuestos de viaje combinado. Sólo porque la Directiva 90/314 permita que se demande al transportista mediante una demanda a la Agencia, algo que la pasajera no realizó.

23. Finalmente, el TJUE se acerca a lo que dice que el Abogado General y el gobierno checo⁵². Los argumentos en los que el TJUE se basó en el asunto *Maletic* no pueden ser extrapolados al asunto *Air Scandinavia*. No encuentran las mismas características. En el asunto *Maletic* el contrato que el consumidor había celebrado con ambos cocontratantes se hizo de forma indisociable para ambos cocontratantes del consumidor. De una forma tal que no permitía la diferenciación-disociación entre el contrato con un primero que le vende el servicio y el segundo que le ha de prestar dicho servicio contratado de antemano⁵³.

B. Conceptos de “contrato de consumo” y “consumidor” en el Reglamento Bruselas I bis y principios de aplicación

24. Los foros que se establecen en esta Sección 4ª título III relativa a la protección especial que merecen los consumidores como parte en situación de asimétrica contractual frente a los profesionales son una excepción a la regla general del domicilio del demandado⁵⁴. Son foros basados en la protección especial que merece la parte débil (consumidor), que debe determinarse a la luz de la naturaleza jurídica del contrato y la identidad de las partes como consumidor frente a un profesional. Una excepción que no permite una interpretación extensiva de los conceptos autónomos de este foro para su aplicación. En la misma línea que la interpretación que debe hacerse de los conceptos autónomos del foro especial de obligaciones contractuales. Estos conceptos son: “contrato de consumo”, “consumidor”, y “cocontratante”. Unos conceptos que ya se ha considerado en el epígrafe I como poco concisos o incluso ambiguos.

25. Ahora bien, que estos foros sean una excepción a la regla general no significa que no sigan cómo todo el sistema de foros del Reglamento Bruselas I / I bis, el “principio de previsibilidad”, con-

⁴⁹ STJUE *Air Scandinavia*, FD.64.

⁵⁰ Conclusiones del Abogado General, sr. Henrik Saugmandsgaard ØE, párrafo 47; STJUE de 28 de enero de 2015, *Harald Kolassa c. Barclays Bank Plc*, C-375/13 (ECLI:EU:C:2015:37), FD.32.

⁵¹ STJUE *Armin Maletic, Marianne Maletic y lastminute.com GmbH, tui Österreich GmbH*, de 14 de noviembre de 2013, C-478/12 (ECLI:EU:C:2013:373).

⁵² STJUE *Air Scandinavia*, FD. 59.

⁵³ STJUE *Maletic*, FD. 29; J. I. PAREDEZ PÉREZ, “La internacionalidad del contrato de consumo en el Reglamento Bruselas I: Comentario a la STJUE de 14 de noviembre de 2013, Asunto C-478/2012, *Maletic lasminute.com GmbH*”, *La Ley Unión Europa*, Nº 17, 2014, pp. 28-40, esp. p. 33; J.M. VELÁZQUEZ GARDETA, “El actual Reglamento 1215/2012 (Bruselas I bis) y la protección del consumidor on-line. ¿Una oportunidad perdida?”, *Revista de Direito do Consumidor (RDC)*, Nº101, 2015, pp. 299-320, pp. 313-315; B. DE GROOTE, “Maletic and EU Jurisdiction rules for consumer contracts. How a seemingly holiday contract turns out to be international”, *EuCML*, Vol. 5, Nº3, pp. 138-144.

⁵⁴ *Vid.* A-L., CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, op.cit., p. 1104; A-L., CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ Y J.V. ALMUNÍ CID, “Capítulo 11: Contratos internacionales de consumo: Competencia judicial y ley aplicable”, en M. YZQUIERDO TOLSADA (Dir.), *Contratos civiles, mercantiles...*, op.cit., t. XVI, 2014, pp.777-848; E. CASTELLANOS RUIZ, *Régimen jurídico de los consumidores: Competencia judicial internacional y ley aplicable*, Comares, 2010;

templado en el Cdo.11. También deben aplicarse respetando el principio útil (*effect utile*) y de seguridad jurídica del Reglamento Bruselas I/ I *bis*.

En los mismos, el objetivo de previsibilidad se cumple en el hecho que, aunque el consumidor pueda demandar y ser demandado ante su domicilio, esto es, que se permite la realización de un *forum actoris* totalmente justificado, –un favor o presunción más favorable “al consumidor” o *favor laesi*–, queda compensado para los profesionales tanto como demandados o demandantes con la aplicación estricta e interpretación restrictiva de los requisitos de aplicación material del art. 15/art. 17 del Reglamento Bruselas I/I *bis*⁵⁵.

26. Estos requisitos se tienen entonces que respetar de forma cumulativa en todos los casos. De forma que si no se da alguno de los tres, como establece la jurisprudencia del TJUE, no se puede basar ni justificar la competencia judicial internacional del tribunal ante el que se plantean las acciones en los mismos⁵⁶.

- (i) Una de las dos partes debe tener la condición de consumidor, tal cual está definida en el Reglamento Bruselas I. Un concepto que se debe poner en relación con lo interpretado con el siguiente concepto europeo y requisito, el “contrato de consumo”⁵⁷.
- (ii) Que el contrato que media entre el consumidor y el profesional haya sido efectivamente-válidamente celebrado. Un contrato que se valora por su naturaleza y finalidad. Para saber si ha sido válidamente “celebrado” no cabe valorar la situación jurídica subjetiva del “consumidor” frente al profesional, sino la existencia del contrato de consumo que vincule mediante sus cláusulas a los contratantes del consumidor con una finalidad distinta a la de un uso profesional del servicio o producto contratado por el consumidor⁵⁸. Con ello, la acción queda indisolublemente vinculada al contrato considerado de “consumo”⁵⁹.
- (iii) Que este contrato esté comprendido en los contratos que el mismo artículo 15/17 contiene en su apartado 1º, de las letras a, a la c⁶⁰.

⁵⁵ STJCE *Rudolf Gabriel*, de 11 de julio de 2002, C-96/00 (ECLI:EU:C:2001:690), párr. 57; STJUE *AU Reliantco Investments LTD.*, y *Reliantco Investments LTD Limassol Sucursala Bucuresti*, de 7 de abril de 2020, C-500/18 (ECLI:EU:C:2020:264), FD. 60 (sobre la prevención de multiplicidad de tribunales) y FD. 61, 62, 63 y 64. Un *favor laesi* que en foros especiales por razón de la materia, no se justificaría de ninguna forma para no quebrar el principio de Derecho procesal de “igualdad de las partes”; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El foro general del domicilio del demandado y Reglamento Bruselas “I-BIS 1215/2012”. Análisis crítico de la regla *actor sequitur forum rei*”, *CDT*, 2019, Vol. 11, Nº1, pp. 112-138, esp. pp. 118-119; A-L., CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, vol. I, *op.cit.* p. 164; P. MANKOWSKI y P. NIELSEN, “Jurisdiction over Consumer Contracts” en U. MAGNUS Y P. MANKOWSKI (EDS.), *European Commentaries on Private International...*, p. 511; P. MAESTRE CASAS, “El pasajero aéreo desprotegido: Obstáculos a la tutela judicial ..”, *loc.cit.*, p. 296 : “ (...) a un consumidor que se le exija litigar en el extranjero se le está disuadiendo de litigar en el extranjero” y esp. p. 302; Sobre la justificación del principio del *favor laesi* y el *forum actoris* en estos foros de protección especial; E. FERNÁNDEZ MASÍA, “Contratos de consumo y Competencia judicial internacional en el Reglamento 44/2001”, *Estudios de Consumo*, 2002, pp. 10-37, esp. p. 27; en general, sobre el *favor laesi*, G.J. SCHÖTZ, “El *favor debilis* como principio general del Derecho Internacional Privado. Su particular aplicación a las relaciones de consumo transfronterizas”, *Ars Iuris Salmanticensis*, ESTUDIOS, Vol.1, 2013, pp. 115-150; C. WOLF, “Jurisdiction over subrogated consumer contracts”, 2017, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3043393

⁵⁶ STJUE *Air Scandinavia*, FD. 56; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional...*, *op.cit.*, p.127.

⁵⁷ STJUE *AU Reliantco Investments LTD.*, y *Reliantco Investments LTD Limassol Sucursala Bucuresti*, de 7 de abril de 2020, C-500/18 (ECLI:EU:C:2020:264), FD. 47.

⁵⁸ El controvertido concepto de “consumidor” establecido en el Reglamento Bruselas I / I *bis*, en la jurisprudencia del TJUE, ya desde asuntos como STJCE *Rudolf Gabriel*, de 11 de julio de 2002, C-96/00 (ECLI:EU:C:2001:690); STJUE *Maximilian Schrems c. Facebook Ireland Ltd.*, de 25 de enero de 2018, C-498/16 (ECLI:EU:C:2018/17), párr. 45 y 46 (objetivo de previsibilidad); STJUE *Harold Kolassa c. Barclays Bank*, de 28 de enero de 2015, C-375/14 (ECLI:EU:C:2015:37), FD. 32 y 33; (sobre el concepto de consumidor en los artículos 17 y 18 y su interpretación restrictiva); STJUE *Jana Pretuchová c. FIBO Group Holdings Limited*, de 3 octubre de 2019, C-208/18 (ECLI:EU:C:2019:285); STJUE *AU Reliantco Investments LTD.*, y *Reliantco Investments LTD Limassol Sucursala Bucuresti*, de 7 de abril de 2020, C-500/18 (ECLI:EU:C:2020:264).

⁵⁹ STJUE *AU Reliantco Investments LTD.* y *Reliantco Investments LTD Limassol Sucursala Bucuresti*, de 7 de abril de 2020, C-500/18 (ECLI:EU:C:2020:264), FD. 48, 49, 60 y 64, especialmente, cuando el mismo título de la Sección 4º, capítulo II, dice claramente “de los contratos celebrados por los consumidores”; STJUE *Renate Ilsinger c. Martin Dreschers*, 14 de mayo de 2009, C-180/06 (ECLI:EU:C:2009:303), FD. 52, 53, y 54.

⁶⁰ STJUE *AU Reliantco Investments LTD.* y *Reliantco Investments LTD Limassol Sucursala Bucuresti*, de 7 de abril de 2020, C-500/18 (ECLI:EU:C:2020:264), párr. 45 (sobre los requisitos dados en el artículo 17 RBI *bis*).

27. En el asunto *Air Scandinavia*, el TJUE considera que no se puede aplicar finalmente el foro de protección especial de contratos celebrados por consumidores. La sra. Králová y la obligación contractual que le une con el transportista no cumple con estos requisitos cumulativos del artículo 15/17. Sin embargo, no niega que si pudiera aplicarse frente a la Agencia de viajes con quien si celebró el contrato incluido en la lista y frente a la que sí tiene una condición de consumidora⁶¹.

IV. Las cuestiones de Derecho sustantivo

1. Tercera cuestión prejudicial: Relación entre los derechos establecidos en el Reglamento 261/2004, la Directiva 90/314/CEE y el Reglamento Bruselas I

27. Una vez determinado por el tribunal nacional donde se plantea la acción, que es el tribunal competente para conocer de la misma, quedan por establecer dos aspectos de máxima relevancia: (i) si tienen cabida las acciones, como las de compensación, que se solicitaban en *Air Scandinavia*, y (ii) la legitimidad pasiva del demandado⁶². En este supuesto, la cuestión clave era la relación correcta con el Reglamento Bruselas I, con el Reglamento 261/2004 o la Directiva 90/314⁶³.

28. Según el Abogado General, este supuesto presentaba estos problemas de delimitación en la aplicación del instrumento jurídico, en ambos problemas, por sus particularidades.

Primero, por ser el vuelo un billete incluido en el pack del viaje combinado había que tomar en consideración si la Directiva 90/314/CEE en relación con el Reglamento Bruselas I. *Segundo*, con lo dispuesto en el Reglamento 261/2004, para dilucidar no sólo el problema de las acciones de compensación sino como se anunció en otros apartados, el de la legitimidad pasiva del transportista aéreo que no tiene ningún contrato celebrado con el pasajero⁶⁴. Ambos instrumentos eran los específicos por razón de la materia de las acciones interpuestas por la pasajera contra el operador aéreo danés. Por lo que determinarían la ley sustantiva al fondo del asunto y las cuestiones arriba reseñadas. Para ello, invoca cierta jurisprudencia anterior del TJUE, el asunto *Aegean Airlines* en la que el TJUE ya había delimitado la aplicación de ambos instrumentos en estas cuestiones⁶⁵.

2. Opinión del TJUE sobre la tercera cuestión prejudicial: “todos para uno y uno para todos, pero con reservas”

29. Cuando se ha analizado el foro especial por razón de la materia se ha relacionado ya con el Reglamento 261/2004, para saber si la compañía aérea que no tiene un contrato celebrado con el consumidor es igualmente considerada como un prestador de servicios que tiene obligaciones con el pasajero.

⁶¹ STJUE *Air Scandinavia*, FD. 65.

⁶² Vid. P. MANKOWSKY, *Research Handbook on the Brussels I bis Regulation*, Research Handbooks in European Law, 2020.

⁶³ E. ALVÁREZ ARMAS Y M. DECHAMPS, “Le droit international privé et la protection des passagers : l’articulation des sources...”, *loc.cit.*, esp. p. 769 ; Comunicación de la Comisión, “Directrices interpretativas del Reglamento (CE) n° 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos y se deroga el Reglamento (CE) n° 2027/97 del Consejo sobre responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente, en su versión modificada por el Reglamento (CE) n°889/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, DOUE, 2016/C 214/04, esp. punto 8.1.

⁶⁴ B. FERRER TAPIA, *El contrato aéreo de pasajeros...*, *op.cit.*, pp. 310 y ss.; Z. S. TANG, *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of...* *op.cit.* ; D. PÉREZ MILLÁN, « Función de legitimación y necesidad del documento para el ejercicio del derecho del transporte », en F. MARTÍNEZ SANZ, M. V. PETIT LAVALL (DIRS.), ACHIM PUTZ y L. SALES PALLARÉS (COORDS.), *Aspectos jurídicos y económicos del transporte. Hacia un transporte más seguro, sostenible y eficiente*, Universitat Jaume I, Col·lecció “Estudis jurídics”, N°15, t. 1, 2007, pp. 709-723.

⁶⁵ Cómo destaca el Abogado General, sr. Henrik Saugmandsgaard ØE, p. 65, también fue planteada la misma cuestión prejudicial en la STJUE de 10 de julio de 2019, *HQ & Others, c. Aegean Airlines*, C-163/18 (ECLI:EU:C:2019:585); N. PARKINSON, “HQ & Others, c. Aegean Airlines SA (C-163/18). A commentary”, *TLQ*, 2019, pp. 47-52.

30. No obstante, volviendo a que el vuelo pertenecía a un viaje combinado el TJUE, considera que es necesario para determinar la articulación de los derechos concedidos en el Reglamento 261/2004, la interpretación de sus disposiciones con el artículo 5 de la Directiva 90/314. Este artículo establece que tanto el organizador del viaje como el prestador del servicio que este organizador contrata para el consumidor, responden del buen cumplimiento de las obligaciones derivadas de dicho contrato. Por ello, la sra. Králová y en la misma forma que sucedió en el asunto *Aegean Airlines*, tiene derecho también a solicitar compensación a la Agencia de viajes. Sin embargo, con ciertas reservas de aplicación, dado que las sanciones establecidas en ambos instrumentos jurídicos pueden solaparse.

31. Las reservas vienen dadas porque las soluciones que se establecen en ambos instrumentos no son requisitos cumulativos⁶⁶. El TJUE entiende que el legislador europeo no tuvo la intención de excluir a los pasajeros que contrataron el vuelo a una Agencia como parte de un pack de viaje combinado⁶⁷, de solicitar por separado a la compañía aérea la compensación debida. Pero si sólo demanda al operador y buscando la compensación que no el reembolso, debe hacerlo según el artículo 6 y 7 del Reglamento 261/2004, dado que en la Directiva no se establecen las acciones de compensación que le incumben únicamente al transportista aéreo. Haya o no celebrado contrato con el pasajero⁶⁸. Evitando una posible doble sanción al operador aéreo⁶⁹.

En este caso, la pasajera había demandado sólo a la compañía aérea por compensación a tanto alzado. Por ello, la invocación de los artículos 6 y 7 del Reglamento 261/2004 era la correcta. Si hubiera solicitado el reembolso completo a la Agencia de viajes, el artículo 8 del Reglamento 261/2004 sí hace diferenciación y habría que ponerlo en conexión con el artículo precitado en el caso de la Directiva 90/314.

V. Conclusiones

33. En esta sentencia, el TJUE no se ha alejado de la jurisprudencia anterior. Ni en las cuestiones relativas a la interpretación del foro de protección especial de contratos celebrados por consumidores. Ni en la interpretación del foro especial por razón de la materia de la obligación contractual. Basando su respuesta en razones de proximidad y previsibilidad. Tampoco se ha alejado en las cuestiones de Derecho sustantivo en relación con el Reglamento 261/2004 y la Directiva 90/314, para determinar la legitimidad pasiva del transportista y la pertinencia de las acciones de compensación.

34. Primero. Sobre la aplicación del foro especial de la obligación contractual como “prestación de servicios” en este tipo de relaciones entre pasajeros y transportistas cuando no media contrato celebrado entre ambos. El foro especial de la obligación “contractual” no exige que medie entre las partes un contrato válidamente celebrado. Lo que se exige es que exista y se pueda identificar

⁶⁶ Vid. S. RODRIGUES, “Air transport: The Court of Justice of the European Union Rules that the two European Compensation Regimes in case of Annulment of a Flight Forming Part of a Package Tour Are Not Cumulative (Aegean Airlines)”, *Concurrence (Antitrust Publications and Events)s*, Nº 4, 10 de julio de 2019, disponible en: <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-4-2019/case-comments/air-transport-the-court-of-justice-of-the-european-union-rules-that-the-two>

⁶⁷ Cf. STJUE *Air Scandinavia* FD. 36.

⁶⁸ Comunicación de la Comisión, “Directrices interpretativas del Reglamento (CE) nº 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque ...”, *cit.*, esp., punto 2.2.6: “Ámbito del Reglamento en relación con la Directiva sobre viajes combinados”; A. ESCUDIE Y G. DELLA MALVA, “La responsabilité de l’Agence de Tourisme en cas de retard ou d’annulation de vol”, *Village de la Justice*, 7 de abril 2020, disponible en: <https://www.village-justice.com/articles/responsabilite-agence-tourisme-cas-retard-annulation-vol-par-anais-escudie,34580.html>; del reparto de responsabilidades entre el transportista y el tercero que tiene la relación contractual directa con el pasajero, Comisión Europea, “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Perspectiva europea sobre los pasajeros. Comunicación sobre los derechos de los pasajeros en todos los modos de transporte”, COM (2011), 898 final, p. 12.

⁶⁹ De esta forma no se sobreprotege al pasajero frente a la compañía aérea, cómo interpreta el TJUE en su sentencia *Aegean Airlines*; J. A. LUZACK, “Avoiding double claims at all cost- AG Saugmandsgaard ØE in *Aegean Airlines* (C-163/18)”, *Recent Developments in European Consumer Law*, 30 de marzo de 2019, disponible en: <http://recent-ecl.blogspot.com/2019/03/avoiding-double-claims-at-all-cost-ag.html>

una obligación de tipo contractual en función del lugar en el que dicha obligación debe ser cumplida. Como se desprende del asunto *Flightright*, en contratos de transporte aéreo, tanto en lugar de salida como el de llegada de los vuelos son dichos lugares de cumplimiento en los que es previsible que se puedan establecer acciones transfronterizas contra el operador aéreo. Así como también cumplen con el objetivo de proximidad entre los hechos y el tribunal que debe conocer de estas acciones.

Este foro debe ser aplicado en supuestos en los que la obligación/prestación del servicio que liga a un transportista aéreo y un pasajero haya nacido del contrato que el pasajero realiza con un tercero que le vende la prestación del servicio, incluyendo aquellos que se han vendido en un pack de “viaje combinado”. Sigue existiendo la obligación de prestar un servicio a la luz del Derecho sustantivo aplicable al asunto, el Reglamento 261/2004.

35. Segundo. Del foro de protección especial en contratos celebrados con consumidores en pack de viaje combinado, pero en donde no se solicita compensación por incumplimiento a la Agencia de viajes que sí celebra el contrato con el consumidor. El foro de protección especial no puede aplicarse para demandar al transportista aéreo ni siquiera en el caso de demandar a la Agencia de viajes por el incumplimiento de éste. Debe existir un contrato válidamente celebrado con ambos contratantes del consumidor de forma indisociable, como se desprende del asunto *Maletic* para poder aplicar el mismo foro a contratos de consumo no excluidos de la lista de este foro que ofrece el Reglamento.

La justificación se encuentra en la interpretación restrictiva de los conceptos del artículo 15 /17 Reglamento Bruselas I / *Ibis*. A diferencia del foro especial por razón de la materia de la obligación contractual, es requisito cumulativo *sine qua non* para su aplicación, la “celebración de un contrato” con el consumidor que está unida a la acción del demandante que a su vez debe ser considerado consumidor. En los contratos de transporte, el consumidor no se considera consumidor, dada la exclusión que hace el Reglamento de estos de este foro.

36. Tercero. De la legitimidad pasiva del transportista aéreo, a la luz del Reglamento 261/2004. La legitimidad pasiva del transportista aéreo al existir obligación contractual frente al pasajero debe determinarse de conformidad con el Reglamento 261/2004, siendo la *lex causae* aplicable al fondo del asunto. No debe hacerse en supuestos como éste de conformidad con la Directiva 90/31, porque no se demandó a la Agencia de viajes, el único contratante de la consumidora. Esto es así porque el Reglamento 261/2004, como se esclareció en el asunto *Aegean Airlines*, impide que haya doble sanciones. Dependiendo a quien se demande y cuales sean las acciones que interponen los pasajeros afectados por sus incumplimientos, tengan contrato celebrado con los transportistas o el vuelo se incluya en un pack de viaje combinado tal cual está definido en la Directiva 90/314, se aplicará una disposición u otra.

37. Cuarto. Se considera que todas estas soluciones merecen una revisión futura en los foros de protección especial establecidos en el Reglamento Bruselas *Ibis*. Esto supondría una revisión de los conceptos de “consumidor” en estos foros incluyendo a los pasajeros. Y de los “contratos de transporte” que celebran frente a las compañías aéreas como contratos de consumo celebrados por consumidores.

Los pasajeros, –como consumidores que son en el Derecho sustantivo de consumo–, no se van a encontrar nunca en situación de igualdad de condiciones frente a los transportistas aéreos. Hayan celebrado o no un contrato con ellos o a través de un intermediario. Aplicar el foro especial por razón de la materia en obligaciones de tipo contractual es dejarles en igualdad de condiciones frente a los mismos. Una igualdad que no tienen reconocida en este Derecho sustantivo de consumo, ni en instrumentos de corte internacional o europeo que rigen el fondo de estos asuntos.

LAS CRIPTODIVISAS COMO MEDIO DE PAGO Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO*

CRYPTOCURRENCIES AS A MEANS OF PAYMENT AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW

RAÚL RUIZ RODRÍGUEZ

*Becario de Investigación en el Área de Derecho Internacional Privado
Universidad de Alicante*

Recibido: 19.06.2020 / Aceptado: 01.07.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5628>

Resumen: el objeto del presente estudio es el análisis de la naturaleza jurídica de las denominadas criptodivisas o monedas virtuales y de las posiciones defendidas por distintos autores en base al estado normativo actual y a las decisiones emitidas por autoridades internacionales, haciendo especial hincapié en la concepción de las criptodivisas como “medio de pago” y “bienes susceptibles de propiedad”. Además, se realiza también un examen acerca de la suficiencia de los mecanismos legales existentes en materia de Derecho internacional privado para lidiar con las consecuencias derivadas de dichas calificaciones y acerca de la posibilidad o necesidad de realizar modificaciones legislativas para lograr una regulación satisfactoria de las monedas virtuales.

Palabras clave: criptodivisas, blockchain, derecho internacional privado, contratación internacional.

Abstract: the purpose of this study is the analysis of the legal nature of the so-called crypto-currencies or virtual currencies and of the positions defended by different authors based on the current normative state and the decisions issued by international authorities, with special emphasis on the conception of cryptocurrencies as a “means of payment” and “property”. In addition, an examination is also made of the adequacy of existing legal mechanisms in the field of private international law to deal with the consequences arising from such qualifications and of the possibility or need for legislative amendments to achieve satisfactory regulation of virtual currencies.

Keywords: cryptocurrencies, blockchain, private international law, international contracts.

Sumario: I. Introducción. II. La tecnología “*blockchain*” y el Derecho internacional privado. 1. El carácter esencialmente internacional de la tecnología “*blockchain*”. 2. Aplicaciones de la tecnología “*blockchain*” y Derecho internacional privado. A) “*Smart contracts*”. B) Organizaciones descentralizadas autónomas (DAO). C) Registros. D) Tokenización o títulos-valores. E. Criptodivisas. III. Las criptodivisas y sus diversas calificaciones jurídicas en el Derecho material interno. 1. La imposibilidad de calificar las criptodivisas como moneda de curso legal. 2. Las criptomonedas como títulos-valor o activos financieros y la inviabilidad de dichas clasificaciones. 3. Clasificación de las criptodivisas como bienes susceptibles de propiedad. 4. Criptodivisas como medio de pago. IV. Calificación de las criptomonedas como medio de pago a los efectos del Derecho internacional privado. 1. Competencia judicial internacional: pago mediante criptomonedas y determinación del *forum executionis*. 2. Ley aplicable: pago mediante criptomonedas y art. 4 del Reglamento Roma I. V. Conclusiones.

* Agradezco al profesor Aurelio López-Tarruella su ayuda y comentarios al presente trabajo.

I. Introducción

1. La denominada tecnología “*blockchain*” (“cadena de bloques”, en nuestro idioma) se ha convertido, por méritos propios, en uno de los principales retos para los investigadores del siglo XXI. Especialistas de todos los ámbitos han centrado sus esfuerzos en estudiar las diversas aplicaciones de esta tecnología en el sector público y privado, y la ciencia del Derecho no ha sido una excepción: la ausencia de una regulación específica de dicha tecnología ha suscitado un amplio catálogo de incógnitas que van desde el valor probatorio de los registros generados por la cadena de bloques hasta la posible validez de los negocios jurídicos celebrados a través de esta¹.

2. Como se explica en el apartado II, el carácter ubicuo y deslocalizado que presenta el “*blockchain*” provoca que las relaciones jurídicas que tienen lugar a través de esta tecnología sean, por definición, internacionales. Esta circunstancia obliga a analizar si la normativa de Derecho internacional privado (en adelante, “DIPr”) está lo suficientemente preparada para regular las relaciones privadas internacionales que pueden aparecer como consecuencia de la utilización de aplicaciones basadas en la tecnología “*blockchain*”. En particular, es preciso examinar si las normas sobre competencia judicial internacional y Derecho aplicable ofrecen a las empresas que quieren utilizar esta tecnología la seguridad jurídica necesaria para facilitar su puesta en marcha a nivel mundial.

Del análisis de los mecanismos legales existentes en la actualidad puede inferirse que, a grandes rasgos, el Derecho se encuentra lo suficientemente preparado como para lidiar con esta nueva tecnología, no siendo necesaria una reforma íntegra del marco normativo actual para otorgar una regulación satisfactoria a la cadena de bloques². Como defendemos en el apartado II, la posibilidad que otorgan las normas de DIPr de elegir los tribunales competentes y el Derecho aplicable al negocio jurídico contribuye a eludir los problemas que la falta de adaptación de ciertos Derechos internos puede suponer para los usuarios de esta tecnología³.

3. No obstante, hay una cuestión que plantea problemas particulares para la aplicación de las normas de DIPr, como es la utilización de las criptodivisas como medio de pago. Estos problemas, conforme a lo expuesto en el apartado III, están relacionados con las dificultades con las que se han encontrado las autoridades competentes a la hora de regular esta figura, y que han derivado en la atribución de una naturaleza jurídica diferente de un ordenamiento a otro. Estas diferencias pueden generar problemas a la hora de determinar las normas de competencia judicial internacional y de Derecho aplicable que deben regir aquellos contratos que tengan como objeto la adquisición de criptodivisas y, sobre todo, aquellos en los que el pago deba llevarse a cabo mediante este mecanismo. A estas cuestiones dedicaremos el apartado IV.

II. La tecnología “*blockchain*” y el Derecho internacional privado

1. El carácter esencialmente internacional de la tecnología “*blockchain*”

4. La tecnología “*blockchain*” es, en palabras de C. TUR FAUNDEZ⁴, “una base de datos apoyada en tecnología peer to peer y por tanto compartida por múltiples nodos, en la que se registran bloques de información”.

¹ S. NASCIMENTO (ed), A. PÓLVORA (ed), A. ANDERBERG, E. ANDONOVA, M. BELLIA, L. CALÈS, A. INAMORATO DOS SANTOS, I. KOUNELIS, I. NAI FOVINO, M. PETRACCO GIUDICI, E. PAPANAGIOTOU, M. SOBOLEWSKI, F. ROSSETTI, L. SPIRITO, *Blockchain Now And Tomorrow: Assessing Multidimensional Impacts of Distributed Ledger Technologies*, Luxemburgo, Publications Office of the European Union, 2019, pp. 16-20.

² A. S. ZIMMERMANN, *Blockchain Networks and European Private International Law*, disponible en <https://conflictoflaws.net/2018/blockchain-networks-and-european-private-internationale-law/> (consultado el 14 de junio de 2020).

³ G. RÜHL, “Smart (Legal) Contracts, or: Which (Contract) Law for Smart Contracts?”, en B. CAPIELLO, G. CARULLO (Eds.), *Blockchain, Law and Governance*, Springer, 2020, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3552004 (consultado el 14 de junio de 2020), p. 20-21.

⁴ C. TUR FAUNDEZ, *Smart contracts. Análisis jurídico*. Madrid, REUS, 2018, p.33.

Dicha tecnología fue desarrollada con el objetivo de crear una plataforma para la realización de operaciones con la criptomoneda “Bitcoin”⁵. Sin embargo, el potencial de esta provocó que su utilización se extendiera a otros ámbitos. En la actualidad, además de “Bitcoin”, hay muchas otras plataformas que emplean la tecnología “blockchain” como, por ejemplo, “Ethereum”⁶, “Tezos”⁷ o “Neo”⁸.

Para comprender su funcionamiento, es necesario estudiar dos conceptos clave:

- En primer lugar, la información está escrita en los denominados “bloques”. Cada bloque de información se conecta a su predecesor respectivo utilizando los llamados “hashes”, códigos de identificación que se calculan para cada bloque individual. En consecuencia, cada bloque no sólo incluye su propio “hash” sino también el “hash” de su predecesor, quedando unidos entre sí y garantizando que la información no pueda ser manipulada una vez ha sido registrada⁹.
- En segundo lugar, la cadena de bloques en su integridad es almacenada de forma descentralizada por cada uno de los miembros de la red. De esta manera, cada vez que se solicita una transacción relativa a la cadena de bloques, no es procesada por un solo miembro o “nodo”, sino que todos los nodos comprueban la transacción e intentan alcanzar un consenso de manera que “para que la información contenida en un bloque sea considerada válida, todos los participantes deben de estar de acuerdo”¹⁰ o, por lo menos, alcanzar el mínimo exigido por las reglas de consenso establecidas por el protocolo de esa plataforma “blockchain” en particular.

5. La cadena de bloques se configura, por tanto, como un sistema articulado “a través de redes de terminales P2P que tiene como misión registrar todas las transacciones que se van produciendo”¹¹. Las notas características de esta tecnología que tienen implicaciones desde el Derecho son la inmutabilidad, la seguridad, la descentralización y la deslocalización¹²:

- Inmutabilidad y seguridad: dado que la información contenida en una plataforma “blockchain” es visible para todos los usuarios, es prácticamente imposible modificarla sin que ninguno de los otros nodos lo detecte, haciendo muy difícil alterar o suprimir dicha información (únicamente sería posible mediante el consenso de todos los usuarios o, al menos, de una mayoría del 51%). Además, el carácter inmutable de la información, junto con el hecho de que todos los datos que se introducen en la plataforma incorporen sellado de tiempo y de que las transacciones sean visibles para todos los usuarios, otorgan a esta tecnología un alto grado de transparencia que permite aumentar la confianza depositada en la misma.
- Descentralización y deslocalización: la información se registra “en una red descentralizada, por lo que no se requiere de un organismo regulado que verifique las transacciones”¹³ que se

⁵ S. NAKAMOTO, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, disponible en <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> (consultado el 14 de junio de 2020).

⁶ ETHEREUM FOUNDATION, *What is Ethereum?*, disponible en <https://ethereum.org/what-is-ethereum/> (consultado el 14 de junio de 2020).

⁷ L. M. GOODMAN, *Tezos – a self-amending crypto-ledger White paper*, disponible en https://tezos.com/static/white_paper-2dc8c02267a8fb86bd67a108199441bf.pdf (consultado el 14 de junio de 2020).

⁸ NEO TEAM, *An Open Network for the Smart Community*, disponible en <https://neo.org/about> (consultado el 14 de junio de 2020).

⁹ THE EUROPEAN UNION BLOCKCHAIN OBSERVATORY AND FORUM, *Legal and Regulatory Framework for Blockchains and Smart Contracts*, disponible en https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/report_legal_v1.0.pdf (consultado el 14 de junio de 2020), pp. 36-38.

¹⁰ C. TUR FAÚNDEZ, *Smart contracts. Análisis jurídico*. Madrid, REUS, 2018, p.34.

¹¹ A. E. VILALTA NICUESA, *Smart legal contracts y blockchain. La contratación inteligente a través de la tecnología blockchain*. Madrid, Wolters Kluwer, 2019, p. 21.

¹² S. NASCIMENTO (ed), A. PÓLVORA (ed), A. ANDERBERG, E. ANDONOVA, M. BELLIA, L. CALÈS, A. INAMORATO DOS SANTOS, I. KOUNELIS, I. NAI FOVINO, M. PETRACCO GIUDICI, E. PAPANAGIOTOU, M. SOBOLEWSKI, F. ROSSETTI, L. SPIRITO, *Blockchain Now And Tomorrow: Assessing Multidimensional Impacts of Distributed Ledger Technologies*, Luxemburgo, Publications Office of the European Union, 2019, pp. 17-20.

¹³ A. ORTEGA GIMÉNEZ, *“Smart contracts” y Derecho Internacional Privado*. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, p. 30.

realicen en la plataforma “*blockchain*”, sino que son los miembros de dicha plataforma los que cotejarán las operaciones celebradas en esta, sin necesidad de una autoridad central que tenga el control absoluto sobre el procesamiento de la información. Asimismo, el anonimato que otorga la tecnología “*blockchain*” y la posibilidad de que cualquier persona pueda formar parte de la plataforma (como regla general), deriva en una situación de deslocalización caracterizada por un total desconocimiento de la ubicación de los nodos y de la información contenida en dicha plataforma.

6. Son estos dos últimos elementos los que nos permiten afirmar que estamos ante una tecnología esencialmente internacional, circunstancia que redundará en las relaciones privadas que se llevan a cabo utilizando sus diversas aplicaciones: incluso en aquellos casos en los que los elementos “analógicos” de la relación estén conectados con un solo Estado (p. ej. una transacción celebrada por dos empresas españolas mediante un “*smart contract*”), la tecnología utilizada conecta la situación con una pluralidad de Estados extranjeros.

Pero, además, resulta difícil imaginar empresas que estén pensadas en utilizar esta tecnología en un ámbito meramente doméstico¹⁴. Se puede presumir que cualquier entidad o conjunto de entidades con la capacidad de apostar por el desarrollo de aplicaciones basadas en esta tecnología actúan o tienen la intención de actuar a nivel internacional.

Es el caso, por ejemplo, de *Alibaba*¹⁵ u otras plataformas que emplean esta tecnología para facilitar la identificación de productos falsificados que se intentan comercializar a través de estos mercados en línea; o *VeChain*¹⁶, la cual emplea “*blockchain*” para permitir a fabricantes asignar números de identificación únicos a sus productos y hacer un seguimiento de sus movimientos a través de la cadena de suministro desde cualquier parte del mundo. También podemos destacar otras iniciativas que han implementado esta tecnología para facilitar la celebración de contratos por parte de sus clientes, con independencia de su Estado de residencia, como por ejemplo *Ulysses Contract*¹⁷, a través de la cual los usuarios pueden celebrar un “*smart contract*” para establecer un objetivo de pérdida de peso entregando cierta cantidad de “*Ether*” que únicamente le será devuelto en caso de alcanzar su meta.

2. Aplicaciones de la tecnología “*blockchain*” y Derecho internacional privado

7. Son varias las aplicaciones de la tecnología “*blockchain*” que pueden dar lugar a relaciones privadas internacionales susceptibles de regulación por el DIPr. Ahora bien, como ya hemos avanzado, más allá de los problemas que generan las criptodivisas, entendemos que no resulta necesaria una adaptación del marco normativo del DIPr para otorgar una regulación satisfactoria a esta nueva tecnología. Para comprender mejor esta idea, es necesario analizar, de manera individual, dichas aplicaciones y su funcionamiento:

A) “*Smart contracts*”

8. Los “*smart contracts*” o contratos inteligentes pueden ser definidos como “*programas informáticos que ejecutan acuerdos establecidos entre dos o más partes cuando se da una condición*”

¹⁴ Los “*smart contract*” son, como regla general, contratos “*standard*” que las empresas están utilizando o van a utilizar a nivel mundial en sus operaciones dado el potencial comercial que poseen. Lo más frecuente, por ejemplo, será que el “*smart contract*” sea celebrado por un dispositivo fabricado por un desarrollador chino, instalado en un vehículo eléctrico fabricado por una empresa estadounidense que es conducido por un español que ha alquilado el vehículo a una empresa francesa en Francia. Esta situación dificulta que los desarrolladores puedan adaptar el “*smart contract*” a las particularidades legales de cada uno de los países en los que sus productos vayan a comercializarse.

¹⁵ www.alibaba.com

¹⁶ www.vechain.org

¹⁷ <https://ulyssescontract.com/>

*programada con anterioridad. Es decir, son contratos que se ejecutan y se hacen cumplir a sí mismos de manera automática*¹⁸.

Existe la posibilidad de que sean máquinas las que celebren un “*smart contract*”: son los denominados contratos computables u operaciones “*machine to machine*” (“M2M”, en adelante). Se trata de “*contratos que se perfeccionan y ejecutan entre máquinas directamente*” y en virtud de los cuales “*los dispositivos se conectan y proceden a perfeccionar nuevos y sucesivos contratos bajo ciertas circunstancias previamente acordadas por las partes involucradas en un contrato legal inteligente*”¹⁹.

9. Los “*smart contracts*” no se constituyen como una nueva categoría de contratos, sino que se trata de “*contratos propiamente dichos desde un punto de vista jurídico, que hacen uso -total o parcialmente- de la tecnología de bloques*”²⁰. De esta manera, la tecnología “*smart contract*” se configura, simple y llanamente, como una nueva manera de celebrar y gestionar contratos, los cuales mantendrán su naturaleza jurídica intacta, no habiendo motivos para que las reglas actuales no se apliquen sólo porque el contrato se realice mediante un “*smart contract*”²¹.

En concreto, esta nueva modalidad contractual no requerirá ningún cambio extraordinario²² en relación con las normas de DIPr que regulan la forma de celebración o de ejecución de las obligaciones, habida cuenta, sobre todo, de la posibilidad que ofrecen dichas normas de escoger los tribunales competentes y el Derecho aplicable para la resolución del negocio jurídico, lo que en la mayoría de casos permitirá eludir los problemas que la falta de adaptación de ciertos Derechos internos puede suponer para esta nueva modalidad de celebración y ejecución de los contratos²³.

De esta forma, tal y como señala A. LEGERÉN-MOLINA, “*parece posible afirmar que los caracteres que actualmente configuran el contrato inteligente no parecen exigir un nuevo Derecho de contratos, siendo perfectamente aplicables -con sus adaptaciones y modulaciones- las normas actualmente existentes*”²⁴. A nuestro modo de ver, la conclusión es aplicable a la normativa de DIPr en materia de contratos.

B) Organizaciones descentralizadas autónomas (DAO)

10. Se entiende por organización descentralizada autónoma (“*Decentralized Autonomous Organization*”, en adelante “DAO”) “*una empresa u organización cuyas decisiones se toman electrónicamente mediante un código de ordenador escrito o mediante el voto de sus miembros. En esencia, es un sistema de reglas codificadas que definen qué acciones tomará una organización. Es considerado por muchos como la forma más compleja de smart contract. El código del smart contract posee los estatutos de la DAO, mediante complejas reglas de gobernanza.*”²⁵

¹⁸ A. ORTEGA GIMÉNEZ, “*Smart contracts*” y Derecho Internacional Privado. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, p. 29.

¹⁹ A. E. VILALTA NICUESA, *Smart legal contracts y blockchain. La contratación inteligente a través de la tecnología blockchain*. Madrid, Wolters Kluwer, 2019, p. 42-43.

²⁰ A. E. VILALTA NICUESA, *Smart legal contracts y blockchain. La contratación inteligente a través de la tecnología blockchain*. Madrid, Wolters Kluwer, 2019, p. 41.

²¹ UK JURISDICTION TASKFORCE, “Legal statement on cryptoassets and smart contracts”, *The LawTech Delivery Panel*, 2019, disponible en https://35z8e83m1ih83drye280o9d1-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2019/11/6.6056_JO_Cryptocurrencies_Statement_FINAL_WEB_111119-1.pdf (consultado el 14 de junio de 2020), p. 32.

²² A. S. ZIMMERMANN, *Blockchain Networks and European Private International Law*, disponible en <https://conflictoflaws.net/2018/blockchain-networks-and-european-private-internationale-law/> (consultado el 14 de junio de 2020).

²³ G. RÜHL, “Smart (Legal) Contracts, or: Which (Contract) Law for Smart Contracts?”, en B. CAPIELLO, G. CARULLO (Eds.), *Blockchain, Law and Governance*, Springer, 2020, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3552004 (consultado el 14 de junio de 2020), p. 20-21.

²⁴ A. LEGERÉN-MOLINA, “Los contratos inteligentes en España”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 2, abril-junio 2018, pp. 193-241.

²⁵ B. NOGALES, *¿Qué es una DAO? – Organización autónoma descentralizada*, disponible en <https://bitcoin.es/criptomonedas/que-es-un-dao-organizacion-autonoma-descentralizada/> (consultado el 14 de junio de 2020).

11. Si bien la nomenclatura utilizada podría apuntar a un nuevo tipo de sociedad mercantil, en realidad una DAO es fácilmente reconducible a las categorías contractuales tradicionales²⁶ por lo que, según se ha dicho en el apartado anterior, no parecen existir problemas para aplicar la normativa sobre DIPr en la materia. De esta manera, si la voluntad de los integrantes de la DAO fuera crear una sociedad mercantil, deberían encontrar acomodo en alguna de las categorías ya existentes en las leyes nacionales sobre sociedades mercantiles, lo cual determinaría su régimen a efectos de DIPr.

C) Registros

12. Otro de los posibles usos de la tecnología “*blockchain*” reside en el sector registral. Son numerosos los países que han empezado a desarrollar proyectos destinados a la aplicación de esta tecnología en registros como, por ejemplo, el de la propiedad o el mercantil.

En España, sin ir más lejos, podemos destacar a Alastria²⁷, una asociación sin ánimo de lucro que apuesta por el desarrollo de la tecnología “*blockchain*” y que está diseñando, junto al Colegio de Registradores de España²⁸, métodos que permitan agilizar la gestión de todos los documentos tramitados mediante dicho colegio.

Otro claro ejemplo de aplicación del “*blockchain*” a un registro de la propiedad es el caso de Suecia. La administración sueca ha logrado una digitalización completa del registro de la propiedad de tierras (conocido como *Lantmäteriet*), facilitando la tramitación de los procesos de registro y reduciendo la duración del procedimiento de entre tres y seis meses a horas²⁹.

Igualmente, tal y como señala A. ORTEGA GIMÉNEZ³⁰, tanto en Dubai como en Japón se están desarrollando plataformas destinadas a unificar el registro de propiedades urbanas y rústicas mediante la tecnología de la cadena de bloques, “*lo que permitiría contar con una base de datos abierta en la que se pudieran consultar los datos de los 230 millones de fincas y 50 millones de edificios que se estime existen en el país asiático*”.

13. La cristalización de estos proyectos requerirá, en cualquier caso, el refrendo legal de estos registros, lo cual no afectará de ningún modo a las normas de DIPr sobre la materia, como por ejemplo la competencia exclusiva del artículo 24.3 del Reglamento Bruselas I bis³¹ en materia de registros públicos: aunque los datos estén deslocalizados, el registro público sigue estando referido a propiedades ubicadas en un territorio estatal.

D) Tokenización y títulos valores

14. El “*token*” puede ser definido como “*una unidad de valor que una organización [o entidad privada] crea para gobernar su modelo de negocio y dar más poder a sus usuarios para interactuar con*

²⁶ UK JURISDICTION TASKFORCE, “Legal statement on cryptoassets and smart contracts”, *The LawTech Delivery Panel*, 2019, disponible en https://35z8e83m1ih83drye280o9d1-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2019/11/6.6056_JO_Cryptocurrencies_Statement_FINAL_WEB_111119-1.pdf (consultado el 14 de junio de 2020), p. 34.

²⁷ ALASTRIA, *Asociación*, disponible en <https://alastria.io/asociacion> (consultado el 14 de junio de 2020).

²⁸ COLEGIO DE REGISTRADORES DE ESPAÑA, *Los registradores y el consorcio Alastria explorarán las posibilidades de la tecnología blockchain*, disponible en <http://www.registradores.org/los-registradores-y-el-consorcio-alastria-exploraran-las-posibilidades-de-la-tecnologia-blockchain/> (consultado el 14 de junio de 2020).

²⁹ J. C. ALCAIDE, *Blockchain para registro de la propiedad: países pioneros en su uso*, disponible en <https://blog.enzymeadvisinggroup.com/blockchain-registro-propiedad> (consultado el 14 de junio de 2020).

³⁰ A. ORTEGA GIMÉNEZ, “*Smart contracts*” y *Derecho Internacional Privado*. Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, p. 32.

³¹ Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante, “Reglamento Bruselas I bis” o “RBI bis”), *DOUE* L 351/1, de 20 diciembre 2012.

*sus productos, al tiempo que facilita la distribución y reparto de beneficios*³². Estas unidades de valor se diferencian de las criptodivisas en la variedad de usos que admiten: mientras que la función principal de las monedas virtuales es la de constituirse como un medio de pago generalizado, los “tokens” servirán para aquello que las personas o entidades encargadas de su diseño y desarrollo decidan (ya sea para pagar un derecho, como incentivo o como vía de acceso a un servicio extra, etc.)³³

15. De entre todas estas funciones, podemos destacar la denominada tokenización de activos, entendida como la representación de “*un derecho (personal o real, o sobre un bien tangible o intangible) en un registro distribuido (blockchain) privado a efectos legales (...) materializándose dicha representación en anotaciones contables unitarias llamadas tokens*”³⁴. Bajo este supuesto, la función de los “tokens” podría ser asimilada a lo de los títulos valores, documentos “*que otorgan derechos privados a su poseedor y cuyo ejercicio y transmisión dependen de la tenencia del propio documento*”³⁵ y con los que comparten características tales como la existencia de un título representativo y un derecho subyacente.

16. La representación de un título valor a través de medios electrónicos o digitales no supone a grandes rasgos un impedimento para la aplicación de las normativa sustantiva en la materia dada la equiparación que suele darse entre documentos físicos y digitales (siempre y cuando cumplan con los requisitos formales pertinentes) por aplicación del principio de equivalencia funcional³⁶ y la posibilidad que otorga la tecnología “blockchain” de compartir, validar y verificar documentos de manera segura. Prueba de ello es la promulgación, por parte del legislador francés³⁷, de diversos textos legales reconociendo la posibilidad de utilizar la tecnología “blockchain”³⁸ para la emisión, registro y transferencia de valores no admitidos a negociación.

17. En este mismo sentido, en principio, no parecen existir mayores problemas para establecer que, de acuerdo con el art. 10.3 de nuestro Código Civil³⁹, la ley aplicable a la emisión de los “tokens” será la del Estado donde está establecida la empresa que los emite.

E) Criptodivisas

18. Otra de las principales aplicaciones derivadas de la tecnología “blockchain” son las criptodivisas o moneda virtuales, definidas por el Banco Central Europeo como “*representaciones digitales*

³² W. MOUGAYAR, *Tokenomics – A Business Guide to Token Usage, Utility and Value*, disponible en <https://medium.com/@wmougayar/tokenomics-a-business-guide-to-token-usage-utility-and-value-b19242053416#:~:text=In%20the%20business%20realm%2C%20we,to%20all%20of%20its%20stakeholders>. (consultado el 14 de junio de 2020).

³³ BBVA COMMUNICATIONS, *Qué es un ‘token’ y para qué sirve*, disponible en <https://www.bbva.com/es/que-es-un-token-y-para-que-sirve/> (consultado el 14 de junio de 2020).

³⁴ J. PASCUAL MALDONADO, *Tokenización de activos: naturaleza jurídica del token y del activo*, disponible en <http://www.legaltoday.com/firmas/legaltech/tokenizacion-de-activos-naturaleza-juridica-del-token-y-del-activo#> (consultado el 14 de junio de 2020).

³⁵ WOLTERS KLUWER, *Títulos valores*, disponible en https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUUMTYzMLtBLUouLM_DxbIwMDCwNzA7BAZlqlS35ySGVBqm1aYk5xKgDI14j3NQAAAA=WKE (consultado el 14 de junio de 2020).

³⁶ A. FURRER, L. MÜLLER, “Functional equivalence” of digital legal transactions. Tentative translation of the “Funktionale Äquivalenz» digitaler Rechtsgeschäfte - Ein tragendes Grundprinzip für die Beurteilung der Rechtsgültigkeit von Rechtsinstituten und Rechtsgeschäften im schweizerischen Recht”, published on Jusletter, Juni 18, 2018, disponible en https://www.mme.ch/fileadmin/files/documents/MME_Compact/2018/180619_Funktionale_AEquivalenz.pdf (consultado el 14 de junio de 2020), p. 13.

³⁷ H. DE VAUPLANE, V. CHARPIAT, “France”, *The Virtual Currency Regulation Review*, Edición 2, septiembre 2019, disponible en: <https://thelawreviews.co.uk/edition/the-virtual-currency-regulation-review-edition-2/1197581/france> (consultado el 14 de junio de 2020).

³⁸ Véase también lo dispuesto por la Comisión Nacional del Mercado de Valores [COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES, *Criterios en relación con las ICOs*, disponible en <http://cnmv.es/DocPortal/Fintech/CriteriosICOs.pdf> (consultado el 14 de junio de 2020)] o por autores como F. Rosales [F. ROSALES, *Qué es un token*, disponible en <https://www.notariofrancisco-rosales.com/que-es-un-token/> (consultado el 14 de junio de 2020)].

³⁹ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (en adelante, “Código Civil”), *Gaceta de Madrid*, núm. 206, de 25 de julio de 1889.

de valor no emitidas por ninguna autoridad central bancaria, institución de crédito o emisor de dinero electrónico reconocido que, en ciertas ocasiones, pueden ser utilizadas como medio de pago alternativo al dinero”⁴⁰. El ejemplo más claro de ello es la criptomoneda “Bitcoin”, la cual fue originalmente creada por S. NAKAMOTO en el año 2008⁴¹ y desde entonces ha ido adquiriendo relevancia de manera gradual hasta convertirse en la moneda virtual de uso más extendido.

La falta de consenso acerca de la naturaleza jurídica de las criptodivisas y de las implicaciones derivadas para el DIPr hace que sea necesario un análisis pormenorizado de las posibles calificaciones legales de esta tecnología y de la suficiencia de los mecanismos normativos existentes para hacer frente a las mismas. En los siguientes apartados, profundizaremos en dichas cuestiones.

III. Las criptodivisas y sus diversas calificaciones jurídicas en el Derecho material interno

19. La aparición de “Bitcoin” en el año 2008 generó grandes expectativas en torno al potencial de la tecnología “blockchain” para la celebración de negocios jurídicos e introdujo una atrayente posibilidad, como es la de realizar pagos a través de las denominadas criptodivisas, monedas virtuales que comparten con la tecnología de la cadena de bloques características tales como la seguridad, la inmutabilidad, la ubicuidad y la descentralización.

El creciente número de criptodivisas existentes evidencia la expansión de la tecnología “blockchain” y su progresiva incorporación a la vida diaria, pudiendo referenciar numerosos ejemplos más allá de “Bitcoin”, tales como el “Litecoin”⁴² o el “Dash”⁴³.

20. Ahora bien, ofrecer una definición adecuada de las criptodivisas es tarea complicada, dado que no existe una concepción uniforme acerca de la configuración jurídica y legal de las mismas, ni siquiera entre las diversas autoridades supervisoras a nivel europeo⁴⁴. De hecho, como vamos a analizar a continuación, las autoridades nacionales que han debido enfrentarse con problemas relacionados con las criptodivisas les han atribuido una naturaleza jurídica divergente.

Esta situación es problemática e, indirectamente, afecta a la regulación por el DIPr de aquellos contratos internacionales en los que se establezca el pago mediante esta categoría de monedas virtuales. Y ello, porque la naturaleza jurídica que se les atribuya afectará a la calificación jurídica del contrato en cuestión y, por lo tanto, a la norma aplicable para determinar la competencia judicial internacional (en particular el Reglamento Bruselas I bis) y el Derecho aplicable (Reglamento Roma I⁴⁵).

La Comisión Europea ha impulsado el estudio “EU regulatory framework for crypto-assets”, cuyo objetivo principal es el de estudiar la posibilidad de crear un marco legal uniforme para el tratamiento de los criptoactivos que permita paliar la inseguridad jurídica actual. Los resultados de dicha iniciativa serán publicados en el tercer trimestre de 2020 y está previsto que se pronuncie sobre cuestiones tales como la regulación actual de los activos criptográficos en el marco de la Unión Europea o la promulgación de directrices o “guidelines” para establecer líneas generales de actuación⁴⁶.

⁴⁰ EUROPEAN CENTRAL BANK, *Virtual Currency Schemes – a further analysis*, disponible en <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemesen.pdf> (consultado el 14 de junio de 2020), pp. 9-10.

⁴¹ S. NAKAMOTO, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, disponible en <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> (consultado el 14 de junio de 2020).

⁴² <https://litecoin.org/es/>

⁴³ <https://www.dash.org/>

⁴⁴ M^a. CHAMORRO, *Aspectos jurídicos de las criptomonedas*, disponible en https://blockchainintelligence.es/wp-content/uploads/2019/04/Art%C3%ADculo-doctrinal_Apectos-jur%C3%ADficos-de-las-criptomonedas-por-M-de-la-Concepci%C3%B3n-Chamorro-Rodr%C3%ADguez.pdf (consultado el 14 de junio de 2020), p. 11.

⁴⁵ Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante, “Reglamento Roma I”), DOUE L 177/6, de 4 julio 2008.

⁴⁶ Puede consultarse más información acerca de esta iniciativa en el siguiente enlace: <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12089-Directive-regulation-establishing-a-European-framework-for-markets-in-crypto-assets> (consultado el 14 de junio de 2020).

21. Mientras tanto, existe una gran incertidumbre sobre la calificación jurídica que pueden recibir las criptomonedas. A continuación, analizamos las distintas calificaciones adoptadas por diversas autoridades y sugeridas por la doctrina. Para empezar, explicaremos las razones por las cuales no es posible equiparar estas divisas virtuales a las monedas de curso legal y cómo el consenso negativo en torno a dicha posibilidad ha dado pie a otros planteamientos académicos, algunos de los cuales abogan por calificar a estas monedas virtuales como títulos-valor o activos financieros. No obstante, la mayoría de autores se dividen en torno a dos posibles calificaciones: la concepción de las criptomonedas como bienes intangibles susceptibles de propiedad o como medio de pago. A nuestro modo de ver, a los efectos del sistema de DIPr, esta última es la calificación que lleva a resultados más satisfactorios.

1. La imposibilidad de calificar las criptodivisas como moneda de curso legal

22. Para precisar si las criptodivisas merecen ser calificadas como “dinero” o “moneda de curso legal”, es necesario delimitar este concepto de manera específica. En este sentido, debemos acudir al informe de 2012 del Banco Central Europeo denominado “*Virtual Currency Schemes*”, en el cual dicho organismo otorga una definición de “dinero fiduciario”, conceptuándolo como “*cualquier moneda de curso legal designada y emitida por una autoridad central*”⁴⁷ e indicando, a su vez, que la existencia de dicha autoridad y la confianza depositada en la misma por los usuarios de la moneda se constituyen como elementos cruciales del sistema monetario.

Una de las principales características de las criptodivisas o monedas virtuales, tal y como hemos referido anteriormente, es la descentralización o inexistencia de una autoridad encargada de su funcionamiento y control. Es por ello por lo que debemos descartar la posibilidad de que las criptodivisas sean equiparadas a una moneda de curso legal o al dinero electrónico⁴⁸ dado que, a día de hoy, no han sido reconocidas de manera expresa como tal por ningún organismo oficial, no son supervisadas ni emitidas por ninguna autoridad competente y no cuentan con el respaldo de España⁴⁹ ni de la Unión Europea⁵⁰.

23. En este sentido, es necesario destacar la advertencia paneuropea emitida por la Autoridad Europea de Valores y Mercados, la Autoridad Bancaria Europea y la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación (en adelante, “las tres AE”) en 2018 advirtiendo sobre el elevado riesgo derivado del uso de las monedas virtuales y subrayando que las criptodivisas actualmente disponibles son representaciones digitales de valor no emitidas ni garantizadas por bancos centrales o autoridades públicas y que, por lo tanto, “*no tienen la condición jurídica de la moneda o el dinero*”⁵¹. Esta posición es respaldada por la Directiva sobre blanqueo de capitales⁵², la cual reitera en su art. 3 que las monedas virtuales en ningún caso podrán ostentar la calificación de moneda de curso legal o de dinero electrónico al no tratarse de una moneda establecida legalmente.

⁴⁷ EUROPEAN CENTRAL BANK, *Virtual Currency Schemes*, disponible en <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf> (consultado el 14 de junio de 2020), pp. 9-10.

⁴⁸ El Banco Central Europeo expone también en dicho informe que la principal diferencia entre las monedas virtuales y el dinero electrónico reside en que en el primer caso la moneda que se utiliza como unidad de cuenta no tiene una contrapartida física con estatus de moneda de curso legal, mientras que en el segundo sí.

⁴⁹ Conforme a la normativa existente, las criptodivisas no pueden ser consideradas una moneda de curso legal integrada en el sistema monetario internacional español (art. 3 de la Ley 46/1998 [Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción al euro, BOE de 18 diciembre 1998]) ni tampoco dinero electrónico (art. 1 de la Ley 21/2011 [Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico, BOE de 27 julio 2011]).

⁵⁰ J. C. LLOPIS, *Bitcoin como medio de pago en la compra de bienes*, disponible en <http://www.notariallopis.es/blog/i/1425/73/bitcoin-como-medio-de-pago-en-la-compra-de-bienes> (consultado el 14 de junio de 2020).

⁵¹ ESMA, EBA y EIPOA, *Warning to consumers on the risks of Virtual Currencies*, disponible en <https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/2139750/313b7318-2fec-4d5e-9628-3fb007fe8a2a/Joint%20ESAs%20Warning%20on%20Virtual%20Currencies.pdf?retry=1> (consultado el 14 de junio de 2020), p. 1.

⁵² Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo (en adelante, “Directiva sobre blanqueo de capitales”), DOUE L 156/43, de 19 de junio de 2018, p. 12.

2. Las criptomonedas como títulos-valor o activos financieros y la inviabilidad de dichas clasificaciones

24. En cuanto a la posibilidad de calificar a las monedas virtuales como títulos-valor⁵³, esta merece ser rechazada a tenor de lo establecido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, “TJUE”) en su sentencia de 22 de octubre de 2015 (asunto “*Hedqvist*”⁵⁴).

Este litigio enfrentó a la Administración Tributaria Sueca (*Skatteverket*) y a un particular, el Sr. Hedqvist, el cual se dedicaba a través de una sociedad a la compra de “*bitcoins*” para su posterior reventa a particulares y empresas, obteniendo como beneficio la diferencia entre precios. Así, el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de Suecia (*Högsta förvaltningsdomstolen*) planteó al TJUE si dichas operaciones de compraventa podían ser consideradas prestaciones de servicios y, en caso afirmativo, si dichas operaciones estaban o no exentas del Impuesto sobre Valor Añadido (en adelante, “IVA”), a tenor de lo dispuesto en el artículo 135 de la Directiva del IVA⁵⁵.

El planteamiento de estas cuestiones obligó al TJUE a pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de las criptodivisas y sobre las posibles calificaciones legales merecidas por las monedas virtuales, tal y como expondremos en mayor profundidad en los siguientes apartados. Ahora bien, dicho Tribunal se posicionó de manera contundente en contra de la equiparación del “*bitcoin*” a la figura del título valor, afirmando que “*la divisa virtual «bitcoin» no es ni un título que confiera un derecho de propiedad sobre personas jurídicas ni un título que tenga una naturaleza comparable*” a la de los títulos valores específicamente mencionados en el artículo 135 de la Directiva del IVA (a diferencia, por ejemplo, de las anotaciones en cuenta o de los instrumentos cambiarios).

La doctrina respalda esta postura, pudiendo destacar la opinión de autores como A. LEGERÉN-MOLINA⁵⁶, quien considera que debemos prescindir de esta posible calificación al carecer las criptodivisas de reconocimiento legal y de las figuras del “deudor” y del “emisor” frente al cual debería poder ejercitarse el correspondiente derecho.

25. Resuelta dicha cuestión, se plantea también la posibilidad de calificar a las monedas virtuales como activos financieros. Sin embargo, de nuevo aquí debemos descartar esta opción, dado que la consideración de las criptodivisas como tal implicaría la existencia de un “*derecho contractual u obligación a recibir efectivo u otro activo financiero de otra entidad*”⁵⁷, siendo que las criptodivisas tienen valor por sí mismas y no representan un derecho de cobro que requiera la contrapartida de un pasivo financiero en otra empresa⁵⁸.

3. Clasificación de las criptodivisas como bienes susceptibles de propiedad

26. La calificación de las criptodivisas como bienes muebles intangibles y susceptibles de propiedad se constituye como la opción que más consenso genera entre autoridades y académicos a día de

⁵³ M^a. CHAMORRO, *Aspectos jurídicos de las criptomonedas*, disponible en https://blockchainintelligence.es/wp-content/uploads/2019/04/Art%C3%ADculo-doctrinal_Apectos-jur%C3%ADficos-de-las-criptomonedas-por-M-de-la-Concepci%C3%B3n-Chamorro-Rodr%C3%ADguez.pdf (consultado el 14 de junio de 2020), pp. 14-15.

⁵⁴ STJUE 22 octubre 2015, *Hedqvist*, C 264/14.

⁵⁵ Directiva (UE) 2016/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido (en adelante, “Directiva del IVA”), *DOUE* L 347/1, de 28 de noviembre de 2006.

⁵⁶ A. LEGERÉN-MOLINA, “Retos jurídicos que plantea la tecnología de la cadena de bloques. Aspectos legales de blockchain”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 1, enero-marzo 2019, p. 212.

⁵⁷ J. PEDREIRA MENÉNDEZ, “La contabilización y tributación de la moneda digital (Bitcoins)”, *VI Encuentro de Derecho Financiero y Tributario. Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 10, 2018, disponible en https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2018_10.pdf (consultado el 14 de junio de 2020), p. 140.

⁵⁸ M. J. GARCÍA-TORRES, “Problemas en la tributación de las operaciones con Bitcoins: calificación, prueba, valoración y control de las rentas generadas”, *VI Encuentro de Derecho Financiero y Tributario. Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 10, 2018, disponible en https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2018_10.pdf (consultado el 14 de junio de 2020), p. 91.

hoy. A pesar de ello, ya adelantamos que, a los efectos de los instrumentos de DIPr, no nos parece que dicha calificación sea la más adecuada para garantizar una regulación satisfactoria de las relaciones en las que se utilicen monedas virtuales.

27. La configuración de las criptodivisas como bienes muebles encuentra su fundamento en los artículos 333, 335, 337 y 345 del Código Civil. El análisis de estos preceptos permite concluir que, al tratarse de elementos no fungibles y susceptibles de propiedad privada y de apropiación, las criptomonedas cumplen con los requisitos suficientes como para optar a dicha calificación. Así pareció entenderlo el Registro Mercantil español en el año 2014 cuando permitió la constitución de una sociedad, Conffine S.L., cuyo capital estaba integrado únicamente por “*bitcoins*”, a los cuales se les otorgó la calificación de “aportaciones no dinerarias”⁵⁹.

En un sentido similar se pronunció el Tribunal Supremo, en su sentencia del 20 de junio de 2019⁶⁰, en la cual condenó, por un delito continuado de estafa, al administrador único de una sociedad que había firmado contratos de gestión con varias personas que le entregaron “*bitcoins*” para que los reinvirtiera y devolviera las ganancias obtenidas a cambio de una comisión. Nuestro Alto Tribunal consideró que el culpable tenía la intención de apoderarse de los “*bitcoins*” sin cumplir con sus obligaciones y le impuso, además de una pena de prisión de dos años, la obligación de abonar una indemnización por los daños y perjuicios causados a los damnificados, dada la imposibilidad de retornar los “*bitcoins*” sustraídos al no tratarse de un objeto material ni tener la consideración legal de dinero.

En este contexto y a efectos de estudiar una posible restitución de las citadas monedas, el Tribunal analizó la naturaleza jurídica de las mismas y llegó a la conclusión de que “*el bitcoin no es sino un activo patrimonial inmaterial (...) de contraprestación o de intercambio en cualquier transacción bilateral en la que los contratantes lo acepten, pero en modo alguno es dinero, o puede tener tal consideración legal*”.

Este criterio es compartido por la Dirección General de Tributos (en adelante, “DGT”) en su consulta vinculante V1149-18, de 8 de mayo de 2018⁶¹, en la cual un particular plantea si el intercambio de la criptomoneda “*bitcoin*” por la criptomoneda “*iota*” origina obtención de renta a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, “IRPF”). Pues bien, aquí la DGT manifiesta, en relación con la naturaleza legal de las monedas virtuales, que las criptodivisas “*son bienes inmateriales, computables por unidades o fracciones de unidades, que no son moneda de curso legal, que pueden ser intercambiados por otros bienes, incluyendo otras monedas virtuales, derechos o servicios*”. No obstante, debemos señalar que en algunas de sus últimas consultas vinculantes, la DGT se ha alejado de dicho criterio, tal y como expondremos más adelante.

Cabe destacar además la opinión de organismos internacionales especializados en la materia que también se han pronunciado en este mismo sentido, como por ejemplo el *UK Jurisdiction Taskforce*, que en su declaración “*Legal statement on cryptoassets and smart contracts*”⁶² emitida el pasado noviembre de 2019, concluyó que, conforme a la normativa existente, las criptomonedas deben ser tratadas como bienes intangibles susceptibles de propiedad.

28. Parece, por tanto, lógico que, teniendo en cuenta el estado normativo actual y la postura de autoridades tales como el Tribunal Supremo, la doctrina opte momentáneamente por calificar a las criptodivisas como bienes intangibles susceptibles de propiedad, a falta de una regulación que determine de manera concreta o específica la naturaleza jurídica de las monedas virtuales. Así, podemos señalar la posición de autores como A. LEGERÉN-MOLINA, quien afirma que “*la criptomoneda puede considerarse como un bien mueble de carácter digital y divisible, irreplicable y no copiable, susceptible de ser valora-*

⁵⁹ E. HIJAS CID, “*Bitcoins: algunas cuestiones jurídicas*”, *El Notario del Siglo XXI*, ENSXXI núm. 66, marzo-abril 2016.

⁶⁰ STS 20 junio 2019 (RJ 2109/2019).

⁶¹ CVDGT 8 mayo 2018 (V1149-18).

⁶² UK JURISDICTION TASKFORCE, “*Legal statement on cryptoassets and smart contracts*”, *The LawTech Delivery Panel*, 2019, disponible en https://35z8e83m1ih83drye280o9d1-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2019/11/6.6056_JO_Cryptocurrencies_Statement_FINAL_WEB_111119-1.pdf (consultado el 14 de junio de 2020), p. 7

do económicamente”⁶³; académicas como M. J. GARCÍA-TORRES FERNÁNDEZ, quien respalda esta opción al considerar “que la naturaleza jurídica de los Bitcoins es de bien mueble intangible”⁶⁴; o expertos como E. HIJAS CID, que de entre todas las calificaciones posibles se inclina también por considerar a las criptodivisas como un bien mueble digital⁶⁵.

4. Criptodivisas como medio de pago

29. El origen de esta concepción se encuentra en la ya citada sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015 (asunto “*Hedqvist*”⁶⁶), la cual gira en torno a las operaciones de compraventa de divisas y a la posible sujeción de las mismas al Impuesto sobre el Valor Añadido.

En ella, tras descartar la equiparación de las criptodivisas al dinero fiduciario, el TJUE concluye que “la divisa virtual de flujo bidireccional «bitcoin» (...) no puede calificarse de «bien corporal» en el sentido del artículo 14 de la Directiva del IVA, puesto que (...) no tiene ninguna finalidad distinta de la de ser un medio de pago”. Así, “dado que los bitcoins no son divisas en sentido técnico, al no estar respaldados por ningún Estado”⁶⁷, dicho órgano realiza una distinción entre divisas tradicionales (monedas que son medios de pago legales) y divisas no tradicionales, es decir, divisas “distintas a las monedas que son medios legales de pago” pero que podrán ser empleadas en negocios jurídicos siempre que las partes hayan aceptado su uso como medio alternativo a los medios legales y no tengan ninguna finalidad distintas de la de ser un medio de pago. Este sería el caso de las criptodivisas o monedas virtuales.

30. Esta calificación como medio de pago viene respaldada por la Directiva 2019/770 sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales⁶⁸, la cual en su art. 2 define el concepto de “precio” como “dinero o una representación digital de valor, pagadero a cambio del suministro de los contenidos o servicios digitales”. A nuestro modo de ver, las criptomonedas pueden ser consideradas “representaciones digitales de valor” aceptadas como “método de pago” por las partes de una transacción económica, de manera que en principio quedarían englobadas dentro de la definición otorgada por dicha Directiva.

En este mismo sentido, debemos destacar también la ya citada Directiva sobre blanqueo de capitales, la cual tras la sentencia del caso *Hedqvist* modificó la definición otorgada a las criptodivisas para referirse a ellas como “representación digital de valor no emitida ni garantizada por un banco central ni por una autoridad pública, no necesariamente asociada a una moneda establecida legalmente, que no posee el estatuto jurídico de moneda o dinero, pero aceptada por personas físicas o jurídicas como medio de cambio y que puede transferirse, almacenarse y negociarse por medios electrónicos”.

31. En España, esta interpretación es compartida por la DGT, la cual tras emitir varios pronunciamientos de carácter contradictorio (véase la consulta V2846-15, de 1 de octubre⁶⁹, o la V1149-18,

⁶³ A. LEGERÉN-MOLINA, “Retos jurídicos que plantea la tecnología de la cadena de bloques. Aspectos legales de blockchain”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 1, enero-marzo 2019, p. 211.

⁶⁴ M. J. GARCÍA-TORRES, “Problemas en la tributación de las operaciones con Bitcoins: calificación, prueba, valoración y control de las rentas generadas”, *VI Encuentro de Derecho Financiero y Tributario. Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 10, 2018, disponible en https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/documentos_trabajo/2018_10.pdf (consultado el 14 de junio de 2020), p. 91.

⁶⁵ E. HIJAS CID, “Bitcoins: algunas cuestiones jurídicas”, *El Notario del Siglo XXI*, ENSXXI núm. 66, marzo-abril 2016.

⁶⁶ STJUE 22 octubre 2015, *Hedqvist*, C 264/14.

⁶⁷ M^a. CHAMORRO, *Aspectos jurídicos de las criptomonedas*, disponible en https://blockchainintelligence.es/wp-content/uploads/2019/04/Art%C3%ADculo-doctrinal_Apectos-jur%C3%ADficos-de-las-criptomonedas-por-M-de-la-Concepci%C3%B3n-Chamorro-Rodr%C3%ADguez.pdf (consultado el 14 de junio de 2020), pp. 17.

⁶⁸ Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (en adelante, “Directiva sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales”), *DOUE L 136/1*, de 22 de mayo de 2019, p. 17.

⁶⁹ CVDGT 8 mayo 2015 (V2846-18).

de 8 de mayo, referida en el apartado anterior), ha consolidado finalmente su criterio en torno a la naturaleza jurídica de las criptomonedas a través de sus últimas consultas vinculantes.

En este sentido, podemos hacer referencia a la consulta V2034-18, de fecha 9 de julio de 2018⁷⁰. El consultante es una mercantil que quiere construir una granja para el minado de criptodivisas y el desarrollo de actividades como la compraventa de monedas virtuales y desea saber la tributación de tales actividades a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido. En ella, la DGT analiza la naturaleza y funciones del “*bitcoin*” a la luz de la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015 y concluye que se trata de una divisa virtual que constituye un medio de pago, por lo que las operaciones financieras vinculadas con la misma estarán exentas de IVA (conforme al art. 20.1 de la Ley 37/1992⁷¹ y el art. 135 de la Directiva del IVA).

La DGT mantiene esta misma postura en otras consultas más recientes, como la consulta V3513-19, de 20 de diciembre de 2019⁷², en la cual una empresa dedicada al asesoramiento legal en nuevas tecnologías desea conocer la incidencia en el IVA en el caso de que dichos servicios de asesoramiento sean facturados a sus clientes mediante monedas virtuales como el “*bitcoin*”. Así, este órgano manifiesta que “*el criterio de este Centro directivo, respecto a la transmisión de bitcoins, ha sido expuesto, entre otras, en su consulta V2034-18, de fecha 9 de julio de 2018, en donde se concluye que los bitcoins, criptomonedas y demás monedas digitales son divisas por lo que los servicios financieros vinculados con las mismas están exentos del Impuesto sobre el Valor Añadido en los términos establecidos en el artículo 20.Uno.18º de la Ley 37/1992*”.

32. A pesar de todo lo manifestado, esta clasificación se enfrenta a un gran obstáculo, y es que, tal y como se ha explicado en el primer apartado, no hay ningún Estado o Banco Central que avale la criptomoneda como divisa virtual o medio de pago⁷³. De hecho, el considerando 23 de la Directiva sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales indica que “*las representaciones digitales de valor también debe entenderse que incluyen las monedas virtuales, en la medida en que estén reconocidas por el Derecho nacional*”.

A nuestro modo de ver, el considerando llama a confusión. Ciertamente, si el precio está indicado en moneda legal, el usuario no podrá pagar en criptomoneda. Ahora bien, en la medida en que ambas partes del contrato hayan aceptado las criptodivisas como medio de pago no debería existir problema alguno para su admisión. Sería un supuesto similar a los vales o descuentos electrónicos mencionados en el mismo considerando o a los programas de canjeo de puntos por productos que utilizan muchos prestadores de servicios de Internet.

33. Está por ver si en el futuro, el pago a través de criptodivisas llegará a ser asimilado “*legalmente en España y en Europa al pago mediante efectivo metálico, aunque no se le atribuya por ello la condición de dinero*”⁷⁴. No obstante, estamos de acuerdo con aquellos autores que entienden que el “*bitcoin*” podrá funcionar como mecanismo extintivo de la obligación de pago siempre y cuando las partes muestran su acuerdo expreso y voluntario⁷⁵, dado que esta calificación es la que mejor se adecúa a la finalidad última de las criptodivisas.

Una vez aclarada dicha cuestión, se plantea como necesario realizar un análisis de las consecuencias derivadas para el Derecho y más concretamente, para el DIPr, de dicha calificación.

⁷⁰ CVDGT 9 julio 2018 (V2034-18).

⁷¹ Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, BOE de 29 de diciembre 1992.

⁷² CVDGT 20 diciembre 2019 (V3513-19).

⁷³ E. HUIAS CID, “*Bitcoins: algunas cuestiones jurídicas*”, *El Notario del Siglo XXI*, ENSXXI núm. 66, marzo-abril 2016.

⁷⁴ J. C. LLOPIS, *Bitcoin como medio de pago en la compra de bienes*, disponible en <http://www.notariallopis.es/blog/i/1425/73/bitcoin-como-medio-de-pago-en-la-compra-de-bienes> (consultado el 14 de junio de 2020).

⁷⁵ M^a. CHAMORRO, *Aspectos jurídicos de las criptomonedas*, disponible en https://blockchainintelligence.es/wp-content/uploads/2019/04/Art%C3%ADculo-doctrinal_Apectos-jur%C3%ADficos-de-las-criptomonedas-por-M-de-la-Concepci%C3%B3n-Chamorro-Rodr%C3%ADguez.pdf (consultado el 14 de junio de 2020), pp. 17-18.

IV. Calificación de las criptomonedas como medio de pago a los efectos del Derecho internacional privado

34. Según hemos adelantado, a nuestro modo de ver, a los efectos del DIPR, las criptomonedas deben ser calificadas como un medio de pago. Esta idea se basa en tres argumentos clave:

En primer lugar, la calificación de las criptodivisas sostenida por las autoridades nacionales o por la doctrina en relación con situaciones meramente domésticas no condiciona la calificación que se le debe conceder en DIPr. Si bien los principios que informan una institución en la normativa interna inciden sobre la regulación de esa misma institución en el plano internacional, los problemas a resolver por las normas de DIPr son diferentes de los existentes en las situaciones meramente domésticas⁷⁶. Por consiguiente, la calificación jurídica que se otorgue a las criptomonedas en DIPr puede no coincidir con la otorgada en otras ramas del ordenamiento interno⁷⁷.

En segundo lugar, la inmensa mayoría de instrumentos de DIPr existentes en materia de Derecho patrimonial son instrumentos de producción europea. Para garantizar una aplicación uniforme de esos instrumentos en todos los Estados miembros a las transacciones en las que se utilicen criptomonedas, resulta necesario sostener una calificación autónoma de esta figura⁷⁸. Para ello deben tenerse en cuenta el contenido y la finalidad del instrumento europeo en concreto⁷⁹.

En tercer lugar, la calificación de esta figura a los efectos del DIPr debe estar guiada por la necesidad de otorgar la regulación más satisfactoria posible a las relaciones privadas internacionales en las que se utilicen criptomonedas. A nuestro modo de ver, ello exige ofrecer una interpretación que facilite la utilización de las criptomonedas como medio de pago en el comercio internacional.

35. De acuerdo con estos tres postulados, entendemos que la calificación de las criptomonedas como medio de pago ofrece resultados más satisfactorios que otras calificaciones alternativas a la hora de determinar los tribunales competentes y la ley aplicable a las transacciones comerciales en las que se utilicen. Y ello porque, si se optara por considerar las criptomonedas como “activos intangibles”, la calificación jurídica de estas transacciones dificultaría innecesariamente la aplicación del art. 7.1 del RBI bis (art. 5.1 del Convenio de Lugano⁸⁰) y del art. 22. quinquies.a de la LOPJ⁸¹ para determinar la competencia judicial internacional; y del art. 4 del Reglamento Roma I para establecer la ley aplicable al contrato en el que la obligación de pago se reflejara en criptomonedas.

1. Competencia judicial internacional: pago mediante criptomonedas y determinación del *forum executionis*

36. Como se ha adelantado, la utilización de tecnología “*blockchain*” en la contratación internacional (los llamados “*smart contracts*”) no presenta problemas para la determinación de los tribunales

⁷⁶ A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, *Manual de Derecho internacional privado* (3ª Ed), Alicante, ECU, 2017, p. 33.

⁷⁷ En el mismo sentido, en relación con el Derecho inglés se pronuncia M. NG [M. NG, “Choice of law for property issues regarding Bitcoin under English law”, *Journal of Private International Law*, vol. 15, núm. 2, septiembre 2019, pp. 321]

⁷⁸ Ejemplo de ello es la citada sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015 [STJUE 22 octubre 2015, *Hedqvist*, C 264/14], en la que el Tribunal señala, con carácter preliminar que “según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las exenciones contempladas en el artículo 135, apartado 1, de la Directiva del IVA constituyen conceptos autónomos de Derecho de la Unión que tienen por objeto evitar divergencias de un Estado miembro a otro a la hora de aplicar el régimen del IVA (véanse, en particular, las sentencias *Skandinaviska Enskilda Banken*, C-540/09, EU:C:2011:137, apartado 19 y jurisprudencia citada, y *DTZ Zadelhoff*, C-259/11, EU:C:2012:423, apartado 19)”.
⁷⁹ En relación con el Reglamento Bruselas I bis, véase, por todas, la STJUE 14 febrero 2019, *Milivojević*, C 640/17: “los conceptos utilizados en el Reglamento (...) deben interpretarse de forma autónoma, principalmente con referencia al sistema y a los objetivos de dicho Reglamento, para garantizar su aplicación uniforme en todos los Estados miembros”. En lo relativo al Reglamento Roma I, la doctrina sostiene que “los conceptos y normas del Reglamento Roma I deben tener un «significado propio», con independencia de lo que establezcan los Derechos nacionales de los Estados miembros” [A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado. Volumen II*, Granada, Comares, 2018, p. 944].

⁸⁰ Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 de octubre de 2007 (en adelante, “Convenio de Lugano” o “CL”), DOUE L 339/3 de 21 diciembre 2007

⁸¹ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, “LOPJ”), BOE de 2 de julio de 1985.

competentes para conocer de los contratos internacionales celebrados por consumidores. Ello es así porque la aplicación de los foros de competencia en la materia (arts. 17 a 19 del Reglamento Bruselas I bis) no resulta afectada por las novedades en la celebración y, en su caso, ejecución de las obligaciones que incorpora la tecnología “*blockchain*”⁸².

37. En relación con los contratos en general, en principio, no deberían existir mayores problemas para otorgar validez a cláusulas de sumisión incluidas en un “*smart contract*” gracias a la referencia genérica del art. 25.2 del RBIbis a los acuerdos de elección de foro celebrados por medios electrónicos⁸³. Ahora bien, la remisión a la ley del Estado miembro cuyos tribunales han sido designados en el acuerdo para determinar su validez material puede resultar problemática por cuanto, a día de hoy, no se puede afirmar que los “*smart contracts*” tengan validez, como forma de manifestar el consentimiento, en todos los Estados miembros.

Siendo esto así, en aquellos supuestos en los que la cláusula de sumisión no sea válida, o cuando no se haya incluido en el contrato, la determinación de los tribunales competentes debe llevarse a cabo de acuerdo con el art. 7.1 del Reglamento Bruselas I bis / art. 5.1 CL (si el demandado está domiciliado en la UE o un Estado parte del Convenio de Lugano); o el art. 22.quinquies a) LOPJ (por remisión del art. 6 RBI bis / art. 4 CL, si el demandado en un tercer Estado). Y es en este punto donde aparecen los problemas si el contrato establece el pago mediante criptodivisa.

38. A la hora de aplicar el art. 7.1 del Reglamento Bruselas I bis, si se siguiera la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y se otorgara la calificación de las criptodivisas como “bienes muebles intangibles”, resultaría difícil sostener la aplicación de las reglas especiales de la letra b):

- Si se tratara de una entrega de mercancías a cambios de “*bitcoins*” estaríamos ante una especie de permuta.
- Si se tratara de la prestación de su servicio a cambio de “*bitcoins*”, ante un contrato de difícil calificación pero, sin duda, no se estaría ante el tradicional esquema contractual de prestación de servicios a cambio de un precio.

En consecuencia, no siendo aplicables ninguna de las reglas especiales, sería preciso acudir a la regla general de la letra a), con las dificultades que ello entraña: resultaría preciso identificar la obligación concreta cuyo cumplimiento se reclama; y, posteriormente, fijar el lugar donde debía cumplirse. De no venir éste establecido en el contrato, debería determinarse a partir de la *lex contractus*⁸⁴ que, como veremos, también presenta problemas para su identificación.

39. Por su parte, si el demandado estuviera domiciliado en un tercer Estado, determinar si la obligación contractual debía cumplirse en territorio español de acuerdo con el art. 22.quinquies a) de la LOPJ tampoco estaría exento de problemas. Si la obligación incumplida fuera el pago mediante criptodivisas, entendida como “bien mueble intangible”, ¿dónde debería entenderse que debía realizarse la entrega? Tratándose de una tecnología que goza del atributo de “deslocalización”, difícilmente podría sostenerse que ese lugar fuera España.

⁸² M. CERVERA MARTÍNEZ, “Aproximación a la protección del consumidor en los nuevos contratos inteligentes o smart contracts”, *Actualidad Civil*, núm. 6, junio 2019, disponible en http://www.icablex.es/Content/documento.aspx?param-s=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiNLMYMTc7Wy1KLizPw827DM9NS8kIS13MSSktQiWz9HAHze_QqAAA-AWKE (consultado el 14 de junio de 2020).

⁸³ El párrafo segundo del artículo 25 establece que “se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo”. Como se ha indicado anteriormente, una de las principales características de los contratos inteligentes es la inmutabilidad, por lo que, en principio, la cláusula de sumisión podrá insertarse en el “*smart contract*” de manera válida y sin mayores dificultades, dando así cumplimiento al requisito de celebración del acuerdo por escrito.

⁸⁴ En este sentido, véase la sentencia del TJUE del 14 de marzo de 2013 [STJUE 14 marzo 2013, *Feichter*, C 419/11]

40. La calificación de las criptomonedas como medio de pago permite llegar a resultados más adecuados por cuanto el contrato del que traen causa no sufre una modificación en su calificación. Así, cuando el demandado estuviera domiciliado en un Estado miembro, si se utilizara “*bitcoin*” para pagar una prestación de servicios (p. ej. un servicio digital como el alojamiento de datos, de SaaS⁸⁵ o, incluso, un servicio tradicional), se trataría de un contrato regulado por la regla especial del art. 7.1 b) del RBI bis.

Esta calificación está en consonancia con lo sostenido por A. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, para quienes en los contratos de prestación de servicios “*la remuneración que recibe el prestador del servicio no debe ser necesariamente una «cantidad dineraria»*”⁸⁶ sino que toda “ayuda” que suponga un valor económico para el prestador del servicio podrá ser considerada como remuneración, a tenor de lo establecido por el TJUE en resoluciones como la Sentencia de 14 de julio de 2016 (asunto “*Granarolo*”⁸⁷). En ella, dicho órgano judicial, al pronunciarse sobre la posible existencia de una relación contractual entre una empresa francesa y una italiana y la naturaleza de la misma, concluye que “*la remuneración atribuida como contrapartida de una actividad (...) no se puede entender en el sentido estricto de pago de una cantidad dineraria. La redacción muy general del artículo 5, punto 1, letra b), segundo guion, del Reglamento Bruselas I [actual art. 7.1 del RBI bis] no exige tal restricción*”.

De hecho, como afirman los referidos autores, “*el TJUE no ha exigido [en ninguna sentencia hasta la fecha] para calificar un contrato como una prestación de servicios que exista una remuneración o pago en favor del prestador del servicio. Solo se exige que éste realice una «actividad positiva». En consecuencia, la prestación gratuita de servicios debe ser calificada como un contrato de prestación de servicios*”⁸⁸.

No parece que existan problemas para extender esta interpretación a los contratos en los que se compran mercancías a cambio de un pago en criptomonedas. De esta forma, no estaríamos ante un contrato de permuta, sino ante un contrato internacional de compraventa de mercaderías en el que el pago se lleva a cabo mediante criptomoneda, por lo que la regla especial del art. 7.1 b) RBI bis resultaría aplicable.

41. En definitiva, la calificación de la criptomoneda como medio de pago implica que los contratos de compraventa de mercaderías y de prestación de servicios no verán alterada su calificación jurídica, por lo que continuarán siendo aplicables las reglas especiales del art. 7.1 b), las cuales resultan más fáciles de aplicar en la práctica que la regla general del art. 7.1 a). Así, en los contratos de compraventa de mercancías, la jurisdicción correspondería a los tribunales del Estado de entrega de las mercancías⁸⁹ y en los de servicios, a los del lugar de prestación del servicio⁹⁰.

42. Por último, en relación con el art. 22.quinquies.a) de la LOPJ, la consideración de la criptomoneda como medio de pago permitiría interpretar que el lugar de cumplimiento de la obligación está referido a la obligación característica que, en este caso, sería la no dineraria. Es decir, la competencia de los tribunales españoles estaría justificada si la entrega de la cosa, o la prestación del servicio debiera llevarse a cabo en territorio español.

2. Ley aplicable: pago mediante criptomonedas y art. 4 del Reglamento Roma I

43. Al igual que ocurre en relación con el Reglamento Bruselas I bis, la utilización de tecnología “*blockchain*” en los contratos celebrados por consumidores no exige ningún esfuerzo interpretativo a la hora de determinar la ley aplicable. Y ello porque ni los criterios de conexión (residencia habitual del consumidor y autonomía conflictual condicionada) ni las condiciones de aplicación del art. 6 del Reglamento Roma I se ven afectados por dicha tecnología.

⁸⁵ “*Software as a Service*”, contratos en virtud de los cuales los usuarios pueden acceder mediante Internet a aplicaciones basadas en la nube (p. ej. herramientas ofimáticas).

⁸⁶ A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado. Volumen II*, Granada, Comares, 2018, p. 925

⁸⁷ STJUE 14 julio 2016, *Granarolo*, C 196/15.

⁸⁸ A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado. Volumen II*, Granada, Comares, 2018, p. 992.

⁸⁹ En este sentido, véase la sentencia del TJUE del 25 de febrero de 2010 [STJUE 25 febrero 2010, *Car Trim*, C 381/08]

⁹⁰ En este sentido, véase la sentencia del TJUE del 10 de septiembre de 2015 [STJUE 10 septiembre 2015, *Ferho*, C 47/14].

44. Los problemas pueden aparecer, de nuevo, en los contratos en general, especialmente cuando las partes no hayan elegido la ley aplicable, o esta elección no resulte válida de acuerdo con el art. 3 del Reglamento Roma I. Como hemos indicado anteriormente todavía no es posible saber si los distintos ordenamientos consideran que los “*smart contracts*” son una modalidad válida de manifestación del consentimiento.

La determinación del Derecho aplicable a partir de los criterios subsidiarios del art. 4 puede resultar compleja si las criptomonedas se califican como “bienes muebles intangibles”. Y ello porque, en tal caso, será difícil entender que el contrato está incluido en una de las categorías establecidas en el apartado 1. De nuevo, se rompe el esquema contractual tradicional de entrega de la cosa, o prestación del servicio a cambio del pago de un precio al que parece responder las letras a) y b) del art. 4.1 del Reglamento Roma I. Sería necesario acudir, por tanto, al apartado 2 y, en su caso, al apartado 4, cuya aplicación resulta más compleja para el aplicador del Derecho y no garantiza el mismo grado de seguridad jurídica que las soluciones del apartado primero.

Así, por ejemplo, si la compraventa de mercancías mediante “*bitcoins*” fuera calificada como un contrato de permuta, no sería posible identificar a la parte que lleva a cabo la obligación característica, por lo que la ley más estrechamente vinculada debería designarse directamente, en atención a todos los elementos que rodean el contrato⁹¹. En este sentido, autores como M. Ng⁹² consideran que “*la naturaleza descentralizada y autónoma de la red ‘Bitcoin’ dificulta la aplicación de este criterio*”.

Por todo ello, si bien la aplicación de los apartados 2 y 4 debería llevar de igual manera a la regulación del contrato por la ley del Estado de residencia habitual del vendedor y del prestador del servicio, a nuestro modo de ver, resulta más sencillo alcanzar ese resultado si las criptomonedas son calificadas como medios de pago.

45. Efectivamente, esta aproximación a las criptomonedas conllevaría que los contratos de compraventas de mercaderías y los de prestación de servicios (fueran estos digitales o tradicionales) mantendrían su calificación jurídica y, por lo tanto, el Derecho aplicable se determinaría a partir del art. 4.1 del Reglamento Roma I. En el primer caso, también se podría sostener que el pago mediante criptomonedas no afecta a la aplicación del Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías⁹³, si bien, en vista del carácter internacional del Convenio, esta interpretación puede no resultar definitiva.

V. Conclusiones

46. A modo de conclusión y tras el análisis realizado en torno a la naturaleza jurídica de las criptodivisas y a la suficiencia de los mecanismos legales existentes para lidiar con dicha tecnología, cabe afirmar que las normas de Derecho internacional privado actuales se encuentran lo suficientemente preparadas como para otorgar una regulación satisfactoria a los negocios jurídicos que integren las denominadas monedas virtuales, incluso en aquellos supuestos en los que llegue a producirse una recalificación del contrato derivada de la concepción predominante de las criptodivisas como bienes intangibles susceptibles de propiedad.

47. No obstante, dada la dificultad de determinar cuestiones tales como la competencia judicial o la ley aplicable en los supuestos de recalificación del contrato (y especialmente cuando este se transforma en una modalidad del contrato de permuta), consideramos que es más adecuada, a efectos de

⁹¹ El TJUE, en su sentencia de 23 de octubre de 2014 [STJUE 23 octubre 2014, *Haeger & Schmidt*, C 305/13] afirma que el juez nacional deberá llevar a cabo “*una apreciación global de la totalidad de los elementos objetivos que caracterizan la relación contractual y apreciar el elemento o elementos que, a su juicio, son más significativos*”.

⁹² M. Ng, “Choice of law for property issues regarding Bitcoin under English law”, *Journal of Private International Law*, vol. 15, núm. 2, septiembre 2019, pp. 315-338.

⁹³ Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (en adelante, “Convenio de Viena”), BOE de 13 junio 1980.

Derecho internacional privado, la clasificación de las criptodivisas o monedas virtuales como medio de pago alternativo. Todo ello sin perjuicio de que en el futuro, tal y como parece indicar la iniciativa de la Comisión Europea mencionada anteriormente, las autoridades internacionales lleguen a un consenso en torno a la naturaleza jurídica de las criptodivisas y procedan a una modificación del marco normativo que unifique el tratamiento legal de las mismas.

CONTROL POR LA DGRN DE LA CERTIFICACIÓN DE NACIMIENTO EXTRANJERA Y LA APLICACIÓN IMPERATIVA DE LA PRESUNCIÓN DE LA PATERNIDAD DEL MARIDO DE LA MADRE*

THE FOREIGN BIRTH CERTIFICATE'S CONTROL BY THE DGRN AND THE IMPERATIVE APPLICATION OF THE PATERNITY PRESUMPTION OF THE MOTHER'S HUSBAND

CARMEN RUIZ SUTIL

*Profesora titular de Derecho internacional privado
Universidad de Granada*

ORCID ID: 0000-0001-5063-1845

Recibido: 13.06.2020 / Aceptado: 01.07.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5629>

Resumen: La mención del dato del padre recogido en un Registro extranjero y su acceso en la inscripción de nacimiento del Registro Civil español viene suscitando lo que hemos denominado como filiación contradictoria, problemática que trae causa en la presunción de paternidad del marido de la madre cuando los cónyuges ya se hallan separados de hecho en la época del nacimiento del hijo. El rechazo de la inscripción de la paternidad –cuando se incorpora en un título extranjero– origina una abundante doctrina de la DGRN, que afecta principalmente a las inscripciones de nacimiento de un importante sector de naturalizados españoles, además de entorpecer el derecho de opción y la atribución a la nacionalidad española del descendiente de sujeto español. Dicho resultado se debe a la aplicación como norma imperativa de la regla sustantiva de la presunción de paternidad matrimonial que lleva a cabo la autoridad registral española en el control de la filiación contenida en la certificación extranjera. Este estudio servirá, por un lado, para evidenciar la necesidad de mejorar la constatación de la paternidad del nacido de progenitor diferente al marido de la madre y, por otro lado, para ofrecer soluciones que atenúen las situaciones claudicantes de filiación que surgen a raíz de las circunstancias expuestas.

Palabras clave: filiación contradictoria, presunción de paternidad del marido de la madre, certificado del Registro Civil extranjero, art. 9.4 Cc español.

Abstract: The mention of the datum of the father collected in a foreign registry and its access to the birth registration in the Spanish Civil Registry has been raising the issue of the contradictory double filiation. This question derives from the paternity presumption of the mother's husband when the spouses are already de facto separated by the time the child is born. The refusal of the paternity inscription when included in a foreign act, originates an abundant doctrine of the DGRN. This mainly affects the birth certificates of an important sector of naturalized Spaniards. It also hinders the right of choice and the attribution of the Spanish nationality to Spaniards' descendants.

*uizsuti@ugr.es

Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación I+D+i que lleva como título “Movilidad internacional de personas: el impacto jurídico-social en España y en la UE de la adquisición de la nacionalidad española por la población inmigrante”, con código DER2016-75573-R.

This result is mainly due to the imperative application of the substantive rule of the marital paternity presumption led by the Spanish Registration authority regarding the filiation control in the foreign certificates. This study will serve, on one hand, to demonstrate the need to improve the paternity of the child born to a father different from the mother's husband and, on the other hand, to offer solutions that mitigate the claudicate filiation situations arising from the circumstances exposed.

Keywords: contradictory filiation, presumption of the paternity of the mother's husband, Certificate from the Foreign Civil Registry and Art. 9.4 of the Spanish Civil Code.

Sumario: I. Introducción. II. La destrucción de la presunción de paternidad del marido de la madre en Derecho comparado. 1. La presunción de la paternidad matrimonial y su destrucción en el ordenamiento español. 2. La presunción de paternidad matrimonial y las vías para desvirtuarla en las legislaciones iberoamericanas. 3. La presunción de paternidad legítima y el sistema severo de su destrucción en los ordenamientos jurídicos de base islámica. III. Las inscripciones de nacimiento en el Registro Civil español y el acceso de la paternidad contenida en certificación extranjera. 1. La inscripción de nacimiento en España y la paternidad constatada en el extranjero. 2. Control de las certificaciones de nacimiento extranjeras. 3. La aplicación del art. 9.4 Cc en el ámbito registral. IV. Consecuencias de la filiación paterna contradictoria en el acceso a la nacionalidad española. 1. Importancia de la inscripción del dato de paternidad en la atribución/opción a la nacionalidad española y en los naturalizados españoles. 2. Valoración de la postura de la DGRN. V. Conclusiones.

I. Introducción

1. La repercusión de la globalización en las relaciones personales, el incremento de matrimonios y de parejas de distinta nacionalidad, así como el aumento del sector de población naturalizada española vienen ocasionando situaciones que presentan una especial trascendencia en el acceso al Registro civil español. Una de ellas es, precisamente, la que deriva de la paternidad consignada en la inscripción del nacimiento¹ del que opta o se le atribuye la nacionalidad española y del ya nacionalizado español², cuestión que será abordada en este estudio.

2. Si el dato del padre viene incorporado en una certificación de nacimiento extranjera, además de superar las garantías referidas a la regularidad extrínseca e intrínseca para ser reconocida, la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN) vigila la presunción de paternidad matrimonial, pese a que la madre del interesado puede encontrarse separada de hecho de su marido en la época del nacimiento.

3. En estos casos, la resistencia a inscribir la mención de la paternidad en el Registro español conduce a la no anotación del apellido paterno y a la negación del resto de efectos vinculados a los deberes y obligaciones derivados de la patria potestad. Un sector importante de afectados es el de los ciudadanos naturalizados españoles, ya que tal negación no solo produce una falta de correspondencia entre la identificación registral española y la procedente del extranjero. Además, dicho rechazo entorpece el derecho de opción o la atribución de la nacionalidad española de los descendientes del sujeto español, dejando sin la posible doble nacionalidad a personas que podrían serlo.

¹ La nueva LRC suprime el tradicional sistema de división del Registro Civil en Secciones —nacimientos, matrimonios, defunciones, tutelas y representaciones legales— y crea un registro individual para cada persona a las que, desde el momento de su nacimiento o desde la adquisición de nacionalidad, se le asigna un código personal de ciudadanía (CPC).

² En relación con el que adquiere la nacionalidad española, estos pueden solicitar, en el momento de levantarse el acta de juramento o promesa de fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las Leyes, que se extienda la inscripción de nacimiento en el Registro Civil Municipal correspondiente al domicilio en el que se haya instruido el oportuno expediente registral. En otros casos, se estará a la regla general prevista en el art. 16 de la Ley del Registro Civil y art. 68 del Reglamento que la desarrolla, según los cuales “los nacimientos [...] se inscribirán en el Registro Municipal o Consular del sitio en que acaecen [...]. Cuando sea competente un Registro Consular, si el promotor está domiciliado en España, deberá practicarse antes la inscripción en el Registro Civil Central.

4. Las situaciones originadas por la paternidad contradictoria en supuestos de tráfico externo afectan, en particular, a ciudadanos originarios de Iberoamérica, afirmación esta que procede de la existencia de una abundante doctrina en las Resoluciones de la DGRN³. Con menor incidencia, el Centro Directivo también se pronuncia sobre la inscripción de la paternidad de personas procedentes de Marruecos⁴, Senegal⁵ o de República Federal de Nigeria⁶.

5. Ello nos conduce a contrastar la regulación de la presunción de paternidad recogida en el sistema español con la existente en ciertos ordenamientos jurídicos extranjeros, a fin de comprobar los medios más o menos flexibles para su destrucción, al margen de un proceso judicial. La normativa actual española no ofrece la posibilidad de revertir estas situaciones de manera inmediata, a menos que se acuda a un procedimiento judicial de reclamación/impugnación de filiación. Esto prolonga la ausencia de paternidad jurídica hasta alcanzar una solución definitiva basada en una resolución judicial. Dicha problemática cobra especial importancia en el contexto de los expedientes registrales de inscripciones de nacimiento de personas originarias de países iberoamericanos, particularmente procedentes de Colombia⁷, Ecuador⁸, Honduras⁹, Perú¹⁰, República Dominicana¹¹ o Venezuela¹², destacando especialmente las certificaciones de nacimiento procedentes de Cuba¹³.

6. Igualmente, evidenciaremos que existe un cierto abandono en la práctica registral sobre el tratamiento de la filiación acerca de las situaciones privadas internacionales. No obstante, con la próxima entrada en vigor del art. 98 de la Ley 20/2011 de 21 de julio, del Registro Civil¹⁴ (en adelante LRC 20/2011), la autoridad registral española quedará obligada a constatar los datos de filiación contenidos

³ Se puede comprobar en las últimas publicaciones de las RDGRN en el Boletín del Ministerio de Justicia, tales como RDGRN (4ª) de 17 de mayo de 2019, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXXIV, núm. 2.229, abril de 2020, pp. 18-21; RDGRN (6ª) 4 de abril de 2019, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXXIV, núm. 2.228, marzo de 2020, pp. 9-11, entre otras muchas.

⁴ Como la RDGRN (2ª) de 3 de noviembre de 2017, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXXII, núm. 2213, noviembre de 2018, pp. 52-56; la RDGRN (103ª) de 19 diciembre de 2014, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXIX, del 1 al 31 de diciembre de 2014, pp. 25-28; la RDGRN (1ª) de 26 enero de 2009, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXIV, marzo de 2010, pp. 154-56.

⁵ En la RDGRN (3ª) de 4 septiembre 2015, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXX 26 de Enero de 2016, pp. 24-27, donde se llega a resolver que no procede la atribución de filiación paterna no matrimonial de un español respecto de la menor nacida en 2013, asegurando que, a pesar de que la madre senegalesa estaba casada con otro senegalés en el momento del nacimiento de su hija, se encontraban separados de hecho desde hace años.

⁶ RDGRN (26ª) de 23 de febrero de 2018, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXXIII, núm. 2.215, enero de 2019, pp. 28-31, que con motivo de reconocimiento de la paternidad de un ciudadano nigeriano, se denegó tal inscripción por resultar la filiación contradictoria debido a la aplicación de la presunción legal del art. 116 del Cc.

⁷ *Vid.* RsDGRN (57ª) de 8 octubre de 2013, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXVIII, de 5 de febrero de 2014, pp. 8-9; (89ª) 1 de octubre de 2014, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXIX, de 1 a 31 de octubre de 2014, pp. 16-18; (64ª) de 13 febrero de 2015, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXIX 19 de agosto de 2015, pp. 15-18; (2ª) de 28 de octubre de 2016, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXXI, núm. 2202, 6 de noviembre de 2017, pp. 27-30

⁸ RsDGRN (4ª) de 17 de mayo de 2019, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXXIV, núm. 2.229, abril de 2020, pp. 18-21; (46ª) de 14 de octubre de 2014, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXIX, del 1 al 31 de octubre de 2014, pp. 39-42; (40ª) de 5 de septiembre de 2012, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año XLVII, de 20 de marzo de 2013, pp. 4-6; (6ª) de 24 octubre de 2011, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXVI, 4 de abril 2012, pp. 4-5.

⁹ RDGRN (85ª) de 30 marzo 2015, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXIX, 19 de agosto de 2015, pp. 55-58.

¹⁰ RsDGRN (8ª) de 21 de diciembre de 2011, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXVI, 3 de mayo 2009, pp. 7-9; de 13 diciembre 2001 (JUR 2002\90079).

¹¹ RDGRN (32ª) de 29 octubre de 2014, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXIX, del 1 al 31 de octubre de 2014.

¹² RsDGRN 4ª de 4 junio de 2007 (JUR 2008\263996) y (4ª) de 9 de julio de 2008, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXIII, agosto 2009, pp. 103-107; RDGRN (13ª) de 27 de marzo de 2015, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXIX, 19 de agosto de 2015, pp. 18-21; RsDGRN (47ª) y (48ª) de 27 de marzo de 2015, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXIX, 19 de agosto de 2015, pp. 509-518; 46ª de 20 de noviembre de 2015, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXX, 4 de mayo de 2016, pp. 294-299.

¹³ Muestra de ello son las últimas publicaciones de las RsDGRN (6ª) 4 de abril de 2019, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXXIV, núm. 2.228, marzo de 2020, pp. 9-11; (3ª) (4ª) (5ª) (6ª) (7ª) (12ª) y (13ª) de julio de 2018, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXXIII, núm. 2.219, mayo de 2019. pp.152-167

¹⁴ BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011.

en una certificación registral extranjera, así como lo relativo a su validez formal (art. 11 Cc) y a la capacidad (art. 9.1 Cc) de las partes intervinientes. En este tipo de controles abordaremos la cuestión menos pacífica, concretamente nos referimos al control de la paternidad contenida en el título extranjero aportado conforme al ordenamiento designado por el art. 9.4 del Cc.

7. Por último, queremos advertir que, en esta ocasión, nuestro estudio no se adentrará en la problemática de los efectos beneficiosos del Derecho de la nacionalidad y de la extranjería en relación a la filiación de conveniencia, asunto clásico y suficientemente señalado por la doctrina, por la práctica registral y por la jurisprudencial¹⁵.

II. La destrucción de la presunción de paternidad del marido de la madre en Derecho comparado

8. Cada ordenamiento jurídico organiza un esquema normativo de filiación, poniendo en juego las reglas y criterios derivados de la coexistencia de los principios que la rigen (*favor veritatis*, igualdad de las filiaciones y *favor filii*, entre otros). Con ese contexto, los ordenamientos jurídicos estatales prestigian la presunción *pater is est*, aunque marcan distintos plazos para su vigencia y prevén los medios de destruirla, que encuentran una justificación suficiente, objetiva y razonable ligada a los diversos modos de concebir su tipo de familia.

9. La mayor parte de las legislaciones comparadas objeto de este estudio han seguido los plazos legales mínimos de 180 días desde la celebración del matrimonio y máximo de 300 días a partir su disolución para vincular la paternidad al marido de la madre, con alguna inapreciable variación. Lo que sí resulta heterogéneo son las vías existentes para desvirtuar la presunción de la filiación matrimonial, al margen de las acciones judiciales de filiación que existan al respecto y que, a continuación, procedemos a señalar.

1. La presunción de la paternidad matrimonial y su destrucción en el ordenamiento español

10. El art. 116 de nuestro Cc recoge distintos supuestos en los que opera la presunción de paternidad matrimonial del marido de la madre¹⁶ para el nacido después de la celebración del matrimonio y antes de los 300 días siguientes a su disolución, separación legal o de hecho de los cónyuges. Dicha presunción también es aplicable si el hijo nace dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, según el art. 117 Cc español. A pesar de que falten los requisitos, si existe voluntad de los progenitores, se puede defender la paternidad matrimonial, tal y como establece el art. 118 del Cc español. Asimismo, puede que la filiación matrimonial sea sobrevenida si la filiación originaria se determinó registralmente como extramatrimonial (art. 120 Cc español) pero, con posterioridad, se celebra el matrimonio entre los progenitores (art. 119 Cc español). En todo caso, si el alumbramiento sucede más

¹⁵ M^a. C. GETE-ALONSO Y CALERA, “Reconocimiento de complacencia; impugnación de la filiación e impugnación del reconocimiento, (a propósito de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña -sala de lo civil- de 16 de diciembre 1997)”, *Tribunal*, 1997-III, pp. 33-50; F. RIVERO HERNÁNDEZ, “Los reconocimientos de complacencia (Con ocasión de unas sentencias recientes)”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 58, núm. 3º, julio/septiembre de 2005, pp. 1049-1113; *Id.*, “La filiación en el umbral del siglo XXI”, *Revista de la Facultad de Derecho Univ. Gr.*, 2001, núm. 4, pp. 99-141, en espec. pp. 135-136; C. RUIZ SUTIL, “Las filiaciones de complacencia en los derechos de extranjería y nacionalidad”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, Julio de 2010, núm. 24, pp. 37-53.

¹⁶ El Cc español no regula presunción para la paternidad no matrimonial. En cambio, si existe en los Derechos forales, como sucede con el art. 235-10, de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, que viene a decir que se presume que es padre del hijo no matrimonial, el hombre con el que la madre ha convivido en el periodo legal de la concepción, el hombre con el que la madre ha mantenido relaciones sexuales en el periodo de la concepción, el hombre que ha reconocido la paternidad tácitamente.

allá de los 300 días siguientes a la disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges¹⁷, deja de aplicarse la presunción marital¹⁸.

11. Centrándonos en la calificación que lleva a cabo el Encargado del Registro Civil español para la inscripción de la paternidad no matrimonial del nacido de madre casada¹⁹, en uso de las facultades que le confiere el art. 28 LRC y antes de extender el asiento, se comprueba que dicha presunción queda desvirtuada a los efectos de demostrar que no entra en juego la presunción de paternidad del marido de la madre del art. 116 Cc español.

12. La solución actual, en aplicación del último párrafo del art. 44.4 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil²⁰, de acuerdo con la redacción establecida por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil²¹, va encaminada a que, en la inscripción de nacimiento no se constate el dato del padre cuando se declare la filiación de otra persona distinta del marido de la madre. Únicamente se inscribirá la materna, cuya identidad se acredita mediante el parte facultativo y, a continuación, se procederá a la apertura de un expediente registral gubernativo²² para determinar la filiación paterna. Por consiguiente, a pesar de la fuerza probatoria recogida en el art. 113 Cc de la presunción de paternidad del marido de la madre, ya no es obligado inscribir la filiación matrimonial²³.

13. Tanto en la calificación del Encargado como en el expediente gubernativo, el régimen de prueba es bastante amplio para admitir la existencia de separación legal o de hecho de los cónyuges al menos trescientos días antes del nacimiento, al margen de las controversias doctrinales sobre la admisión de las mismas²⁴. La Circular de 2 de junio de 1981 de la DGRN sobre régimen legal de la filiación²⁵ advirtió que no bastaba “la simple declaración de que marido y mujer tienen domicilios distintos..., sino que es precisa una prueba efectiva de la interrupción de la vida conyugal”. Las pruebas a aportar pueden ser desde documentales (certificados de empadronamiento y convivencia; fecha de presentación

¹⁷ Debemos aclarar que el cómputo del plazo máximo de vigencia de la presunción de paternidad se realiza a partir del cese efectivo de la vida conyugal y no desde que la sentencia sea firme. En este sentido, *vid.* la RDGRN de 22 de mayo de 1991, recogida por M^a. D. FÉREZ FERNÁNDEZ Y M. GARRIGA GORINA, “La presunción de paternidad matrimonial del artículo 116 en el caso de separación de hecho. Comentario a la RDGRN de 22 de mayo de 1991”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1992, vol. 91, núm. 4, pp. 1065-1076; I. CORDERO CUTILLAS, “Presunción de Paternidad (arts. 116 y 117 CC)”, en L. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO (coord.), *Historia y derecho: estudios jurídicos en homenaje al profesor Arcadio García Sanz*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1995, pp. 201-220, en espec. 211.

¹⁸ Por el contrario, el art. 235-5.2) del Código civil de Cataluña amplía los efectos de la presunción a los nacidos más allá de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio, siempre que se acredite y mediante toda clase de pruebas que los hijos nacieron de estas relaciones conyugales.

¹⁹ Cuando se intenta inscribir por declaración dentro de plazo la declaración o se efectúa un reconocimiento voluntario de la paternidad no matrimonial de madre aún casada, es necesario que el Encargado realice averiguaciones, no en un expediente, sino en las diligencias comprobatorias de la calificación en el plazo de diez días (art. 28 LRC). Ello se efectúa con audiencia, si es posible, de los cónyuges o de sus herederos, a fin de cerciorarse de que el nacimiento del hijo acaeció pasados trescientos días desde la separación legal o de hecho de los cónyuges. Y ello para demostrar que no entra en juego la presunción de paternidad del marido y poder inscribir la filiación no matrimonial pretendida.

²⁰ BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011.

²¹ BOE núm. 167, de 14 de julio de 2015. Para ver la comparativa de la redacción anterior frente a la modificación contenida en el art. 2.1 de la Ley 19/2015 de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración y del Registro Civil véase M^a. C. GETE-ALONSO Y CALERA, “La inscripción de nacimiento en la Ley 20/2011. Entre el Derecho a la identidad de la persona y la reserva de la maternidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 1 (enero-marzo), 2018, pp. 1-54, en espec. pp. 7 y 8.

²² Estos expedientes están regulados por los arts. 97 Ley del Registro Civil y 341 y ss. del Reglamento del Registro Civil, comentados en F. LUCES GIL, *Derecho del Registro Civil*, 5ª ed., Barcelona, edit. Bosch, 2002.

²³ *Vid.* la RDGRN (13ª) de 27 de marzo de 2015, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXIX, 19 de agosto de 2015, pp. 18-21.

²⁴ En este sentido, entre otros, I. CORDERO CUTILLAS, “Presunción de Paternidad...”, *loc. cit.*, p. 210; *Id.* “La impugnación de la paternidad matrimonial”, *Colección de Estudios Jurídicos*, núm. 6, Castellón, Publicación de la Universidad Jaime Primo, 2001, pp. 36-37; M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, “Comentario a los artículos 108 a 141 del Código civil (De la paternidad y filiación)”, *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 774-1023, en espec. p. 867.

²⁵ BOE núm. 134, de 5 de junio de 1981.

de la demanda de separación, nulidad o divorcio, con el efecto de cesar la presunción de convivencia conyugal²⁶) e, incluso, la propia declaración del marido²⁷. En ocasiones, incluso los certificados de movimientos migratorios de ambos cónyuges ayudan a verificar que el marido permanecía en el extranjero, mientras la mujer se encontraba en otro país en el tiempo en el que pudo producirse el embarazo²⁸. En cuanto a las pruebas de ADN, la DGRN indica que el dicho dictamen pericial no puede ser valorado en vía administrativa del expediente gubernativo a efectos de determinar la filiación paterna, debiendo ser solicitado y apreciado en vía judicial²⁹.

14. Ahora bien, en este tipo de expedientes registrales no puede existir oposición de parte interesada o del Ministerio Fiscal. Si es así, la filiación paterna pretendida no quedará determinada por la vía de un expediente gubernativo, sino que se tendrá que acudir al procedimiento judicial³⁰ conforme a los arts. 764 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y ejercitar la correspondiente acción de los arts. 133 y 136 CC, según la nueva redacción de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de protección a la infancia y la adolescencia³¹.

15. Como observamos, el Derecho español, a pesar de las reformas que se han llevado a cabo en materia de filiación, orientadas al predominio de la verdad biológica, en coordinación con la necesaria seguridad jurídica que debe imperar en materia de estado civil, existe cierta incertidumbre en la aplicación de la presunción de paternidad matrimonial y su sistema de destrucción, pues el hijo podría encontrarse con un periodo sin filiación acreditada debido a la paternidad contradictoria. En la legislación alemana existe una solución que evita dichas situaciones de inseguridad jurídica. De esta manera, la regulación española podría seguir el modelo establecido en el art. 1599.2) del BGB que viene a disponer que: "...las presunciones de paternidad matrimonial recogidas en la Secciones 1592.1 y 1593 del BGB no se aplican si el niño nace después de la demanda de divorcio cuando se reconozca por un tercero conforme a la Sección 1594 BGB ..., incluso si el matrimonio no es disuelto hasta un año desde la petición del divorcio y siempre que el ex esposo otorgue su consentimiento a dicho reconocimiento"³².

16. En definitiva, consideramos que el sistema español está necesitado de una actualización legislativa en materia de filiación. Para todos los modelos de familia, se debería instaurar presunciones

²⁶ En la RDGRN (1ª) de 26 enero de 2009, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXIV, marzo de 2010, pp. 154-56, con objeto de desvirtuar la presunción de paternidad matrimonial de una menor de madre marroquí, se aporta el acta de repudio formalizado conforme Derecho marroquí y la certificación relativa al hecho de no haber contraído la madre posterior matrimonio. Este tipo de pruebas no alcanza a excluir toda duda razonable sobre la posible paternidad del ex marido de la madre, por lo que se inscribe el nacimiento de la menor, aunque sin filiación paterna. Por su parte, la RDGRN (2ª) de 3 de noviembre de 2017, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXXII, núm. 2213, noviembre de 2018, pp. 52-56, en la que se solicitó la inscripción de nacimiento de su hijo con el único dato de la filiación materna, alegando que, si bien la madre se encontraba casada con ciudadano marroquí desde septiembre de 2012, estaban separados de hecho desde hacía más de 300 días desde que se produjo el nacimiento. Finalmente, se consideró que no se encontraba acreditada suficientemente la separación de los cónyuges y se estima que las actuaciones deben iniciarse en vía judicial a efectos de la determinación de la filiación paterna del menor.

²⁷ Vid. M. CORERA IZU, "El asiento de nacimiento en la nueva Ley del Registro Civil. La problemática de la filiación", *Diario La Ley*, núm. 8686, Sección Tribuna, 21 de enero de 2016, Ref. D-30, La Ley (LA LEY 36/2016).

²⁸ Tal y como se aportó como prueba en la RDGN (6ª) de 24 de octubre de 2011, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXVI, 4 de abril 2012, pp. 4-5, donde se expone en el FJº III lo siguiente: "En este caso el nacimiento tuvo lugar el 22 de marzo de 2009, resultando probado mediante las correspondientes certificaciones de movimientos migratorios que la madre salió de Ecuador el 25 de mayo de 2008, habiendo permanecido en España desde entonces, y que, por el contrario, su exmarido, con el que continuaba casada en el momento del nacimiento del menor, no registra movimiento migratorio alguno, por lo que queda acreditado que la separación de hecho de los cónyuges fue anterior en más de trescientos días a la fecha del alumbramiento. Por lo tanto, no rige en este caso la presunción legal de paternidad del marido de la madre y no debe inscribirse una filiación matrimonial no determinada legalmente".

²⁹ Mª. I. DE LA IGLESIA MONJE, "Insuficiencia de la prueba biológica de paternidad para desvirtuar la presunción de filiación matrimonial en sede gubernativa a los efectos de la inscripción (Comentario de la DGRN de 23 de mayo de 2007)", *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 704, nov.-dic. 2007, 2718-2724.

³⁰ Véase al respecto el FJº V de la RDGRN (8ª) de 21 de diciembre de 2011, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXVI, 3 de mayo 2009, pp. 7-9.

³¹ BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

³² Traducción propia. El texto en alemán e inglés se puede consultar en Red Española de Derecho privado y comparado, <http://civil.udg.edu/php/index.php?id=526>

específicas y plurales aplicables a los efectos de emplazar y desplazar los vínculos familiares que genera la presunción de paternidad matrimonial. De igual manera, correspondería implantar un sistema de destrucción más práctico que permita a los interesados no tener que acudir a las respectivas acciones judiciales. Ante las nuevas realidades, quizás no sea un despropósito reflexionar sobre la incorporación de la prueba de ADN a los procesos administrativos/registrales³³, además de la vía judicial ordinaria. Desde luego, si el legislador español asume esta solución, tendría que reestructurar el vigente estatus legal, que reserva dicha prueba científica al ámbito judicial y reflexionar sobre los derechos fundamentales afectados, como la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad del hijo (art. 10 CE) y el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar del progenitor (art. 18 CE) y la protección de datos personales al respecto. Lo cierto es que encontrar un justo equilibrio entre la búsqueda de la verdad biológica y la estabilidad del estado civil de filiación y que coincida con el interés general en la seguridad jurídica es una tarea difícil de conseguir.

2. La presunción de paternidad matrimonial y las vías para desvirtuarla en las legislaciones iberoamericanas

17. Los sistemas jurídicos iberoamericanos, aunque pertenezcan a esferas regionales distintas, tienen en común la tradición española, lo que motiva que la figura de la presunción de la filiación paterna matrimonial se regule de forma semejante a la existente en el Cc español, aunque con matices singulares propios de cada ordenamiento.

18. En principio, existe cierta unanimidad en las legislaciones objeto de comparación en relación con la fórmula de fijar un plazo mínimo para que comience a regir la presunción de la paternidad matrimonial. Por un lado, al igual que dispone el art. 116 del Cc español, las normas que recogen que el padre es el marido de la madre si el hijo nace a partir de los 180 días contados desde el matrimonio son los arts. 179 Código de Familia (en adelante CF) boliviano³⁴; 92 y 214 Código Cc colombiano³⁵; 69, segundo párrafo CF costarricense³⁶; 233 Cc ecuatoriano³⁷; 199.1 Cc guatemalteco³⁸; 324 del Cc mexicano³⁹; 200 Cc nicaragüense⁴⁰; 266 y 267 CF panameño⁴¹ o 215 Cc uruguayo⁴². Ahora bien, la imposición de un plazo mínimo para que comience a regir la presunción de paternidad conlleva una serie de problemas que se corrigen a través de fórmulas equivalentes a la instaurada en el art. 117 Cc español. Así, se establecen soluciones similares en los arts. 213 Cc colombiano; 246 Cc ecuatoriano; 328 Cc mexicano o 216 Cc uruguayo, que favorecen la paternidad del que nace antes de los 180 días de la celebración del matrimonio cuando exista consentimiento de ambos progenitores.

³³ Sobre la práctica extrajudicial de pruebas biológicas, véase M. MANDOFIA BERNEY, "L'expertise en paternité sur demande privée", *Revue du droit de tutelle*, 1998, pp. 137-138.

³⁴ Aprobado por Decreto Ley 10426 de 23/08/1972, elevado a rango de Ley 996 de 04/04/1988, <http://www.gacetaoficial-debolivia.gob.bo>. También se puede consultar el texto en <https://bolivia.infoleyes.com/norma/656/codigo-de-familia-cf>

³⁵ Art. 214 Cc colombiano modificado por el art. 2 de la Ley 1060, de 26 de julio de 2006 (Diario Oficial núm. 46.341, de 26 de julio de 2006), que establece lo siguiente: "El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio o a la declaración de la unión marital de hecho, se reputa concebido en el vínculo y tiene por padres a los cónyuges o a los compañeros permanentes, excepto en los siguientes casos: 1. Cuando el cónyuge o el compañero permanente demuestre por cualquier medio que él no es el padre; 2. Si en proceso de impugnación de la paternidad mediante prueba científica se desvirtúa esta presunción, en atención a lo consagrado en la Ley 721 de 2001".

³⁶ Aprobado por Ley N° 5.476 de 21 de diciembre de 1973, se puede consultar en http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param2=NRTC&nValor1=1&nValor2=970&param2=1&strTipM=TC&lResultado=5&strSim=simp

³⁷ Precepto sustituido por el artículo 26 de Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 526 de 19 de Junio del 2015

³⁸ Aprobado por Decreto-Ley núm. 106, publicado en el Diario de Centro América el 07 de octubre de 1963.

³⁹ Diario Oficial de la Federación, del 31 de agosto de 1928.

⁴⁰ Reformado por Ley núm. 186, de 16 de noviembre de 1995.

⁴¹ Redacción actual conforme a Ley N° 30 de 5 de mayo de 2015, que modifica y deroga disposiciones del Código de la familia (Gaceta Oficial Digital, 5 de mayo de 2015), en https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/27773_B/50671.pdf

⁴² Ley núm. 16.603 de 19 de octubre de 1994, en <https://parlamento.gub.uy/>

19. Otros ordenamientos jurídicos recurren a un sistema más elástico de presunción de paternidad matrimonial, al no prever un plazo mínimo desde que se celebra el matrimonio para atribuir la paternidad, tal y como resulta de los arts. 566 del Cc y Comercial argentino⁴³; 1.597.1 Cc brasileño⁴⁴; 184 del Cc chileno⁴⁵; 69, primer párrafo CF costarricense; 74.1 del CF cubano⁴⁶; 312 Cc dominicano; 107.1 CF hondureño⁴⁷; 361 del Cc peruano⁴⁸; 113 del Cc puertorriqueño⁴⁹ 141; CF salvadoreño⁵⁰ o 201 Cc venezolano⁵¹.

20. Más divergencias localizamos en la aplicación del plazo máximo de vigencia de la presunción de paternidad matrimonial, ya que cada ordenamiento lo regula de forma singular. Para contabilizar el final de los 300 días del periodo máximo, existe una fórmula análoga al art. 116 Cc español, como es enumerar expresamente las instituciones que sirven de referencia para el plazo conclusivo, tales como disolución, separación de hecho/judicial o divorcio. Las normativas que recogen dicha técnica son los arts. 566 Cc y Comercial argentino⁵²; 179 CF boliviano⁵³ 1.597.II Cc brasileño⁵⁴; 184 de Cc chileno⁵⁵; 69 CF costarricense; 315 Cc dominicano; 324.II completado por el 327 Cc mexicano; 200 Cc nicaragüense; 141.2 CF salvadoreño o 203 Cc venezolano. Otras legislaciones prefieren aglutinarlas con un término más amplio, como sucede con el uso de la “disolución del matrimonio” de los arts. 220 Cc colombiano; 199.2 y 202 Cc guatemalteco; 113 Cc puertorriqueño o con la noción de “extinción del vínculo matrimonial” de los arts. 74.2 CF cubano o 107.2 Cc hondureño.

⁴³ Aprobado por Ley 26.994, promulgada el 7 de octubre de 2014 y publicada en el Boletín Oficial de la República de Argentina núm. 32985, de 18 de octubre de 2015.

⁴⁴ Ley núm. 10.406, de 10 de enero de 2002 (D.O.U. de 11 de enero de 2002), en http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2010.406-2002?OpenDocument

⁴⁵ Norma modificada por Ley 19947 (D.O. 17 de mayo de 2004). Véase el Código civil de Chile en https://www.leychile.cl/Consulta/nav_vinc_modificacion?idNorma=1973&tipoParte=0&idParte=&fechaVigencia=1857-01-01&clase_vinculacion=MODIFICACION; E. GANDULFO RAMÍREZ, “Revisión de la paradoja de la regla de paternidad marital. Un examen analítico”, *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado*, núm. 5, julio 2014, pp. 85 – 118.

⁴⁶ Código de Familia aprobado por Ley núm. 1289 de 1975, en <https://www.gacetaoficial.gob.cu/html/codigo%20de%20lafamilia.html>. La expresión “vida matrimonial” “alude también al matrimonio formalizado o reconocido judicialmente. Véase L. B. PÉREZ-GALLARDO, “Luces y sombras entorno a la regulación jurídica de la filiación en Cuba”, *Vniversitas, Bogotá (Colombia)*, núm. 122, 2011, pp. 395-440, en espec. p. 403-406, cita 17, en http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-90602011000100014 (consulta: 23 de abril de 2019).

⁴⁷ Aprobado por Decreto núm. 76-84, publicado en el *Diario Oficial La Gaceta* núm. 24, 394 de 16 de agosto de 1984, en <https://www.tsc.gob.hn/biblioteca/index.php/codigos/608-codigo-de-familia>

⁴⁸ Precepto modificado recientemente por el Decreto legislativo núm. 1377 que fortalece la protección integral de niñas, niños y adolescentes (D.O. El Peruano, 24 de agosto de 2018)

⁴⁹ Precepto que fue modificado por Ley núm. 215 de 29 de diciembre de 2009, para enmendar los arts. 113, 114, 115, 116 y 117 del Cc de Puerto Rico, a fin de establecer las presunciones de paternidad y de maternidad; el derecho a impugnarlas; indicar quienes pueden llevar la acción de impugnación; fijar el término para ejercitarla o disponer el efecto retroactivo de la ley en los casos ante la consideración del Tribunal.

⁵⁰ Aprobado por Decreto núm. 677 (D. O. núm. 231, de 13 de diciembre de 1993).

⁵¹ Gaceta núm. 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982, consultado en <https://www.iberred.org/legislacion-codigo-civil>

⁵² Que dispone: “se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos...hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte...”. Sobre dicha legislación, *vid.* A. J. BUERES, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado*, 1ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2014, p. 39, destaca que se mejora la redacción de este precepto en el nuevo Código, al clarificar que el plazo máximo durante el cual regirá la presunción comienza a contarse siempre desde la interposición de la demanda de divorcio o nulidad de matrimonio. Varios autores llaman la atención sobre la contradicción que supone mantener una presunción de filiación en el Código unificado, toda vez que en él se relativizan los deberes conyugales de «cohabitación y fidelidad». *Cf.* J. C. RIVERA Y G. MEDINA, “Nuevo Código Civil y Comercial Comentado”, Buenos Aires, La Ley, 2014.

⁵³ Que dispone: “...dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o invalidación. En éste último caso el plazo se cuenta desde el día posterior a la separación de los esposos. Se reserva la prueba contraria a la presunción indicada”.

⁵⁴ Nacido dentro de los trescientos días de la disolución de la sociedad conyugal, por muerte,

⁵⁵ Separación legal, nulidad y nulidad matrimonial;

⁵⁵ La Ley núm. 19.947, que establece Nueva Ley de Matrimonio Civil (*Boletín* núm. 9604-18, de 17 de mayo de 2004) introdujo la separación de hecho y la separación judicial. Particularmente se dispuso la modificación del art. 184 Cc chileno para agregar de forma exclusiva la nueva figura de la “separación judicial” reconocida en sus arts. 26 y 27, como límite temporal de la regla de paternidad, dejando fuera la separación de hecho regulada en los arts. 21 a 25 de esta legislación. *Vid.* E. GANDULFO RAMÍREZ, “Revisión de la paradoja de la regla de paternidad marital...”, *loc. cit.* pp. 113-116, que critica esta solución, ya que la Ley de Matrimonio Civil incorporó la separación de hecho, por lo que resulta incomprensible no haber completado la normativa de filiación.

21. Con la idea de evitar las paternidades contradictorias, cuando cesa la convivencia conyugal, los ordenamientos comparados acuden habitualmente a la vía judicial para la destrucción de la presunción de la filiación matrimonial, tal y como disponen los arts. 589 y siguiente del Cc y Comercial argentino; 184.2 Cc chileno⁵⁶; 214 y siguientes Cc colombiano; 78 al 81 CF cubano; 316, 318 Cc dominicano; 233, 233A⁵⁷, 245 y 246 Cc ecuatoriano; art. 330, 374 Cc mexicano; 217 y 218 Cc uruguayo o 206, 208, 226-234 Cc venezolano.

22. Existen legislaciones que evitan procesos judiciales de paternidad y recogen vías más flexibles para desvirtuar la presunción matrimonial cuando los cónyuges estuvieran separados de hecho. A modo de ejemplo, el art 141.2 CF salvadoreño emplea una técnica para no aplicar esta presunción en caso de que hubiera separación de hecho de los cónyuges por más de un año y el hijo hubiera sido reconocido por otra persona diferente al marido. Por su parte, el Cc peruano de 2018⁵⁸ se sitúa en uno de los sistemas más avanzados, pues la nueva redacción de sus art. 361 y 362 establece que si el hijo nace durante los 300 días antes de quedar disuelto el matrimonio, la madre puede declarar que el padre no es su marido ante el Registro civil o la entidad de salud competente. El medio para que este hijo sea reconocido por su progenitor biológico viene de la mano del art. 396 Cc peruano, que establece que “el hijo o hija de mujer casada puede ser reconocido por su progenitor cuando la madre haya declarado expresamente que no es de su marido. Este reconocimiento se puede realizar durante la inscripción del nacimiento cuando la madre y el progenitor acuden al registro civil, o con posterioridad a la inscripción realizada solo por la madre, cuando esta haya declarado quién es el progenitor. Procede también cuando el marido lo hubiese negado y obtenido sentencia favorable”. Otro de los modelos para flexibilizar la aplicación de la presunción de filiación marital es el art. 269 CF panameño, que admite “...la declaración jurada de la madre y del padre biológico rendida ante el funcionario del Registro Civil, de que el marido no es el progenitor, sin perjuicio del derecho del esposo a ejercitar la acción de impugnación dentro del término de un año contado a partir de la inscripción...”⁵⁹.

23. Lamentablemente, con la finalidad de evitar confusión de paternidades, persisten leyes que prohíben a la madre contraer matrimonios antes de que transcurran 300 días contados desde la disolución del anterior enlace o desde que se declare nulo, como ocurre en el art. 21.1 del CF hondureño. Otras legislaciones, obligan a la mujer divorciada o en pleno proceso de extinción del matrimonio a denunciar ante el juez el embarazo de su todavía marido, tal y como se regula en los arts. 225 y 226 Cc colombiano o 206 Cc guatemalteco. En Cuba, por su parte, se exige un certificado médico de embarazo a la contrayente que pretenda celebrar un matrimonio durante los 300 días antes de la

⁵⁶ Existe un Proyecto de Ley núm. 11522-07 de Congreso de los Diputados, de 30 de noviembre de 2017 (Modifica el Código Civil para permitir que la mujer embarazada contraiga segundas nupcias y regula la presunción de paternidad), disponible <https://corraltalciani.wordpress.com/tag/presuncion-pater-is-est/> (consultado el 8 de septiembre de 2019), donde se propone agregar un art. 184 bis al Cc para disponer que si el niño nace antes de los trescientos días desde la terminación del matrimonio o acuerdo anterior pero antes del plazo mínimo del embarazo contado desde la celebración del nuevo vínculo, se presumirá la paternidad del anterior marido o conviviente. Por el contrario, si el niño nace después del plazo mínimo del embarazo contado desde la celebración del siguiente matrimonio o acuerdo de unión civil, la presunción de paternidad se aplicará respecto del nuevo marido o conviviente aunque el nacimiento se haya producido dentro de los trescientos días desde la disolución del anterior vínculo.

⁵⁷ Agregado por el art. 27 de Ley núm. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 526 de 19 de Junio del 2015 (Registro Oficial N° 526, de 19 de junio de 2015) que dispone: La acción de impugnación de paternidad o maternidad podrá ser ejercida por: 1. Quien se pretenda verdadero padre o madre; 2. El hijo; 3. El que consta legalmente registrado como padre o madre y cuya filiación impugna; 4. Las personas a quienes la paternidad o maternidad impugnable perjudique en sus derechos sobre la sucesión de los que constan legalmente como padre o madre. En este caso, el plazo para impugnar será de ciento ochenta días contados a partir de la defunción del padre o madre.

⁵⁸ Esta normativa ha sido modificada por Decreto Legislativo núm. 1297 para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos (D.O. El Peruano, 24 de agosto de 2018), que se puede consultar en <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-fortalece-la-proteccion-integral-de-decreto-legislativo-n-1377-1684460-1/>

⁵⁹ El precepto fue modificado por la Ley 39 de 30 de abril de 2003 (Gaceta Oficial 24,794 de Panamá de 6 de mayo de 2003), que puede consultarse en <https://docs.panama.justia.com/federales/leyes/39-de-2003-may-6-2003.pdf>

extinción de su anterior enlace (arts. 6.1 CF cubano y 62 de la Ley de Registro del Estado Civil)⁶⁰. Tal exigencia registral opera como presunción *iuris tantum* de paternidad respecto del ex cónyuge (art. 6.3 del CF cubano)⁶¹.

24. Del análisis comparativo de estas legislaciones iberoamericanas, observamos que todas siguen parámetros y alineaciones muy similares dentro de un esquema normativo de la presunción de paternidad matrimonial, aunque presentan diferencias, aclaraciones o especificidades que, en la mayoría de los casos, son de tipo procedimental y no tanto sustancial. Nos llama la atención las normativas avanzadas que afrontan con una regulación elástica las vías para desvirtuar la presunción matrimonial, como la peruana, panameña o salvadoreña. Existen soluciones llevadas a la práctica registral, como las del Servicio de Registro Civil de Chile, órgano que facilita el que los hijos de padre casado y separado de hecho, pero biológicamente de otro hombre que no es el cónyuge de la madre, sean inscritos en las partidas del Registro Civil a nombre de ese tercero que ha realizado el acto de reconocimiento, bien sea en la propia partida, bien a través de un documento aparte. De esta manera, los funcionarios del Servicio de Registro Civil chilenos terminan por atenuar la aplicación automática de la presunción matrimonial de paternidad e inscriben al hijo con padre diferente al marido de su madre⁶².

3. La presunción de paternidad legítima y el sistema severo de su destrucción en los ordenamientos jurídicos de base islámica

25. El juego de la presunción de la paternidad del marido en los Código de Estatuto Personal de los países árabes queda ajustado a sus cánones de familia legítima⁶³. De esta manera, para determinar la paternidad matrimonial (*al firach*) se verifica que transcurre seis meses del nacimiento del hijo desde el contrato matrimonial, sea válido, nulo o viciado, y en circunstancias que permitan las relaciones sexuales⁶⁴. Dicho tiempo es fijado en el Corán y que es recogido por todas las escuelas jurídicas *sunnies*⁶⁵, excepto en el art. 15 del Código egipcio y el art. 51.1 del Estatuto Personal iraquí, que no lo indican expresamente⁶⁶. Este término mínimo de 180 días desde la celebración del enlace

⁶⁰ Ley núm. 51, del Estado del Registro Civil, de 15 de julio de 1985 (en adelante Ley del Registro de Estado Civil), *Gaceta Oficial Ordinaria* núm. 50, de 22 de agosto de 1985. Posteriormente, la Ley del Registro del Estado Civil y su Reglamento han sido modificados en *Gaceta Oficial Extraordinaria* núm. 38, de 3 de diciembre de 2015, en <https://www.gacetaoficial.gob.cu/>. Véase también <http://www.parlamentocubano.gob.cu/index.php/documento/ley-del-registro-del-estado-civil/> o <http://juriscuba.com/legislacion-2/leyes/>. Este requisito formal del art. 62 Ley de Registro del Estado Civil actúa de forma auxiliar para evitar la *turbatio sanguinis*, en relación con el art. 6, segundo párrafo del CF cubano, pero en ningún caso debe interrumpir los trámites matrimoniales de la mujer embarazada.

⁶¹ Se considera que no acreditar el certificado médico durante ese tiempo, es una infracción que acarrea la nulidad relativa o anulabilidad del posterior matrimonio, aunque puede quedar convalidado de pleno derecho si transcurrido el plazo de seis meses a partir de su formalización y no se ejercita la acción de nulidad (arts. 45 inciso 3; 47, párrafos primero y segundo CF cubano). *Vid.* O. MESA CASTILLO, “La formalización del matrimonio ante notario y registrador del estado civil”, en L. B. PÉREZ-GALLARDO y I. LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ (coords.), *Derecho notarial*, tomo III, La Habana, edit. Félix Varela, 2008, pp. 204-205, en https://clasesvirtuales.ucf.edu.cu/pluginfile.php/10266/mod_folder/content/0/Textos%20B%C3%A1sicos/La%20formalizacin%20del%20matrim....doc?forcedownload=1. (consulta 6 de mayo 2020). Asimismo, véase B. L. PÉREZ GALLARDO, “Luces y sombras en torno a la regulación jurídica de la filiación...” *loc. cit.*, pp. 68-70.

⁶² Véase a E. GANDULFO RAMÍREZ, “Revisión de la paradoja de la regla de paternidad marital. Un examen analítico...”, *loc. cit.*, en espec. pp. 101 y ss.

⁶³ Como en el art. 154 Código de Familia marroquí (en adelante, CFM), en el que la filiación paterna legítima establecida por presunción *al firach* queda condicionada a que el hijo nazca al menos seis meses después de la fecha de la conclusión del matrimonio o durante el año siguiente a la disolución del enlace conyugal, siempre que haya existido la posibilidad real o supuesta de que los cónyuges hayan mantenido relaciones sexuales.

⁶⁴ C. RUIZ DE ALMODÓVAR, “La filiación en los Códigos de Estatuto Personal de los Países Árabes”, *MEAH. Miscelánea de Estudios Árabes y Hebraicos. Sección árabe-islám*, 2011, vol. 60, pp. 255-277, en espec. 257.

⁶⁵ C. RUIZ DE ALMODÓVAR, “La filiación en los Códigos de Estatuto Personal...”, en espec. p. 257, que agrupa las regulaciones que recogen el plazo mínimo para el nacimiento, como son: arts. 42 argelino; 73 bahreiní; 91 emiratí; 156 jordano; 166 kuwaití; 53.a libio; 154.1 marroquí; 60 mauritano; 72 omaní; 87 qatari; 128 sirio; 100 sudanés; 71 tunecino; 128 yemení.

⁶⁶ *Ibidem*.

matrimonial se impone en el art. 191 del Código de Familia (en adelante CF) senegalés⁶⁷ o en el art. 154.1 del CF marroquí.

26. La duración máxima que rige tal presunción se fundamenta en el plazo de un año desde la disolución del enlace matrimonial⁶⁸, tal y como establece el art. 154.2 CF marroquí, salvo excepciones del art. 128 del CF yemení⁶⁹ y del art. 43 del CF argelino⁷⁰, que lo fijan en nueve meses y diez meses respectivamente⁷¹. La justificación de la dilación de un año para amparar la legitimidad del hijo viene vinculada al periodo de *idda*⁷², donde los aún esposos pueden reconciliarse y mantener relaciones sexuales⁷³, lo que implica que los tres meses de la posible convivencia de los progenitores sean acumulados a los nueve de embarazo⁷⁴. Con ello se pone fin a la práctica del “niño dormido” en el útero de la madre, teoría aceptada por las cuatro escuelas jurídicas *sunnies* y a la que se recurría para legitimar al hijo cuando una mujer repudiada, divorciada, separada o viuda tenía un hijo tras haber finalizado su matrimonio⁷⁵. Por su parte, el art. 191 del CF senegalés señala 300 días, mientras que la Sección 165 de la *Evidence Act*, 2011 de Nigeria⁷⁶ dispone que la presunción de hijo legítimo rige hasta los 280 días posteriores a la disolución del matrimonio⁷⁷.

27. El sistema de filiación legítima en estos sistemas es tan rígido que si se incumple alguno de los requisitos fijados, la paternidad no se establecerá respecto del marido de la madre, a menos que éste la reconozca o la reivindique⁷⁸. En los Códigos kuwaití y mauritano, por su parte, especifican que tampoco se determina la filiación si el esposo es impúbere o no es fértil o tenga un impedimento congénito o patológico que impida la consumación⁷⁹.

⁶⁷ Aprobado por Ley 72-61 del 12 de junio de 1972 sobre el Código de Familia (J.O. 1972, p. 1295). El texto se puede consultar <https://editions-alexandrie.com/subscription/texte/30583-code-de-la-famille--mise-a-jour-2016->

⁶⁸ Véase C. RUIZ DE ALMODÓVAR, “La filiación en los Códigos de Estatuto Personal...”, que enumera los preceptos que regulan el plazo máximo: arts. 73 bahreiní; 15 egipcio; 91 emiratí; 156 jordano; 166 kuwaití; 53/a libio; 61 mauritano; 72 omaní; 87 qatari; 128 sirio; 100 sudanés; 35 tunecino.

⁶⁹ Vid. la traducción de estos preceptos en C. RUIZ DE ALMODÓVAR, “El Código Yemení de la Familia”, *Miscelánea de Estudios Árabes y Hebraicos*, Sección Árabe-Islam, 2005, núm. 54, pp. 203-265, en espec. p. 225; C. PÉREZ BELTRÁN, “Nuevas modificaciones del Código argelino de la familia: estudio introductorio y traducción”, *Miscelánea de Estudios Árabes y Hebraicos*, Sección árabe-islam, 2005, núm.54, pp. 134-167.

⁷⁰ Loi n° 84-11, de 9 juin 1983 portant le Code de Famille, modifiée et complétée, en <https://www.joradp.dz/TRV/FFam.pdf>. Sobre la filiación en Derecho argelino, véase N. AÏT-ZAÏ, “Algérie: la filiation Dans le mariage et hors mariage. La kafala”, *L'enfant en Droit musulman (Afrique, Moyen-Orient). Actes du colloque du 14 janvier 2008*, Paris, Société de législation comparée, 2008, pp. 317-322.

⁷¹ Vid. la traducción de estos preceptos en C. RUIZ DE ALMODÓVAR, “El Código Yemení...”, *loc. cit.*; C. PÉREZ BELTRÁN, “Nuevas modificaciones del Código argelino...”, *loc. cit.*

⁷² El periodo de abstinencia sexual. Como es sabido, este *lapsus* de tiempo tiene por objetivo principal comprobar que antes de abandonar el domicilio conyugal, la mujer no se encuentra embarazada y así evitar problemas de filiación y de herencia.

⁷³ En Derecho musulmán, puede que el varón mantenga relaciones sexuales con una mujer que todavía se encontraba en periodo de incapacidad para nuevas nupcias o *idda*, por lo que el acceso carnal deberá igualmente considerarse “consumado bajo presunción errada de licitud” (*subha*). Si el alumbramiento se produce pasado dicho periodo se atribuirá al esposo putativo la paternidad legítima del nacido y no podrá quebrarse tal presunción, salvo por la declaración de imprecación de adulterio (*l'iam*). Vid. , L. MILLIOT ET P. BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, 2ª edic., Paris, Dalloz, 2001, pp. 405-407.

⁷⁴ Sobre el periodo mínimo y máximo del embarazo, vid. A. DAHHAK, *Los litigios en relación con la filiación de los hijos*, Facultad de Derecho, Ciencias Jurídicas y Económicas, Universidad Mohamed V de Rabat, 2003-2004, pp. 31-36 (en árabe, traducción propia); N. J. COULSON, *Historia del Derecho Islámico*. Trad. Mª Eugenia Eyra, Barcelona, Bellaterra, 1998, p. 183; S. A. SANTANA TALAVERA, “El plazo legal de espera en la mujer islámica”, *Cadernos de Direito Actual*, 2016, núm. 4, pp.153-184, en esp. pp. 170 y ss.; M. MASEEHUL-ULOOM, “Rules and regulations of the Iddat”, 2010, en <https://thequranblog.files.wordpress.com/2010/09/rulesoftheiddat.pdf> (consulta: el 22 de julio de 2019).

⁷⁵ Vid. C. RUIZ DE ALMODÓVAR, “La filiación en los Códigos de Estatuto Personal...”, *loc. cit.*, pp. 257-258.

⁷⁶ En el norte de Nigeria, la ley de la *Sharia* ha estado en vigor pero limitada al derecho de familia, por ejemplo litigios relacionados con herencias, con el matrimonio, la familia, el estado civil.

⁷⁷ M.O. IZZI Y C.D. LONGJOHN, “An analysis of The concepts of legitimacy and legitimation under Nigerian Family Law”, *The Journal of Property Law and Contemporary Issues*, vol. 5, núm. 1, January 2017, pp. 180-195; J. A. AJONUMAH LLM ACIARB Y O. DUBLIN-GREEN LLM, “Paternity, Illegitimacy and Customary Acknowledgment in Nigeria: A Re-Evaluation”, *International Journal of Business & Law Research*, vol. 7, núm. 2, April-June, 2019, pp. 112-119.

⁷⁸ Arts. 15 egipcio; 168 y 169.b) kuwaití; 53.c) libio; 62 mauritano; 129.2) sirio; 69 tunecino. Vid. C. RUIZ DE ALMODÓVAR, “La filiación en los Códigos de Estatuto Personal...”, *loc. cit.*, p. 258.

⁷⁹ *Ibidem*.

28. Todo ello conduce a mantener un régimen severo para desvirtuar la paternidad legítima, denominado *l'iam*, que se basa en juramento realizado por el marido delante del juez⁸⁰. La regulación para negar lo que se presume como cierto⁸¹ viene establecida en diversos Estatutos Personales, como, por ejemplo, en el art. 153.2 CFM⁸². Por su parte, algunas legislaciones, como en los CF bahreiní (art. 78), CF emiratí (arts. 96 y 97), CF jordano (art. 163), CF kuwaití (arts. 176-179) y CF omaní (arts. 78 y 79), recogen un periodo determinado que para poder negar la paternidad. De esta manera, el marido tiene que declarar el adulterio de su esposa en un tiempo fijado desde el día del nacimiento o desde que tenga conocimiento de este hecho, a condición de que no haya reconocido dicha filiación explícita o implícitamente y presentar oficialmente dicha acusación jurada de adulterio de su esposa en el tiempo convenido. Otras regulaciones, como en los Códigos jordano (art. 164), omaní (art. 78), qatari (art. 151) o yemení (arts. 109 y 110), ofrecen la fórmula exacta para el juramento de adulterio y negación de la paternidad.

29. En definitiva, los Estatutos personales de base jurídica musulmana mantienen una regulación estricta de la presunción de paternidad legítima y un procedimiento arcaico y discriminatorio para su destrucción. Todo ello con la finalidad de no perjudicar la estabilidad de la familia legítima y la defensa de la paz familiar, que acaban sacrificando la verdad real en materia de filiación. En dichos ordenamientos jurídicos, la situación de los hijos ilegítimos, desgraciadamente, carece de cualquier derecho respecto de su progenitor biológico, salvo en el tunecino⁸³, al no contemplarse ni el establecimiento voluntario ni la investigación de la paternidad fuera del marco de la filiación legítima. Precisamente, la preocupación de estos Estatutos Personales por distinguir entre la legítima y la ilegítima, atribuyendo únicamente efectos jurídicos a la primera, acabará por enfrentarse al sistema jurídico español si, en la aplicación de la norma de conflicto en materia de filiación, conduce a tenerlos presentes.

III. Las inscripciones de nacimiento en el Registro Civil español y el acceso de la paternidad contenida en certificación extranjera

1. La inscripción de nacimiento en España y la paternidad constatada en el extranjero

30. En España, el asiento registral de nacimiento desencadena efectos jurídicos verdaderamente importantes, lo que justifica el control de lo contenido en las certificaciones extranjeras aportadas para

⁸⁰ El término *l'iam* deriva del verbo maldecir. El procedimiento consiste en que el matrimonio se presenta ante el juez o cadí para que el demandante realice su juramento de anatema mediante una acusación jurada de adulterio y una denegación imprecatoria de paternidad ante el juez o cadí. El Derecho islámico posibilita al marido la acusación a su esposa de adulterio sin prueba jurídica y el rechazo de la paternidad de un niño nacido de ella. Conforme ordena el Corán, el esposo pronuncia cuatro veces el juramento: “juro por *Alah*, el Único, que he visto a esta mujer en adulterio. Juro por *Alah*, el Único, que su preñez no se debe a mis obras”. En un momento posterior, se realiza un quinto juramento consistente en declarar que no es impostor y que no acusa de forma injusta a la mujer. La esposa culpada puede aceptar la denuncia o replicar mediante cinco juramentos. Por más que el juramento de la esposa neutralice al de su cónyuge, será repudiada y el matrimonio será disuelto. El cadí no hace más que refrendar con su sentencia el hecho declarado por el marido. En cuanto a la filiación del niño, la paternidad legítima queda impugnada. Para profundizar sobre dicho procedimiento, véase Y. LINANT DE BELLEFONDS, *Traité de droit musulman comparé*, t. III, Paris, Mouton et Co., 1973, pp. 42-47.

⁸¹ Arts. 78 bahreiní; 90/4 y 97/1 emiratí; 157/c-d y 163 jordano; 176-177 kuwaití; 53/d libio; 151, 153 y 159 marroquí; 68 mauritano; 79/a omaní; 96 qatari; 129/3; sirio; 75 tunecino, 110 yemení. *Vid.* C. RUIZ DE ALMODÓVAR, “La filiación en los Códigos de Estatuto Personal...”, *loc. cit.*, p. 258.

⁸² El art. 153.2 CFM dispone que solamente el marido podrá impugnar su paternidad y va a corresponder al mismo las pruebas probatoria que respalden las alegaciones de su demanda judicial. No obstante, la Guía práctica del CFM se informa a la esposa de la posibilidad de solicitar ante el juez la prueba de ADN para demostrar la mentira del marido que niega la paternidad mediante el procedimiento del *l'iam*. *Vid.* el art. 153 de la guide pratique du code de la famille, <http://ejjustice.justice.gov.ma/justice/console/Uploads/Doc/guidecodefamille.pdf>.

⁸³ La filiación natural o filiación fuera del matrimonio en Túnez se regula en la Ley n° 98-75 de 28 octubre 1998 relativa a la atribución de un apellido patronímico de los menores abandonados o de filiación no conocida (*Journal officiel de la République tunisienne* n° 87, de 30 octubre 1998), en <http://www.legislation.tn/fr>

tal fin⁸⁴. La garantía de seguridad que ofrecen las inscripciones del Registro Civil obliga a una verificación de la legalidad del documento aportado y de las declaraciones complementarias mediante la potestad calificadora del Encargado⁸⁵. Todo ello para llegar al convencimiento de que no hay dudas acerca de la realidad del hecho y de la legalidad conforme a la ley española.

31. En la inscripción de nacimiento del naturalizado español, por ejemplo, el Encargado del Registro consigna su filiación cuando éste accede a la nacionalidad española, mención que deriva del nombre y apellidos de los progenitores y del estado civil de éstos. Si estos datos resultan de las certificaciones extranjeras, existe una cierta perplejidad a la hora de aplicar la normativa registral respecto de la inscripción de títulos extranjeros en el Registro Civil español. Actualmente, para tal fin, existe una situación que genera cierta perplejidad a la hora de aplicar la normativa registral respecto de la inscripción de títulos extranjeros en el Registro Civil español. Hasta la definitiva entrada en vigor de la LRC 20/2011⁸⁶, son aplicables los arts. 23, 26 y 27 Ley de Registro Civil de 1957 (en adelante LRC de 1957) y los arts. 80 a 91 Reglamento de Registro Civil de 1958 (en adelante RRC). No obstante, la confusión se ve agravada por la coexistencia de la Ley de Cooperación jurídica internacional en materia civil⁸⁷ (en adelante LCJIC) y la Ley de Jurisdicción Voluntaria⁸⁸ (en adelante LJV), que regulan ambas, de manera distinta, los requisitos de acceso al Registro Civil de los títulos extranjeros de jurisdicción voluntaria⁸⁹.

32. En lo que refiere a la comprobación del vínculo de paternidad del documento extranjero aportado, y sin prejuzgar el contenido del Derecho foráneo sobre las formas o títulos de determinación de la filiación⁹⁰, la validez del mismo se va a condicionar a que ofrezca garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la ley española (arts. 23 de la LRC de 1957 y 85.1 RRC)⁹¹. Estas garantías se re-

⁸⁴ El riguroso control llevado a cabo por la autoridad registral española de las certificaciones de actas emitidas por Registros extranjeros (como nacimientos, matrimonio, divorcios...) muestra el aumento de falsificaciones y su rechazo como títulos de inscripción. En particular, si existe contradicciones, errores aritméticos, enmiendas o tachaduras, máxime cuando procede del algún país en el que existan precedentes de engaños, como las actas de Registros civiles de Guinea Ecuatorial o de República dominicana. Para evitar tales fraudes, surge la Instrucción de 20 de marzo de 2006 de la DGRN sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil, que recoge criterios y orientaciones prácticas para prevenir estas simulaciones, tal y como dispone la Recomendación núm. 9 de la CIEC. Muestra de ello, *vid.* la RDGRN (4ª) de 25 de noviembre de 1998, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núms. 1851-1852, pp. 2579-2581.

⁸⁵ El control de legalidad actúa para vetar el acceso al Registro Civil de los actos inexistentes, inválidos o ineficaces, dotando al Encargado de poderes de calificación. También le permite adoptar cautelas tendentes a garantizar la exactitud de los hechos inscribibles (*cf.* J. M. DÍAZ FRAILE, "Breve esbozo de una teoría general sobre los principios registrales civiles. Particular estudio de la publicidad material del Registro civil", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 78, núm. 672, 2002, pp. 1367-1404, esp. pp. 1370-1371).

⁸⁶ Cuando entre en vigor esta normativa registral, serán aplicables las normas de los arts. 94 a 100 de dicho texto, en su última versión reformada.

⁸⁷ BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015.

⁸⁸ BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015.

⁸⁹ Dicha confusión ha sido puesta de relieve de manera unánime por la doctrina internacionalista y, concretamente, en relación con las normas de derecho internacional privado contenidas en los arts. 11 y 12, y Disposición adicional tercera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, como expone contundentemente I. HEREDIA CERVANTES, "Eficacia en España de actos extranjeros de jurisdicción voluntaria", *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 105-133, que considera que "el contenido de estos preceptos, y en particular los dos primeros, constituye un compendio de todo lo que no debería hacer un legislador que merezca dicho nombre. También *vid.* P. A. DE MIGUEL ASENSIO, "La ley de jurisdicción voluntaria y Derecho internacional privado", *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 147-197, en espec. p. 184.

⁹⁰ Tenemos que tener presente que los títulos para practicar la inscripción registral de la filiación escapan al ámbito de la normativa de conflicto del art. 9.4 Cc y quedan sometidos a la ley española en tanto *lex loci registrationis*. De ahí que puedan producirse algunas divergencias entre los medios de determinación de la filiación fijados por la *lex causae* y sus vías de acceso al Registro previstas por la *lex loci registrationis*. Si ello es así, corresponderá a la autoridad registral conciliar lo dispuesto en la ley del Registro español sobre la suficiencia o no del título para inscribir la filiación y lo previsto en la *lex causae*, como normativa aplicable a los medios de establecimiento de tal filiación. La realidad de la práctica registral es que se desprecia claramente la norma de conflicto para la inscripción de nacimiento, que se realizará conforme a Derecho español.

⁹¹ S. SALVADOR GUTIÉRREZ, "Inscripción registral de títulos extranjeros. Inscripción de matrimonios y sus crisis, y régimen económico matrimonial", en M. HERRANZ BALLESTEROS y M. GUZMÁN ZAPATER (dirs.), *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho Español y de la Unión Europea. Estudio normativo y jurisprudencial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 652-720, en espec. pp. 675-687.

fieren a la regularidad extrínseca o autenticidad de dicha certificación, como son la legalización o apostilla⁹² y traducción (art. 323.2.2º LEC). Con la entrada en vigor de la LRC 20/2011, se tendrá en cuenta lo dispuesto en sus arts. 95 y 98 para el acceso al Registro civil español de la certificación de extranjera que contenga datos de filiación. Aunque no se haga mención expresa en la LRC 20/2011, para poder inscribir la filiación será imprescindible que no exista ninguna otra contradictoria o que no haya sido modificada en el Registro Civil español por resolución firme⁹³. A la autoridad registral española se le impone la obligación de controlar la regularidad extrínseca o autenticidad de la certificación extranjera, como son la legalización o apostilla y traducción, a menos que el Encargado del Registro Civil español conozca el idioma en el que se halla redactada o le conste su autenticidad o aquél llegue por vía oficial o diligencia bastante (art. 95 de la LRC 20/2011)⁹⁴. En este sentido, tenemos que tener presente desde febrero de 2019 que si los ciudadanos presentan un certificado de nacimiento expedido por las autoridades de un Estado miembro ante las autoridades de otro país de la Unión Europea, el Reglamento (UE) 2016/1191 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la UE y por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 1024/2012⁹⁵ lleva a suprimir el requisito de apostilla y simplificar los trámites de las copias certificadas⁹⁶ y las traducciones⁹⁷.

33. Por otro lado, se deben superar las condiciones de eficacia intrínseca del certificado del acta del Registro extranjero aportado para su inscripción, conforme al vigente art. 323.2.1º LEC, que también desarrolla el art. 98 de la LRC 20/2011. Ello consiste en dos tipos de controles. En primer lugar, hay que examinar que la certificación ha sido expedida por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado⁹⁸. Dicha exigencia se basa en la necesidad de un mínimo de contacto con el Estado donde la situación jurídica se ha constituido, sobre todo para verificar la ausencia de fraude de ley por parte de los interesados. En este sentido, se requiere que el Registro extranjero “sea regular y auténtico, de modo que el asiento que se certifica, en cuanto a los hechos de los que da fe, tenga garantías análogas

⁹² Se procede a la legalización del documento extranjero, salvo que provenga de un país miembro del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, por el cual se suprime la exigencia de legalización y se establece la apostilla (art. 88 RRC, art. 95 LRC 20/2011 y art. 323.2.2º LEC 2000). Tampoco hace falta ningún trámite legalizador en los supuestos en que resulte de aplicación una serie de Tratados internacionales sobre la temática, entre ellos, el Convenio europeo (nº 63 del Consejo de Europa) relativo a la supresión de la legalización de documentos extendidos por los agentes diplomáticos y consulares, hecho en Londres el 7 de junio de 1968. Tampoco será necesaria la legalización si, para el acceso al Registro Civil, al Encargado del Registro le conste su autenticidad, directamente, o por haberle llegado el documento por vía oficial (art. 89 RRC).

⁹³ Es posible que la rectificación efectuada en el extranjero que contradiga una inscripción de filiación existente en España no se hubiera efectuado por sentencia judicial, sino por otros cauces que concedieran la misma veracidad y legitimidad que la vía jurisdiccional. Para hacer valer el nuevo estado de filiación, y según los arts. 27.2 de la LRC 20/2011 y 82 RRC, la rectificación válidamente realizada el extranjero solamente podrá registrarse mediante resolución firme recaída en juicio ordinario, siempre que haya obtenido el correspondiente *exequatur*. Las normas sobre rectificación en la LRC 20/2011 se encuentran en el capítulo II del texto (arts. 90 y 91). En general, sobre esta problemática *vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Filiación hispano-suiza*, León, Universidad de León, Servicio de Publicaciones, 1989, pp. 278-279; M. VIRGÓS SORIANO, “Nota a la Resolución DGRN de 10 de enero de 1984”, *REDI*, 1984-2, vol. XLVI, pp. 670-674.

⁹⁴ La eficacia de los documentos públicos extranjeros en el ámbito del Registro Civil tiene un especial tratamiento. El art. 95.2 LRC 20/2011 exige de legalización y de toda formalidad análoga a los documentos que llegan por vía oficial, o si al instructor del expediente le consta su autenticidad directamente o por diligencia bastante.

⁹⁵ *DOUE L* 200/1, 26 de julio de 2016

⁹⁶ El Reglamento simplifica otros trámites relativos a las copias certificadas, en la medida en que excluye la exigencia de presentación cumulativa del original de un documento público y de una copia certificada del mismo, al tiempo que obliga a aceptar la presentación de una copia certificada realizada en otro Estado miembro (art. 5).

⁹⁷ Para facilitar la traducción de los documentos públicos incluidos en su ámbito de aplicación, el Reglamento establece impresos estándar multilingües en cada una de las lenguas oficiales de las instituciones de la Unión, para que puedan acompañar al documento público en cuestión, que detalla su contenido (art. 9) y regula las lenguas de expedición (art. 10).

⁹⁸ *Vid.* la STS de 9 de febrero de 2009 (Roj: STS 381/2009 - ECLI: ES: TS: 2009:381, CENDOJ, Consejo General del Poder Judicial) que deniega al documento extranjero procedente de República Dominicana el valor de prueba plena a efectos de acreditar el nacimiento y filiación de la solicitante del visado de reagrupación familiar. Y es que la documentación aportada (un acta de nacimiento in-extensa) no ofrecía garantías suficientes en cuanto al parentesco y edad de la solicitante, porque no se ha acreditado que el contenido del acta aportada haga prueba plena en juicio, según el ordenamiento jurídico de la República de Santo Domingo.

a las exigidas para la inscripción por la Ley española” (arts. 23.2 LRC de 1957 y 85 RRC)⁹⁹. En segundo lugar, habrá que verificar que el Registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la ley española¹⁰⁰. En estos casos, sin duda, tenemos que tener presente la búsqueda del equilibrio entre el principio general de presunción de validez de los documentos extranjeros de estado civil, el interés general que representa la fiabilidad de los datos del estado civil y los derechos fundamentales del interesado¹⁰¹.

2. Control de las certificaciones de nacimiento extranjeras

34. Una de las cuestiones menos pacíficas en la práctica es el necesario control o no del hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado. A pesar de la incertidumbre del actual sistema sobre la interpretación de esta específica exigencia (arts. 323.2.3º de la LEC y el art. 23 de la LRC de 1957¹⁰²), se puede deducir que la verificación de la certificación extranjera donde conste la inscripción de la filiación tendrá que ajustarse a lo establecido en la leyes designadas por el art. 9.4 Cc para el fondo, el art. 11 Cc para la forma y el art. 9.1 Cc para las cuestiones de capacidad. Ahora bien, dicha aplicación parece que es más teórica que real, pues se desprende de la práctica registral que cuando el acto incorporado en la certificación extranjera no incluya ninguna declaración de voluntad (como puede ser los datos de filiación que se desprende de la situación matrimonial de los progenitores) es inútil el control de fondo, a diferencia de lo que sucedería cuando lo incluido consistía en un reconocimiento voluntario de la filiación, que debía pasar por los control de la legalidad del acto conforme a la legislación española¹⁰³.

35. Esta controversia originó que una línea doctrinal considerara que hay que realizar una interpretación funcional y flexible de los arts. 23 LRC de 1957 y 81 RRC, entendiendo que la vigilancia de la legalidad conforme a la ley española debe limitarse a la observación del orden público internacional español¹⁰⁴, sin entrar a valorar las condiciones de fondo del acto, aunque sí ha de respetar las normas,

⁹⁹ Sobre criterios de la DGRN para la validez de certificaciones y la consideración de regular o no de los Registros Civiles extranjeros *vid.* E. RODRÍGUEZ GAYÁN, “La simulación en España de nacimientos acaecidos en el extranjero: una cuestión de prueba”, *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 188-194.

¹⁰⁰ Existen múltiples Resoluciones de la DGRN denegando la inscripción de nacimiento basada en lo contenido en las certificaciones extranjeras por falta de garantías del Registro local, como por ejemplo las RsDGRN procedentes de Bolivia (8ª) de 26 de Marzo de 2015); de República Dominicana (8ª) de 27 de Marzo de 2015; de Venezuela (14ª) de 27 de marzo de 2015, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXIX, 19 de agosto de 2015, pp. 8-24.

¹⁰¹ *Vid.* las recomendaciones de la Instrucción de 20 de marzo de 2006 de la DGRN sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil (*BOE* núm. 97, de 24 de abril de 2006).

¹⁰² El control de la legalidad del acto incorporado en los documentos extranjeros que pretenden acceder al Registro Civil español es el talón de Aquiles a la hora de otorgar eficacia extraterritorial a dichos documentos, ya que existe bastante incertidumbre en la interpretación de los arts. 323.2.3º de la LEC y el art. 23 de la LRC de 1957. Tampoco el apartado V de la Instrucción de 20 de marzo de 2006 de la DGRN, sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil, aclaraba cómo se debe vigilar. Concretamente, y tratándose de ciudadanos extranjeros, la ley española debía aplicarse a los supuestos en que entre en juego la excepción de orden público, pero no se determinaba cómo se debía proceder a dicho control, si mediante las reglas españolas de DIPr. o simplemente verificándose que lo contenido en el documento o acto extranjero no fuese en contra del orden público español. Lo que sí mantenía abiertamente era que la ley española debía aplicarse al valorar la legalidad del acto, siempre que afecte a españoles. Con la entrada en vigor de la LRC 20/2011, la descoordinación expuesta queda superada, pues para que acceda lo contenido, sin ninguna distinción, en una certificación de acta registral extranjera debe superar el control de la legalidad del acto incorporado mediante el DIPr. español (*vid.* arts. 97 y 98).

¹⁰³ Al respecto véase C. RUIZ SUTIL, *Filiación Hispano-Marroquí*, Cizur Menor, Cívitas Thomson Reuters, 2011, pp. 290-304, en espec. p. 306-307.

¹⁰⁴ Solución aportada por A. LARA AGUADO, *El nombre en el Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 1999, pp. 339 y 340, en espec. p. 340; *Id.*, “El caso Niebüll o el derecho al reconocimiento de las certificaciones registrales extranjeras”, *La Ley*, 2006, núm. 6560, año XXVII, pp. 1-6, en espec. p. 4. Esta misma autora aclara que el TJCE exige a los Estados miembros que eliminen el requisito del control de la ley aplicada por la autoridad del Estado de origen y sólo controlen la no contrariedad con su orden público internacional (“El impulso de la ciudadanía de la Unión Europea al reconocimiento intracomunitario de actos

principios y valores que encarnan nuestro orden público internacional. Ahora bien, vigilar la legalidad del acto incorporado en la certificación extranjera mediante la única fiscalización del orden público internacional español significa imponer una sobrecarga sobre este correctivo, ocasionando que determinadas situaciones fraudulentas fundadas en el extranjero escapen a su vigilancia. Con la entrada en vigor de la LRC 20/2011, la descoordinación expuesta queda superada, pues para que acceda lo contenido tanto en una certificación de acta registral extranjera como en un documento extranjero debe superarse el control de la legalidad del acto incorporado mediante el DIPr. español (*vid.* arts. 97 y 98), requisito redactado de forma independiente a la revisión del orden público internacional.

36. Particularmente, si se trata de una certificación extranjera que contiene el dato de paternidad, el nuevo art. 98.1 LRC 20/2011 recoge varios controles diferentes¹⁰⁵. El apartado d) está dedicado a que no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español. Bastaría con confirmar que la inscripción de filiación en el Registro extranjero no sea contraria a los principios de igualdad entre los hijos o el de búsqueda de la verdad biológica que rigen en el sistema español¹⁰⁶.

37. El apartado c) del nuevo art. 98.1 LRC 20/2011 recoge el mecanismo del control de la normativa aplicable a la filiación contenida en la certificación extranjera que pretende inscribirse en el Registro Civil español, lo que implica rechazar los efectos del acto extranjero si no responde a la *lex causae* localizada mediante la reglamentación conflictual española. En suma, se impone la aplicación del Derecho conflictual del foro sobre lo contenido en la certificación extranjera, lo que puede originar la no admisión como título para practicar la inscripción de la filiación en el Registro Civil español cuando no coincida con las prescripciones conflictuales del Derecho español y generar situaciones claudicantes.

38. Con esta nueva regulación de la LRC 20/2011 comienza, una vez más, el debate doctrinal de la “confrontación metodológica” derivado de la presencia de un requisito “conflictual” entre las condiciones del reconocimiento que aparecen en el art. 98 de la LRC 20/2011, introduciendo la misma rigidez que se achaca al método conflictual. La opción elegida por el legislador español se aleja de una parte de la doctrina internacional, que plantea el reconocimiento de los documentos extranjeros desde el enfoque del sector de la eficacia extraterritorial¹⁰⁷, eclipsando la utilización del conflicto de leyes¹⁰⁸ y sin tener tan presente la armonía de soluciones representativa del método de referencia al ordena-

de estado civil (a propósito de la Sentencia del TJCE de 14 de octubre de 2008: Grunkin-Paul y Standesamt Stadt Niebüll), *La Ley*, 2009, núm. 7104, pp. 1-7). Es preciso llamar la atención, como lo hace la doctrina, acerca de la utilización cada vez más frecuente por parte del legislador tanto del ámbito internacional como nacional, del “principio del reconocimiento” (o “principio de la reconocibilidad”) para dar respuesta a las cuestiones que se suscitan, en particular, en lo que se refiere al nombre de las personas físicas, que estaría amparado –a juicio de la doctrina– en la tutela internacional de los derechos del hombre, como destaca S. TONOLO, “Il riconoscimento di atti e provvedimenti stranieri concernenti il diritto al nome nell’ordinamento italiano”, *Riv.dir.int.priv.e proc.*, 2009, núm. 4, pp. 849-869, en espec. p. 851. En este sentido también J. ROSSOLILLO, *Identità personale e Diritto internazionale privato*, Padova, CEDAM, 2009.

¹⁰⁵ *Vid.* A. LARA AGUADO, “Artículo 98. Certificaciones de asientos extendidos en el extranjero”, en J. A. COBACHO GÓMEZ y A. LECIÑENA IBARRA (dirs.), *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp. 1347-1357.

¹⁰⁶ En este sentido, véase FJº VI de la STS de 17 de abril de 2018 (Roj: STS 1281/2018 - ECLI: ES: TS: 2018:1281, CEN-DOJ, Consejo General del Poder Judicial), donde se discute sobre la prescripción de la acción de reclamación de la paternidad, que según el Derecho suizo aplicable conforme al art. 9.4 Cc español, establece un plazo de un año en el art. 260 Cc suizo. Y es que la legitimación para impugnar está sujeta a límites, incluidos los temporales, que supone una ponderación de los principios e intereses en juego, como el descubrimiento de la verdad biológica, la tutela judicial efectiva, la estabilidad de la situación del hijo y, sobre todo, el prevalente interés del menor imperante en ambos ordenamientos jurídicos.

¹⁰⁷ Aunque esta metodología conlleva riesgos. Las dificultades inherentes al método de reconocimiento en otras instituciones han sido expuestas por P. LAGARDE, “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d’unification: quelques conjectures”, *RebelsZ*, 2004, pp. 225-243.

¹⁰⁸ Tal y como ha declarado elegantemente G. P. ROMANO, “La bilatéralité éclipse par l’autorité. Développement récents en matière d’état des personnes”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2006-III, pp. 457-519.

miento competente¹⁰⁹. En realidad, según la postura de un sector de la doctrina española¹¹⁰, existe un falso problema: si entre las condiciones del reconocimiento consta el verificar la situación a la luz de la ley española, no debería importar que la solución se centrara en un acercamiento de ley aplicable o, en su caso, a una condición de reconocimiento. Llama la atención que este tipo de control conflictual ni siquiera aparezca en el régimen instaurado para el reconocimiento de resoluciones extranjeras (*vid.* art. 96 de la LRC 20/2011)¹¹¹. Esta distinción puede estar ocasionada por el *privilegio* del reconocimiento, que parte de una situación ya existente y en cierta medida cristalizada por el carácter decisorio del acto público extranjero, mientras que no lo tendría la situación de la que meramente diera fe un acto público extranjero, que es provisional y puede que no haya pasado filtro alguno.

39. La solución implantada en la LRC 20/2011 llevaría a no beneficiar el *favor filii*, ya que si se rechaza la inscripción de lo contenido en la certificación extranjera donde consta el dato de la paternidad por no superar los controles exigidos por el Derecho internacional privado español podría, incluso, vulnerar el art. 7 del Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Por esta razón, se debe procurar la efectividad del derecho del hijo a una sola identidad para la continuidad en la estabilidad del estado civil de filiación en los dos Estados¹¹², evitando con ello situaciones claudicantes.

3. La aplicación del art. 9.4 Cc en el ámbito registral

40. Al margen del debate metodológico que acabamos de exponer, lo que parece evidente es que el Encargado del Registro Civil español se muestra apático respecto a la aplicación del art. 9.4 Cc en el control de la legalidad de la certificación extranjera que contiene los datos de filiación en los expedientes de nacimiento de los naturalizados españoles y de los que optan o se les atribuye la nacionalidad española¹¹³.

41. Cuando se produzca la entrada en vigor del art. 98 LRC 20/2011, la autoridad registral española deberá constatar los datos de filiación contenidos en una certificación registral extranjera acorde al art. 9.4 Cc en la versión resultante de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia que rige para el carácter y los medios de determinación y la filiación¹¹⁴. La actual norma de conflicto ha eliminado la problemática del conflicto móvil al fijar la apreciación del punto de conexión en el “momento del establecimiento de la filiación”. En consecuencia, se acota las conexiones que han de ser retenidas por el aplicador del derecho, logrando incluso un plus de seguridad jurídica para los particulares.

¹⁰⁹ Vid. P. PICONE, “Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé”, *Recueil des Cours*, 1999, t. 276, pp. 9-296, en espec. pp. 54-59; P. MAYER, “Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé”, *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 547-574, en espec. p. 564.

¹¹⁰ Cf. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero: Derecho positivo y propuesta de cambio”, *AEDIPr*, T. X, 2010, pp. 339-377.

¹¹¹ Vid. N. MARCHAL ESCALONA, “Artículo 96. Resoluciones judiciales extranjeras”, en J. A. COBACHO GÓMEZ Y A. LECIÑENA IBARRA (dirs.), *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp. 1311-1330.

¹¹² En general, sobre el reconocimiento internacional del Derecho a la identidad y su vinculación con la identidad biológica *vid.* S. SALVADOR GUTIÉRREZ, “Derecho a la identidad”, *AC*, 1999, núm. 45, pp. 1469-1497, en espec. pp. 1471-1478; B. GÓMEZ BENGOCHEA, *Derecho a la identidad y filiación. Búsqueda de orígenes en adopción internacional y en otros supuestos de filiación transfronteriza*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 49-64.

¹¹³ En expedientes de inscripción de filiación paterna, encontramos ejemplos en las Resoluciones de la DGRN 79ª; 80ª; 81ª y 82ª de 11 de diciembre de 2013, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXVIII, 2 de abril de 2014, pp. 21-27; 9ª; 51ª y 52ª de 27 de Marzo de 2015, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXIX, 19 de agosto de 2015, pp. 36-45.

¹¹⁴ BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015. La redacción actual del punto cuarto del art. 9 del Cc se debe al apartado uno del artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Al respecto de la actual normativa conflictual de filiación, véase Mª. D. ADAM MUÑOZ, “La nueva regulación de la filiación natural en el derecho internacional privado español”, *CDT*, vol. 8, núm. 2, 2016, pp. 34-54; I. LORENTE MARTÍNEZ, “Filiación natural. El artículo 9.4 del código civil y el triunfo de la residencia habitual del hijo”, *CDT*, vol. 10, núm. 1, 2018, pp. 592-600.

42. Ahora bien, el nuevo art. 9.4 Cc español crea una gran incertidumbre a la hora de precisar “el momento” de la ley aplicable para determinar la filiación si el hijo ha tenido su residencia habitual en varios países o ha cambiado de nacionalidad a lo largo del tiempo e, incluso, cuando la filiación aún no está establecida. Precisamente, la consideración del momento de fijación de la paternidad en las inscripciones de nacimiento de los naturalizados españoles puede ser confusa. Lo cierto es que una interpretación literal del art. 9.4.I Cc genera una laguna legal, al no precisar textualmente el momento temporal en el que debe tenerse presente la residencia habitual del hijo o la nacionalidad del mismo¹¹⁵.

43. Algunas legislaciones extranjeras han resuelto dicha problemática puntualizando que el momento adecuado es el del nacimiento del hijo¹¹⁶. Un sector de la doctrina española considera que lo idóneo para localizar el punto de conexión es el de la presentación de la demanda judicial de filiación¹¹⁷, si este fuese el caso. Particularmente, en los expedientes de inscripción de nacimiento, consideramos que para fijar la conexión del art. 9.4 Cc debemos precisar el momento de la inscripción registral del nacimiento del hijo, por ser el más vinculado en el asunto, más aún cuando ya se han desplegado efectos derivados del establecimiento de la filiación. La utilización de este momento puede conducir a ciertos riesgos, pues aunque el nacimiento del hijo dote de seguridad jurídica y certeza al operador jurídico y a las partes implicadas, puede que no exprese la realidad de la relación jurídica de paternidad o maternidad que se trate de establecer, toda vez que el individuo al nacer tuviera su residencia habitual en un país con el que no ha vuelto a tener el más mínimo contacto. De esta manera, se quebraría con el principio de proximidad de la ley aplicada a una determinada relación jurídica.

44. Dado que la fijación del punto de conexión acarrea consecuencias negativas, consideramos que la redacción del art. 9.4.I Cc español hubiera sido más afortunada si el legislador hubiera determinado el momento para la valoración de la residencia habitual o de la nacionalidad del hijo. Este podría haber sido el de la presentación de la demanda o el del inicio del expediente registral de filiación, siempre que se lograra con ello el *favor filii*, locución que podría servir de cláusula de cierre del precepto. En todo caso, para solucionar dicha cuestión, entendemos que el precepto actual ha de interpretarse en esta dirección.

45. Al parecer, la práctica de la DGRN apuesta por aplicar la ley de la residencia habitual del interesado que tenga momento en que se suscita la problemática derivada del expediente registral concreto¹¹⁸. Sin embargo, en otros ámbitos, la DGRN lo precisa de manera diferente. Así, en la determinación de la ley aplicable a la fiscalización del consentimiento y de la capacidad nupcial del contrayente, el Centro Directivo tiene en cuenta la ley nacional del participante que ostentara en el momento exacto de la celebración del matrimonio¹¹⁹, rechazando aplicar la que tuviera cuando se promueve el expediente para registrar el enlace.

¹¹⁵ A.-L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado...* pp. 403-404, que exponen que la solución propuesta en el inciso primero del art. 9.4 Cc, consistente en congelar los puntos de conexión en el momento de presentación de la demanda ante los tribunales españoles, es adecuada, conveniente y positiva y exponen varias razones. No obstante, mencionan una consecuencia negativa, porque dicha solución puede fomentar las conductas estratégicas y fraudulentas, pues el hijo puede cambiar de nacionalidad o de residencia habitual con el único objetivo de provocar la aplicación de una Ley estatal que le resulta favorable a sus intereses. Se trata, sin embargo, de un inconveniente que posee mecanismos para luchar contra el mismo, a través de la excepción de fraude de ley internacional.

¹¹⁶ Tales como el art. 2632 del Cc y Comercial Argentino, que establece que el establecimiento y la impugnación de la filiación se rigen, alternativamente, por: a) El derecho del domicilio del hijo al tiempo de su nacimiento”; art. 311-14 Cc francés; art. 33 de la Ley italiana de 1995, el art. 28 de la Ley rumana de 1992, o el art. 25.1 de la Ley austriaca de 1978.

¹¹⁷ M^a. D. ADAM MUÑOZ, “La nueva regulación de la filiación natural...”, *loc. cit.*, pp. 42 y la doctrina citada en nota 29.

¹¹⁸ *Vid.* lo dispuesto en el FD 3^o de la RDGRN (33^a) de 30 de octubre de 2015, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXX, de 2 de marzo de 2016, pp. 41-45, en el que se destaca que el Centro Directivo prefirió comprobar la vigencia de la presunción de paternidad del marido de la madre en la época de nacimiento de la hija según lo dispuesto en la ley española acorde con la actual residencia habitual de la hija, rechazando el derecho extranjero coincidente con el momento del nacimiento de la menor.

¹¹⁹ *Vid.* RDGRN de 7 de julio de 2005 (*BOE* núm. 215, de 8 de septiembre de 2005). En igual sentido, el FJ^o IV de la RDGRN (18^a) de 21 diciembre de 2010, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXV, de 1 de octubre de 2011, pp. 519-520; FJ^o VI de la RDGRN (42^a) de 17 abril de 2015, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXIX 10 de noviembre de 2015, pp. 934-936; FJ^o VI de la RDGRN núm. 90/2014 de 12 mayo, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXIX, de 21 de enero de 2015, pp. 379-382.

46. En cualquier caso, entendemos que el art. 9.4.I Cc por el Encargado del Registro Civil sirve para resolver los controles necesarios en el reconocimiento de una situación ya creada en el extranjero. El legislador español ha diseñado una norma de conflicto materialmente orientada que persigue aumentar las oportunidades de acreditación de la filiación del hijo¹²⁰. Por tanto, cualquier opción que sea tomada no puede desconocer que el fundamento del reconocimiento reside en el derecho del individuo a no encontrarse con demasiados obstáculos para procurar la continuidad de su situación en el Estado de acogida. Precisamente, si se traslada este objetivo al ámbito de la filiación tendrá que enlazarse con el *favor filii* como punto de vista constitucional y apoyado en la normativa legal internacional vigente para España que recoge, defiende y promociona los derechos humanos. Y es que el objetivo central es favorecer al *favor filii* en la validez de la filiación realizada en el extranjero, junto con el principio de estabilidad de este estado civil. Ello resulta extraordinariamente conveniente, provechoso y apropiado para interpretar la función del art. 9.4.I Cc en relación con la normativa que regula el acceso al Registro Civil español de los documentos extranjeros, que impone el control del acto contenido en ellos mediante las reglas españolas de ley aplicable.

46. En definitiva, desde nuestro punto de vista, la exigencia conflictual planteada en el control de reconocimiento no puede convertirse en el subterfugio legal por excelencia por parte de la autoridad registral española para rechazar cualquier acto que “aparentemente” no cumpla lo impuesto en las diversas leyes que rigen la cuestión de la filiación.

IV. Consecuencias de la filiación paterna contradictoria en el acceso a la nacionalidad española

1. Importancia de la inscripción del dato de paternidad en la atribución/opción a la nacionalidad española y en los naturalizados españoles

47. Con motivo de las solicitudes de inscripción de nacimiento de los naturalizados españoles, de los que optan o se les atribuye la nacionalidad española surgen situaciones de paternidad contradictoria en supuestos de tráfico externo, tal y como se plasma en las múltiples resoluciones de la DGRN. En este epígrafe las hemos dividido en tres grupos, en función de los efectos que produce la no inscripción del dato del padre en el Registro Civil español y su impacto en la fase previa o posterior al acceso a la nacionalidad española.

48. Por un lado, existe un grupo de Resoluciones de la DGRN que niegan el acceso del dato de paternidad recogido en Registros civiles extranjeros, lo que motiva que decaiga el derecho de atribución a la nacionalidad española por *ius sanguinis* del descendiente de un sujeto español en aplicación del art. 17.1.a) Cc español¹²¹. En lo que concierne a los nacidos en Venezuela, nuestra autoridad registral viene rechazando la inscripción del dato del padre español por no considerar destruida la presunción de la filiación matrimonial cuando la madre continuaba casada con un ciudadano venezolano en la época del nacimiento del hijo¹²². Por su parte, acerca de los nacimientos ocurridos en Cuba, la

¹²⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ley aplicable a la filiación por naturaleza: de la ley nacional a la ley de la residencia habitual del hijo”, *REDI*, 2016-II, vol. 68, pp. 157-182.

¹²¹ Como por ejemplo en la citada RDGRN (26ª) de 23 de febrero de 2018, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXXIII, núm. 2.215, enero de 2019, pp. 28-31.

¹²² RDGRN (13ª) de 27 de marzo de 2015, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXIX, 19 de agosto de 2015, pp. 18-21. Igual respuesta se otorga en RsDGRN (6ª) de 13 octubre de 2008, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXIII, Octubre de 2009, pp. 229-231; (5ª) de 6 junio de 2008, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXIII, de 1 al 31 de junio de 2008, pp. 83-85; (5ª) de 25 de marzo de 2008, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXIII, abril de 2009, pp. 40-42; (2ª), de 28 de diciembre de 2010, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXV, de 1 de octubre de 2011, pp. 10-11, donde se dispone que “no procede la inscripción de nacimiento fuera de plazo al no estar acreditado que la persona interesada de nacionalidad venezolana sea hijo o hija de padre español, por estar afectada la filiación por la presunción de paternidad matrimonial que no ha sido destruida”. En igual sentido, el FJ V de la RDGRN (4ª) de 9 julio de 2008, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXIII, agosto 2009, pp. 103-107, dispone que “según el conocimiento adquirido de la legislación venezolana, en particular el art. 197 del Cc venezola-

DGRN no recoge el dato de la paternidad en la inscripción de nacimiento fuera de plazo, al no quedar acreditado que el hijo o hija sea de padre español, por estar afectada dicha filiación por la presunción de paternidad matrimonial sin que haya quedado destruida¹²³. Con resultado similar, se rechaza inscribir la paternidad de un español respecto de un hijo nacido en Perú de madre peruana que seguía casada en la época del alumbramiento¹²⁴. En el expediente de inscripción dentro de plazo de un nacimiento acaecido en España, el Centro Directivo tampoco considera oportuno registrar la paternidad de un español, ya que la progenitora brasileña mantenía vigente su enlace matrimonial con otro ciudadano español en la época del alumbramiento del hijo¹²⁵.

49. Por otro lado, existe otro grupo profuso de resoluciones de la DGRN relacionadas con iberoamericano de origen que optan a la nacionalidad española en sus diferentes modalidades¹²⁶, y que, sin embargo, tienen dificultades en el acceso de su paternidad en la inscripción de nacimiento¹²⁷ por resultar afectada por la presunción matrimonial. Necesariamente, según dispone el art. 68 de la LRC, el extranjero debe efectuar la inscripción previa de nacimiento antes de inscribirse la nacionalidad española adquirida para que, además, se recojan los datos de su filiación.

50. En la nacionalidad española concedida por opción, el criterio sobre el que gira la actuación de la DGRN se condiciona a la prueba del vínculo de filiación que resulte de la certificación de nacimiento del Registro local extranjero y a su eficacia registral en España ajustada a las garantías de autenticidad y veracidad (arts. 23 LRC y 85 RRC). Por tanto, estando la madre casada cuando tuvo lugar el alumbramiento, es improbable la inscripción de la paternidad extramatrimonial del hijo recogida en la certificación extranjera, salvo que se desvirtúe conforme a la normativa aplicable acorde al art. 9.4 Cc español. Tal negativa comporta la pérdida del derecho de opción basada en el art. 20.1.a) Cc para el que ha estado sujeto a la patria potestad de un español. Precisamente, este es el resultado al que se llega en

no..., si la madre es casada y el alumbramiento ha tenido lugar, como ha sucedido en este caso, estando vigente su matrimonio y antes de transcurridos trescientos días desde la separación legal o de hecho de los cónyuges, es obligado inscribir la filiación matrimonial, dada la fuerza probatoria de la presunción de paternidad del marido de la madre y siendo en este caso el marido y la madre venezolanos. La nacionalidad del nacido será la venezolana hasta que no llegue a desvirtuarse la eficacia probatoria de tal presunción y conste acreditada la paternidad del español quien manifiesta ser el padre biológico...".

¹²³ A modo de ejemplo, véase la RDGN 27 de septiembre de 2008, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXIII, Octubre de 2009, pp. 85-86. Por otro lado, la existencia de expedientes de inscripción de filiación paterna son las RsDGRN 79ª; 80ª; 81ª; 82ª de 11 de diciembre de 2013; 9ª; 51ª y 52ª de 27 de Marzo de 2015, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXIX, 19 de agosto de 2015, pp. 36-45.

¹²⁴ RDGRN (8ª) de 21 de diciembre de 2011, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXVI, 3 de mayo 2009, pp. 7-9.

¹²⁵ RDGRN de 23 octubre 1995 (RJ 1995\9569).

¹²⁶ Las reglas generales de opción quedan recogidas en el art. 20 del Cc español, que van a ser utilizadas para los hijos menores de extranjeros que han adquirido la nacionalidad española. Este derecho de opción queda sujeto a un periodo máximo de hasta dos años después de haber obtenido la mayoría de edad, siempre que el hijo fuera menor de edad cuando su progenitor adquirió la nacionalidad española (art. 20.1.a) Cc español). También, el derecho de opción se efectúa por las personas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España (art. 20.1.b) Cc español), norma destinada a emigrantes o hijos de emigrantes o cuando la madre española perdió su nacionalidad originaria por matrimonio. Al margen de esta regulación y conforme a la DA 7ª de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre de Memoria Histórica que se reconocen y amplían derechos a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura (*BOE* núm. 310, de 27 de diciembre de 2007), que se desarrolla en la Instrucción de 4 de noviembre de 2008 (*BOE* núm. 285, de 26 de noviembre de 2008). Por esta vía son beneficiarios de un derecho de opción a la nacionalidad española las personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español o los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio pueden formalizar su declaración en el plazo de duración de esta normativa. Al respecto, véase RDGRN (53ª) de 30 marzo de 2015, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXIX, 19 de agosto de 2015, pp. 560-564.

¹²⁷ Estas inscripciones de nacimiento son consecuencia de la adquisición de la nacionalidad española por ciudadanos cuyo lugar de nacimiento es un país extranjero. En consecuencia, los interesados pueden solicitar, en el momento de levantarse el acta de juramento o promesa de fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las Leyes, que se extienda la inscripción de nacimiento en el Registro Civil Municipal correspondiente al domicilio en el que se haya instruido el oportuno expediente registral. En otro caso se estará a la regla general prevista en el art. 16 de la LRC y art. 68 del RRC, por la que "los nacimientos [...] se inscribirán en el Registro Municipal o Consular del sitio en que acaecen [...]. Cuando sea competente un Registro Consular, si el promotor está domiciliado en España, deberá practicarse antes la inscripción en el Registro Civil Central [...]."

las solicitudes de inscripciones de nacimiento concernientes a los optantes menores colombianos¹²⁸ o venezolanos¹²⁹, residentes en sus países de origen e hijos de padre español. En relación con el derecho de opción del art. 20.1.a) de los menores cubanos y con residencia en dicho país, existen múltiples resoluciones de la DGRN¹³⁰. Si nos detenemos en alguna de ellas, como la RDGRN (51ª) de 26 de Marzo de 2015¹³¹, comprobamos que el control de los datos de la filiación contenidos en las certificaciones de nacimiento del Registro civil cubano se vigilan por nuestra autoridad registral conforme al ordenamiento cubano, por ser la ley de residencia habitual del hijo (art. 9.4 Cc español). Por tanto, para controlar la legalidad del dato de la filiación se estará a lo dispuesto en el art. 74 del CF cubano, que recoge una presunción de paternidad matrimonial equiparable a la del art. 116 del Cc español. Como complemento a esta normativa, el art. 6 CF cubano exige aportar una certificación médica de embarazo cuando la mujer divorciada pretenda contraer nuevo matrimonio antes de los 300 días de la disolución. Si no es así, habrá que acudir a la vía judicial ordinaria para establecer la paternidad en dichas circunstancias. Por tanto, la conclusión es que la normativa de la presunción de paternidad y su destrucción contenida en la legislación cubana es similar a la española. A pesar de una práctica registral cubana inadecuada, afirmación que podemos extraer de la doctrina de la DGRN, desde el punto de vista español, dicha paternidad contradictoria queda rechazada.

51. Asimismo, surge la cuestión preliminar de la determinación de la filiación para ejercer la opción a la nacionalidad española de aquellas personas "cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español", según quedó previsto en el apartado 1 de la Disposición Adicional Séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre¹³². La DGRN deniega el derecho a optar a la nacionalidad española de origen a los ciudadanos cubanos que no acrediten ser hijos de padre que hubiere sido originariamente español si no queda desvirtuada la presunción de paternidad matrimonial de su madre¹³³. Tampoco se inscribe del dato del padre español de hijos venezolanos, al no desvirtuar la presunción de filiación matrimonial, perdiendo el derecho a optar a la nacionalidad española de origen por la Ley de Memoria Histórica¹³⁴.

¹²⁸ RDGRN (2ª) de 28 noviembre de 2014, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXIX, del 1 al 30 de noviembre de 2014, pp. 491-494.

¹²⁹ RDGN (6ª) de 7 mayo de 2008, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXIII, mayo 2009, pp. 51-53; RDGRN (3ª) de 25 de febrero de 2009 (JUR 2010\11127).

¹³⁰ Muestra de ello, entre otras, son las RsDGRN (22ª) de 9 de febrero de 2018, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXXIII, núm. 2.215, enero de 2019, pp. 69-72; (1ª) (2ª) (30ª) de 23 de febrero de 2018, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXXIII, núm. 2.215, enero de 2019, pp. 153-160; (3ª) (4ª) (5ª) (6ª) (7ª) (12ª) y (13ª) de julio de 2018, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXXIII, núm. 2.219, mayo de 2019, pp. 152-167; (1ª) de 28 de marzo de 2018; (39ª) de 23 de marzo de 2018, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXXIII, núm. 2.216, febrero de 2019, pp. 21-23; 221-223; (17ª) de 13 de abril de 2018, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXXIII, núm. 2.216, febrero de 2019, pp. 227-230; (33ª) de 6 de abril de 2018, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXXIII, núm. 2.216, febrero de 2019, pp. 22-24. Asimismo, las RsDGRN (54ª) de 9 de octubre de 2015, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXX, 2 de marzo de 2016, pp. 32-35; (40ª) de 23 de octubre de 2015, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXX, 2 de marzo de 2016, pp. 38-41; (69ª) de 21 de octubre de 2014, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXIX, de 1 al 31 de octubre de 2014, pp. 46-48.

¹³¹ *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXIX 19 de agosto de 2015, pp. 36-38.

¹³² Mª. A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, "Ley de Memoria Histórica: el derecho de opción a la nacionalidad española", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLII, núm. 125, mayo-agosto de 2009; N. GONZÁLEZ MARTÍN, "Ley de Memoria Histórica Española. Ley 52/2007 de 26 de diciembre, por la que se Reconocen y Amplían Derechos y se Establecen Medidas a Favor de Quienes Padecieron Persecución o Violencia Durante la Guerra Civil y la Dictadura", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLI, núm. 122, mayo-agosto de 2008, pp. 979-991.

¹³³ Tal y como sucede en las RsDGRN (22ª) de 9 febrero de 2018, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXXIII, núm. 2.215, enero de 2019, pp. 69-72; (1ª) de 2 de junio de 2017, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXXII, núm. 2209 junio de 2018, pp. 90-94; (3ª) de 28 de abril de 2017 y (6ª) de 28 de abril de 2017, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXXII, núm. 2207, abril de 2018, pp. 74-85; (10ª) de 17 de abril de 2015, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXIX, de 10 de noviembre de 2015, pp. 35-39; (28ª) de 26 de febrero de 2016, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXXI, de 7 de marzo de 2017, pp. 319-323; (45ª) de 18 de diciembre de 2015 *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXX, 15 de junio de 2016, pp. 339-342; (17ª) de 20 de noviembre de 2015, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXX, 4 de mayo de 2016, pp. 30-32; (55ª) 2 de octubre de 2015, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXX, 2 de marzo de 2016, pp. 228-232; (43ª) 23 de octubre de 2015, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXX, 2 de marzo de 2016, pp. 815-817.

¹³⁴ Tal y como se dispone en las RsDGRN (52ª) de 1 de abril de 2015, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXIX, 10 de noviembre de 2015, pp. 153-157; (30ª) de 1 de abril de 2015, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXIX, 10 de noviembre

52. En definitiva, la negativa de no inscribir el dato de la paternidad recogido en un Registro extranjero tiene consecuencias registrales para los ya naturalizados españoles de origen iberoamericano - que son, por tanto, plurinacionales-. Principalmente, nos referimos a la no atribución del apellido paterno que debería figurar en la inscripción de nacimiento practicada por la autoridad registral española a raíz de su acceso a la nacionalidad española. Ello se evidencia, en particular, en supuestos de ciudadanos originarios de Colombia¹³⁵, de Ecuador¹³⁶ y, principalmente, de Cuba¹³⁷. En ocasiones, puede existir la posibilidad de inscribir el dato del padre y el apellido paterno cuando se declara probada la separación de hecho del matrimonio de la madre, circunstancia que se desprende, por ejemplo, de una sentencia judicial de divorcio aportada por el interesado, de manera que resulte acreditado que ha transcurrido más de trescientos días desde el nacimiento¹³⁸.

2. Valoración de la postura de la DGRN

53. Como hemos adelantado, cuando se procura hacer valer en España una paternidad diferente a la del marido de la madre, la postura general de la DGRN se ajusta a no hacer constar el dato del padre que viene reflejado en la certificación de nacimiento extranjera si colisiona con la presunción de filiación matrimonial del art. 116 Cc. Esta solución puede tener mayor o menor transcendencia, dependiendo de los efectos que origine para el interesado. Desde nuestro punto de vista, vamos a evaluar tres aspectos de la postura de la DGRN.

54. En primer lugar, uno de los asuntos que nos sorprende es el uso estandarizado de la aplicación del art. 116 Cc para negar la inscripción de la paternidad por el Encargado del Registro Civil y por la DGRN. Salvo excepciones, como la RDGRN (51ª) de 26 de Marzo de 2015¹³⁹ donde sí se tiene en cuenta la normativa cubana como *lex causae*, el art. 116 Cc alcanza a todos los supuestos de filiación, con independencia de si se trata o no de una situación privada internacional, convirtiéndose en una norma material imperativa¹⁴⁰. La intervención pre conflictual de la norma sustantiva de presunción de la paternidad matrimonial concluirá siempre en la aplicación de la *lex fori* como forma sencilla de alcanzar la justicia

de 2015, pp. 148-152; (47ª) y (48ª) de 27 de marzo de 2015, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXIX, 19 de agosto de 2015, pp. 509-518.

¹³⁵ Como en las RsDGRN (8ª) de 24 de junio de 2016, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXXI, núm. 2198, de 20 de junio de 2017, pp. 612-615; (2ª) de 28 de octubre de 2016, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXXI, núm. 2202, 6 de noviembre de 2017, pp. 27-30; (32ª) 26 de marzo de 2015, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXIX, 19 de agosto de 2015, pp. 33-35; (2ª) de 29 de diciembre de 2010, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXV, de 1 de octubre de 2011, pp. 13-14.

¹³⁶ RDGRN (40ª) de 5 de septiembre de 2012, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año XLVII, de 20 de marzo de 2013, pp. 4-6.

¹³⁷ A modo de ejemplo, entre otras, véase las resoluciones de las RsDGRN (6ª) de 8 de septiembre de 2017, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXXII, núm. 2211, septiembre de 2018, pp. 27-30; (38ª) de 7 de abril de 2017, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXXII, núm. 2207, abril de 2018, pp. 9-11; (19ª) de 24 junio de 2016, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXXI, núm. 2198, de 20 de junio de 2017, pp. 45-47.

¹³⁸ RsDGRN (34ª) de 29 de octubre de 2014, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXIX, de 1 al 31 de octubre de 2014, pp. 51-54; (51ª) de 26 de Marzo de 2015, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXIX, 19 de agosto de 2015, pp. 36-38; RDGRN (37ª) de 23 de marzo de 2018, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXXIII, núm. 2.216, febrero de 2019, pp. 214-217.

¹³⁹ *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXIX, 19 de agosto de 2015, pp. 36-38. Con similar respuesta, *vid.* el FJº VI de la RDGRN (30ª) de 1 de Abril de 2015, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXIX, de 10 de noviembre de 2015, pp. 283-287; FJº VI de la RDGRN (52ª), de 1 de Abril de 2015, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXIX, de 10 de noviembre de 2015, pp. 153-157.

¹⁴⁰ Una parte de la doctrina viene calificando a dicha regla con absoluta imperatividad, tal y como expone H. CORRAL TALCIANI, "La filiación matrimonial", *Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo*, Año 4º, núm. 7, 2003, pp. 241-262, disponible en <https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/la-filiacion-matrimonial.pdf> (consultado 18 de mayo de 2020). En general, sobre las normas imperativas *vid.* J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, "Art. 12.6º", *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I., vol. 2, 2ª edic., Madrid, Edersa, 1995, pp. 973-1082; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Sobre la norma de conflicto y su aplicación procesal*, Madrid, Tecnos, 1994; Ph. FRANCESKAKIS, "Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1966, pp. 1-18; P. KINSCH, "L'autolimitation implicite des normes de Droit privé material", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2003-III, pp. 403-435.

material que los derechos fundamentales encarnan¹⁴¹. No obstante, la citada disposición no debe emerger como una norma material imperativa con alcance internacional, al no aparecer en el ordenamiento español con un alto grado de imperatividad como para autolimitar el alcance del art. 9.4 Cc. Ciertamente, en el Derecho español de filiación predomina la imperatividad interna como rasgo distintivo del sector¹⁴², tal y como ocurre con la materia especialmente sensible recogida en el art. 116 Cc español. Aunque con la aplicación de esta regla de presunción se podría justificar la salvaguardia del interés público, realmente no se impide el derecho a la búsqueda de la verdad biológica, por lo que la DGRN no debería elevarla a la categoría de una ley de policía con alcance en las situaciones privadas internacionales¹⁴³.

55. Por otra parte, podríamos pensar que la función que cumple la presunción de paternidad matrimonial en el Derecho español vendría vinculada a la imperatividad de la normativa registral. El principio de legalidad que rige en el Registro Civil somete toda su actividad a una cuidadosa reglamentación legal, que se traduce en varias garantías. La primera de ellas sería la exactitud registral conseguida por el único acceso al Registro de los hechos ciertos y debidamente comprobados¹⁴⁴. La segunda garantía consiste en el control de legalidad a través de la potestad calificadora atribuida al Encargado del Registro (art. 30.2 LRC de 2011), lo que supone la consecución de la legalidad *stricto sensu*, por tanto lo relativo a la verdad biológica¹⁴⁵. De ello deriva que si la paternidad matrimonial fundada en el art. 116 Cc finalmente se inscribiera en el Registro Civil español, la persona no identificada como progenitor tendría que reclamar e impugnar la inscrita a través de una resolución judicial, dado que una inscripción registral sólo puede rectificarse mediante sentencia. Por tanto, podríamos entender que la imperatividad del art. 116 Cc vendría determinada por la relevancia de la normativa registral, alcance otorgado por las autoridades registrales españolas para rechazar la inscripción de paternidades contradictorias recogidas en la certificación extranjera. En otros términos, la verificación efectuada para garantizar la adecuación a la realidad vendría derivada de la seguridad de los principios inspiradores del Registro y de la propia función registradora¹⁴⁶.

56. A pesar de que en ocasiones se podría llegar a este mismo resultado, el control intrínseco de las certificaciones de nacimiento procedentes del extranjero que contienen el dato del padre debe ser

¹⁴¹ Vid. C. LABRUSSE, “Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale: (à propos de la décision du Tribunal Constitutionnel fédéral du 4 mai 1971)”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1974, pp. 1-46, en espec. p. 20; A. BUCHER, “L’ordre public et le but social des lois en droit international privé”, *Recueil des Cours*, 1993-II, t. 239, pp. 9-116, en espec. p. 43.

¹⁴² En general, el Derecho de familia y sucesorio, distinguido por la imperatividad de sus normas, este carácter va disminuyéndose a favor de la autonomía de la voluntad, tal y como se puede comprobar en las normas conflictuales de los instrumentos europeos de la ley aplicable a las relaciones familiares y sucesorias. Ahora bien, en el marco de una relación caracterizada por la desigualdad estructural de las partes, como la de alimentos, este principio sí queda afectado por limitaciones específicas de orden material que acarrea su derogación total o parcial y un restablecimiento de la conexión objetiva materialmente orientada, como ocurre en el Protocolo de Alimentos y la regla *favor creditoris*. Sobre el tema, véase N. CHIKOC BARREDA, “Normas de policía, materialización de soluciones y autonomía de la voluntad en DIPR europeo en materia familiar y sucesoria”, *AEDIPr*, t. XVIII, 2018, pp. 93-125.

¹⁴³ En otros sistemas jurídicos podemos encontrar ejemplos de la existencia de normas materiales imperativas en Derecho de familia, concretamente en la regulación del divorcio, tal y como se puede comprobar en G. MORENO CORDERO, “La identidad causal como condición para el reconocimiento en Colombia de las decisiones españolas de divorcio: Incidencia del Reglamento Roma III”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 30, diciembre 2015, pp.1-40, pp.14-24; *Id.*, “El efecto erga omnes del derecho matrimonial colombiano y su impacto en el Derecho internacional privado”, *Revista Iberoamericana de Derecho internacional y de la Integración*, núm. 8 (octubre-noviembre de 2018), pp.1-24, en espec. pp. 7-14; *Id.*, “Las decisiones extranjeras de divorcio frente a la exigencia de conformidad con el derecho del foro: el ejemplo chileno y peruano”, *Boletín mexicano de Derecho comparado*, núm. 155, enero-abril de 2018, pp. 175-226, en espec. pp.194, 195; 214-222.

¹⁴⁴ Vid. F. LUCES GIL, *Derecho registral civil*, 3ª edición actualizada, Barcelona, Bosch, 1986, pp. 36-37.

¹⁴⁵ El Encargado tiene limitadas sus facultades de calificación y no puede enjuiciar el fondo. La calificación, a los efectos de extender la oportuna inscripción marginal, está limitada al análisis de la competencia y a la clase de procedimiento seguido, formalidades extrínsecas de los documentos presentados y asientos del propio registro. Sin embargo, aunque las facultades calificatorias del Encargado del Registro civil no alcancen a la comprobación de la veracidad de las declaraciones y no queda, por ello, impedida totalmente la eficacia *prima facie* de los llamados reconocimientos de complacencia, resulta obvio que, en armonía con el principio de verdad biológica, informador del Derecho español de filiación, se deba rechazar la inscripción del reconocimiento de la filiación cuando el título formal acompañado de las diligencias comprobatorias oportunas se desprenda que el autor no es el padre biológico del reconocido (art. 30.3 de la LRC de 2011).

¹⁴⁶ Vid. E. Rodríguez Gayán, *Derecho registral civil internacional*, Madrid, Eurolex, 1995, p. 44.

realizado mediante la reglamentación conflictual y descartar la solución registral centrada en la dotación de imperatividad internacional al art. 116 Cc. El ordenamiento jurídico al que lleve la aplicación del 9.4 Cc será el encargado de establecer la virtualidad de dicha presunción y los medios para poder destruirla.

57. En segundo lugar, cuando la inscripción de la paternidad no quede constatada por la vía de un expediente gubernativo, la DGRN apuesta por una solución basada en acudir a la vía judicial ordinaria o iniciar un nuevo expediente gubernativo por la parte interesada, siempre que se presenten las pruebas pertinentes que destruyan la mencionada presunción del art. 116 Cc¹⁴⁷. Esta respuesta puede llevar a resultados insatisfactorios desde el punto de vista de tiempo o incremento económico e, incluso, encontrar ciertas dificultades. Por ejemplo, la vía judicial para reclamar o impugnar la paternidad puede ser inaccesible según la legislación aplicable a la que dirija el art. 9.4 Cc español, ya que al interesado se le impide la acción procesal judicial correspondiente, al quedar prescrita por los plazos de caducidad de las acciones de reclamación o impugnación o, incluso, por falta de legitimación. La solución no reside en derogar las regulaciones sustantivas que contienen la presunción de paternidad matrimonial. Se echan en falta opciones en los sistemas jurídicos que permitan corregir los vínculos paterno-filiales de manera rápida y sencilla, sin necesidad de incurrir en gastos económicos en procesos judiciales, de manera que sean accesibles para los que están siendo perjudicados. Desde nuestro punto de vista, el legislador español no debería permanecer indiferente cuando los hechos y presupuestos en que se funda la presunción de paternidad del marido podrían quedar desvirtuados con ayuda de la ciencia, siempre con el respeto de los derechos fundamentales vinculados al hijo y a los implicados en la determinación de la filiación.

58. En tercer lugar y, por último, a pesar del rechazo de la paternidad constatada en el extranjero, la DGRN ofrece la posibilidad al interesado de solicitar la práctica de una anotación marginal con valor meramente informativo (art. 38.3º LRC)¹⁴⁸ en la inscripción de nacimiento, con la finalidad de que consten sus apellidos conforme a la anterior ley personal¹⁴⁹. A pesar de que esta anotación marginal no constituya la prueba que sí proporciona una inscripción principal, aplaudimos el mecanismo propuesto por la DGRN para evitar los apellidos diferentes en los Estados vinculados del nacido de padre diferente del marido de la madre. No obstante, desconocemos la argumentación legal que ha empleado este Centro Directivo para llegar a esta respuesta. El recurso de la DGRN de conectar con la ley nacional anterior del interesado para poder inscribir su apellido paterno en la inscripción marginal probablemente esté basado en el traslado de lo dispuesto en el art. 199 RRC¹⁵⁰. Desde nuestro punto de vista, para integrar el vacío argumentativo de dicha solución, se debería acudir objetivamente al art. 1 del Convenio de Múnich relativo a ley aplicable sobre nombre y apellidos¹⁵¹, que remite a la ley de la nacionalidad de la persona interesada. Es cierto que, en caso de cambio de nacionalidad de la persona interesada, debe aplicarse la ley del Estado de la nueva nacionalidad. Sin embargo, los naturalizados de origen iberoamericano no son supuestos estrictos de cambio de nacionalidad, porque nos hallamos ante una “doble nacionalidad prevista” del art. 9.9 Cc español. A modo de ejemplo, el que adquiere la nacionalidad española por opción, al igual que el que la consigue por residencia o por carta naturaleza, no renuncia ni pierde su anterior nacionalidad si es de algún país iberoamericano (arts. 23.b y 24.1 Cc español). Así, son dobles nacionales los hijos menores bajo la patria potestad de un español que optan a la nacionalidad española y lo hacen desde su país de origen. La cuestión de sus apellidos se remediará conforme a la ley coincidente con la última residencia habitual o, en su defecto, con la última adquirida

¹⁴⁷ FJº V de la RDGRN (19ª) de 24 junio de 2016, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXXI, núm. 2198, de 20 de junio de 2017, pp. 45-47.

¹⁴⁸ La anotación en el Registro civil con valor simplemente informativo es a petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado (art. 38.4º LRC 1957 y art. 153 RRC).

¹⁴⁹ RDGRN (57ª), de 5 de junio de 2015, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXIX, 3 de Diciembre de 2015. Este tipo de solución recuerda al art. 96.1, último párrafo LRC 20/2011, que regula la posibilidad de anotación registral cuando la resolución extranjera carezca de firmeza o de carácter definitivo.

¹⁵⁰ Por el cual: “El que adquiere la nacionalidad española conservará los apellidos que ostente en forma distinta de la legal, siempre que así lo declare en el acto de adquirirla, o dentro de los dos meses siguientes a la adquisición o a la mayoría de edad”.

¹⁵¹ BOE núm. 303, de 19 de diciembre de 1989.

(art. 9.9 Cc español). Por ejemplo, si tramitan su derecho de opción a la nacionalidad española desde Cuba, habrá que respetar lo contenido en la ley de su residencia habitual cubana. Por el contrario, si lo hacen en España, atenderemos a la ley española. Nos encontramos ante una especie de esquizofrenia en la interpretación de la normativa aplicable a los apellidos de los naturalizados españoles de origen iberoamericano. Esta materia debería ser aclarada, sin duda, por la DGRN.

V. Conclusiones

59. En ciertos países, la realidad variopinta en las relaciones interpersonales tanto *intra* como *extra* matrimoniales, ha originado la precariedad de la presunción de paternidad matrimonial para terminar por inscribir la paternidad del hijo de un tercero diferente al marido de la madre por la autoridad registral competente. Ante este contexto, absolutamente trastocado y bloqueado *ipso iure*, el Registro civil español se ve obligado a rechazar dicha inscripción de la paternidad que, originariamente se registró en el extranjero, y que ahora pretende desplegar efectos en España. Ello, sin duda, merma las expectativas filiales del hijo de mujer casada con padre diferente al marido de su madre.

60. El escenario expuesto surge con motivo de que los ordenamientos jurídicos no articulan adecuadamente el cese de la convivencia marital respecto a la regla *pater is est*. A pesar de ello, hemos comprobado que ciertas regulaciones, en Derecho comparado existe una relajación de la aplicación de la presunción de paternidad matrimonial por las autoridades registrales, como ocurre en Chile o Cuba, con la finalidad de favorecer la inscripción de la filiación biológica del nacido¹⁵², a pesar de los inconvenientes que se pueden ocasionar en situaciones futuras.

61. Las deficiencias detectadas en las normativas sustantivas consultadas que regulan la presunción de la paternidad matrimonial producen lo que hemos denominado paternidades contradictorias, problemática que incide en las relaciones de tráfico externo. La resistencia a inscribir la mención de la paternidad en el Registro español cuando pervive la presunción de filiación matrimonial conduce a la no anotación del apellido paterno, además de la negación del resto de efectos vinculados a la relación filial. Justamente, este tipo de situaciones claudicantes surgen con motivo de las solicitudes de inscripción de nacimiento de los naturalizados españoles, de los que optan o a los que se les atribuye la nacionalidad española, tal y como se constata en las múltiples resoluciones de la DGRN.

62. Cuando la autoridad registral española comprueba el vínculo de filiación contenido en las certificaciones extranjeras recurre sorprendentemente al art. 116 Cc, esto es, a la definición de la presunción de paternidad matrimonial admitida en nuestro ordenamiento, en lugar de apelar a la ley designada por el art. 9.4 Cc. De esta forma, la DGRN le atribuye al a la regla española sobre presunción de paternidad matrimonial de una imperatividad de la que carece, transformándolo en una norma material imperativa con alcance internacional. Sin embargo, debe ser la *lex causae*, como normativa aplicable a tal filiación, la que debe atender a la vigencia o no de la presunción de paternidad del marido de la madre en la época del nacimiento del interesado, así como verificar las vías existentes para quede desvirtuada.

63. Gracias a la modificación de 2015 del sistema español, la solución del art. 44.4 de la LRC favorece la constatación extrajudicial de la paternidad del hijo de madre casada con persona distinta a la que se declara como padre. En estos casos, únicamente se inscribirá la materna y se procede a la apertura de un expediente registral gubernativo para determinar la filiación paterna. A pesar de ello, esta respuesta no atenúa la problemática de paternidad contradictoria que surge a raíz de las inscripciones de nacimiento de ciudadanos que ostentan más de una nacionalidad o de los que van a acceder a la

¹⁵² Según E. GANDULFO RAMÍREZ, "Revisión de la paradoja de la regla de paternidad marital. Un examen analítico...", *loc. cit.*, en espec. p. 104, la autoridad registral debería responder a las expectativas mínimas de informar quién es padre a efectos de la ley para que los interesados tomen la vía que corresponda a las expectativas filiales legales.

nacionalidad española gracias a que su ascendiente es un sujeto español. La dificultad de admisión de pruebas para la destrucción de la presunción *iuris tantum* de paternidad respecto del ex cónyuge de la madre incrementa la incertidumbre del interesado, que se encuentra sin filiación paterna inscrita. Por ello, consideramos que se debería implantar un sistema más flexible de destrucción de la presunción de paternidad matrimonial. Nos agrada conocer si, en el futuro, se dota de cobertura legal a la prueba del ADN en el ámbito administrativo/extrajudicial, recurso que minimizará la problemática derivada de las situaciones claudicantes de filiación acusadas por las nuevas realidades del Registro civil español.

64. En definitiva, la presunción de la paternidad matrimonial, a pesar de su decadencia, sigue influyendo en las situaciones privadas internacionales. La negativa de la autoridad registral español de la inscripción de la filiación paterna proveniente del extranjero originada por la aplicación del art. 116 Cc y la influencia de este rechazo en el acceso a la nacionalidad española pone de manifiesto la necesidad de mejorar los derechos del nacido de padre diferente al marido de la madre. Hasta que llegue una transformación profunda del régimen de la presunción de paternidad matrimonial, se precisa por la DGRN de unas directrices para este tipo de situaciones de tráfico externo en relación con la recepción de pruebas sobre la interrupción de la vida conyugal de la madre en la época de la concepción del hijo. Ello podría contribuir a facilitar la constatación de la paternidad en el Registro Civil español de los que ahora vienen siendo perjudicados.

OVERRIDING MANDATORY RULES IN INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS DISPUTE RESOLUTION. A ROMANIAN PERSPECTIVE

NORMAS DE APLICACIÓN INMEDIATA EN LAS RESOLUCIONES EMITIDAS SOBRE LOS CONFLICTOS DERIVADOS DE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES. UNA PERSPECTIVA RUMANA

CARMEN TAMARA UNGUREANU

*Professor of International Commercial Law
Alexandru Ioan Cuza University, Iasi, Romania*

Recibido: 15.06.2020 / Aceptado: 01.07.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5630>

Abstract: The parties to an international commercial contract can choose the law applicable to their contract, as the party autonomy principle states. The choice is not unfettered, though, and could be inefficient if the chosen law violates public policy or if certain overriding mandatory rules intervene.

In the first part of this study we will try to clarify the terms used, those of *public policy* and *overriding mandatory rules*, by establishing their scope in the Romanian law as linked to the European Union law (I). In the second part, we will examine the usage of overriding mandatory rules and, tangentially, of public policy in disputes arisen from international commercial contracts, decided in national courts and in commercial arbitration. A few hypothetical cases in the context of certain mandatory rules enacted during the current pandemic will be shortly addressed, as well (II).

Keywords: overriding mandatory rules, public policy, international commercial contracts, international commercial arbitration, pandemic

Resumen: Las partes en un contrato comercial internacional pueden elegir la ley aplicable a su contrato, como lo establece el principio de autonomía de la parte. Sin embargo, la elección no se hace sin restricciones y podría ser ineficiente si la ley elegida viola el orden público o si intervienen ciertas normas de aplicación inmediata.

En la primera parte de este estudio, trataremos de aclarar los términos utilizados, los del orden público y de las normas de aplicación inmediata, estableciendo sus alcances en la ley rumana como vinculado al derecho de la Unión Europea (I). En la segunda parte, examinaremos el uso de las normas de aplicación inmediata y, tangencialmente, del orden público en disputas surgidas de contratos comerciales internacionales, decididas en tribunales nacionales y en arbitraje comercial. También se abordarán en breve algunos casos hipotéticos en el contexto de ciertas normas de aplicación inmediata promulgadas durante la pandemia actual (II).

Palabras clave: normas de aplicación inmediata, orden público, contratos comerciales internacionales, arbitraje comercial internacional, pandemia.

Summary: Introductory remarks. I. The notion, the regulation and the scope of public policy and overriding mandatory rules. 1. What does public policy mean in Romanian law (civil law and private international law)? 2. What are the overriding mandatory rules in Romanian and European

Union private international law? II. Overriding mandatory rules in international commercial contracts' dispute resolution. 1. The application of overriding mandatory rules by Romanian courts. 2. Overriding mandatory rules in international commercial arbitration. Final remarks.

Introductory remarks

1. A principle recognized by all modern legal systems¹ is that of party autonomy or of freedom of contract. At a national level, contracting parties may deviate from all the *waivable rules* (*jus dispositivum*) of the law of the State where the contract is concluded and performed, however with the obligation to comply with the mandatory rules². In international contracts the parties are allowed to agree on contractual clauses, amongst which, on the applicable law. But the recognition of party autonomy cannot be tantamount to "a license to legislate"³. This means that the freedom of contract is subject to limitations. In domestic contracts the parties are bound to observe *public policy* and *good morals* (art. 11 Romanian Civil Code)⁴. In international contracts, party autonomy is limited by *public policy* and *overriding mandatory rules*⁵. Whether party autonomy operates in civil law or in private international law/international commercial law, it is always recognized by national rules. Therefore, the parties are allowed by national/domestic norms to choose the applicable law, a law that may be denied if it violates public policy or if certain overriding mandatory provisions intervene. This way, the contractual parties may be faced with a lack of predictability as to the application of the chosen law. Moreover, at the time of the agreement on the contractual terms the law playing the role of *lex limitativa*⁶ is unknown or at least uncertain.

2. There are a few "candidates" for this role: the law of the state the chosen law belongs to (*lex contractus*), the law of the state that would have been applied if the parties had not chosen the law, the law of the competent authority to decide the dispute (*lex fori*)⁷. Is it possible that the law of the state of the arbitral tribunal's seat be the *lex limitativa*, as well? What about the law of the state where the recognition or enforcement of the arbitral award is sought?

3. We will first try to clarify the terms used, those of *public policy* and *overriding mandatory rules*, establishing their scope in Romanian law as linked to the European Union [*hereinafter EU*] law (I). In the second part, we will examine the usage of overriding mandatory rules and, tangentially, of public policy in disputes arisen from international commercial contracts, decided in national courts and in commercial arbitration (II).

I. The notion, the regulation and the scope of public policy and overriding mandatory rules

4. The notions of public policy and overriding mandatory rules, with a close connection between them, are characterized by a high degree of abstraction and imprecision and are difficult to define. While

¹ S. SYMEONIDES, "Party Autonomy in International Contracts and the Multiple Ways of Slicing the Apple", Brooklyn Journal of International Law, 2014, vol. 39, no.3, p. 1128, available at: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1004&context=bjil>, accessed 26.04.2020.

² J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel. Etude prospective de droit international privé*, Établissements Emile Bruylant, Brussels 1992, pp. 132-133; M. V. Jakota, *Drept internațional privat*, vol. II, Fundația „Chemarea” Publishing House, Iași, 1997, pp. 187-188.

³ S. SYMEONIDES, *op. cit.*, p. 1124.

⁴ Law no. 287/2009 regarding the Civil Code, published in Official Gazette of Romania, Part I, no. 511 24.07.2009, as subsequently amended and supplemented.

⁵ Limits on party autonomy could have their source in determining the law applicable through fraud, as well (fraudulent circumvention of the law). However, we will not address this issue here.

⁶ S. SYMEONIDES, "The Scope and Limits of Party Autonomy in International Contracts: A Comparative Analysis", in F. FERRARI/ D. P. FERNÁNDEZ ARROYO (eds.), *Private International Law: Contemporary Challenges and Continuing Relevance*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2019, p. 132.

⁷ S. SYMEONIDES, "Party Autonomy...", *op. cit.*, p. 1130.

public policy can be addressed in both national law and private international law/international commercial law, overriding mandatory rules are specific only to the latter, meaning only to legal relations involving a conflict of laws. With the aim of analyzing the overriding mandatory provisions, the institution of public policy will first be clarified.

1. What does public policy mean in Romanian law (civil law and private international law)?

5. In Romanian civil law, the term of public policy is used in the Civil Code, however, without being defined. Art. 11 Civil Code reads: "One cannot derogate by conventions [...] from *the laws of public policy* [...]". In legal literature, it was considered that public policy consists of a cluster of mandatory provisions with the goal of defending fundamental values of a state, values that express the general interest of society, at a certain time and certain socio-political context⁸. Therefore, *the laws of public policy* are mandatory rules by which the general interest is protected. Going beyond the sphere of private interests, *the laws of public policy* protect the public interests of society.

6. All public policy rules are mandatory rules, but not all mandatory rules are public policy rules⁹. This means that the scope of mandatory rules is wider than that of public policy rules, the latter being a type of the former. The delineation criterion is the *nature of the interest protected* (public or private) by the mandatory rule¹⁰. Mandatory rules may also aim to protect private interests. The difference between public policy rules and mandatory rules protecting private interests consists in the sanction applied (in civil law) in case of their violation: absolute nullity, respectively, relative nullity.

7. According to another criterion, that of the prescribed conduct, legal rules can be mandatory (non-waivable/*jus cogens*) and waivable (*jus dispositivum*). Mandatory rules are those rules of law that cannot be derogated from by agreement. Under *Romanian civil law*, the contractual parties cannot derogate from mandatory rules, which include public policy rules and mandatory rules protecting private interests. However, they may deviate from waivable rules, which protect private interests.

8. In *Romanian private international law*/international commercial law, the meaning of public policy is even more abstract than in civil law, albeit defined. According to art. 2564(2) Civil Code, the public policy encompasses the fundamental principles of the Romanian law, of the EU law and the fundamental human rights. Public policy serves at refusing the application of the foreign law (chosen by the contractual parties or determined by conflict of law rules in the absence of choice) which is incompatible with it. It has been argued in the Romanian legal literature that public policy, both in civil law and in private international law, is based on national law; the only difference between them rests in the intensity they operate¹¹. Nevertheless, public policy performs different functions in civil law and in private international law. In civil law public policy limits contractual freedom, whilst in private international law it limits the application of foreign law or/and it may be used as grounds for refusing the enforcement/recognition of a judgement or arbitral award¹².

⁸ Ș. DEACONU, M. ENACHE, "Ordinea publică în dreptul românesc", in Ș. DEACONU, E. S. TANASESCU (eds.), In Honorem Ioan Muraru. *Despre Constituție în mileniul III*, Hamangiu Publishing House, Bucharest, 2019, p. 112.

⁹ C.T. UNGUREANU, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, 3rd Edition, Hamangiu Publishing House, Bucharest, 2016, p. 6

¹⁰ I. REGHINI, Ș. DIACONESCU, 'Dreptul civil. Norma de drept civil. Raportul juridic civil', p. 31, in I. REGHINI, Ș. DIACONESCU, P. VASILESCU, *Introducere în dreptul civil*, Hamangiu Publishing House, Bucharest, 2013.

¹¹ I. P. FILIPESCU, *Drept internațional privat.*, vol. I, Actami Publishing House, Bucharest, 1997, p. 138; I. MACOVEI, *Drept internațional privat, în reglementarea Noului Cod civil și de procedură civilă*, C.H. Beck Publishing House, Bucharest, 2011, p. 72.

¹² For example, art. 1097 lit. a) and art. 1125 Civil Procedure Code (Law no. 134/2010 regarding the Civil Procedure Code, republished in Official Gazette of Romania, Part I, no. 247, 10.04.2015, as subsequently amended and supplemented).

2. What are the overriding mandatory rules in Romanian and European Union private international law?

9. There is a close connection between public policy in private international law/international commercial law and overriding mandatory rules. Overriding mandatory rules are a specific form of public policy¹³. *The main difference between them is not the content, but the way they operate*. Overriding mandatory rules are provisions that apply *directly* to certain situations, without involving negative/critical assessments regarding the chosen law; their effect is “repellant”: the chosen law is refused without having its content analyzed. Public policy is a negative way, implying the *non-application* of the chosen law, in whole or in part, if it contravenes the public policy of the forum; this time, the refusal is based on the content of the chosen law.

10. Another difference between the overriding mandatory rules and public policy is that the court called upon to decide may apply its own overriding mandatory rules or, under certain restrictive conditions, foreign overriding mandatory rules, but never foreign public policy. If the court refuses to apply a foreign law on the grounds of public policy, it will apply its own law instead (*lex fori*)¹⁴. Also, the issue of overriding mandatory rules rises only when determining the applicable law to the merits of the dispute, whilst public policy could be invoked both at the moment of determining the applicable law and at the recognition/enforcement of the judgment/arbitral award procedures before a foreign authority.

11. According to art. 2566 Romanian Civil Code¹⁵, *overriding mandatory rules are the mandatory rules* of either the forum or, under certain conditions, of a foreign state. It seems that in Romanian law overriding mandatory rules have an excessively broad meaning. As already mentioned, mandatory rules can be both public policy rules and mandatory rules protecting private interests. Under Romanian law every mandatory rule is seen as an overriding mandatory rule.

12. Quite to the contrary, in the Rome I Regulation¹⁶, directly applicable in Romania, as mentioned in art. 9, not all mandatory rules are overriding mandatory ones, but only those “the respect for which is regarded as crucial by a country for safeguarding its public interests, such as its political, social or economic organization”; *per a contrario*, under EU law the rules protecting the *private interests* of a contracting party (for example, in case of imbalance between the franchisor and the franchisee’s

¹³ G.VAN CALSTER, *European Private International Law*, Second dition, Hart Publishing, Oxford, 2016, p. 229. In some legal systems, such as the English one, until the Rome Convention, public policy was the only institution applicable if the law of the contract deviated from the English law; see, J. HARRIS, “Mandatory Rules and Public Policy under the Rome I Regulation”, pp. 297-298, in F. FERRARI/ S. LEIBLE (eds.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier, European Law Publishers, Germany, 2009.

¹⁴ See art. 2564 of Romanian Civil Code [“Refusal of foreign law application. (1) The application of the foreign law is refused if it violates the public policy of Romanian private international law or if the foreign law has become competent by fraudulent circumvention of the Romanian law. In case the application of the foreign law is refused, the Romanian law is applied instead. (2) The application of the foreign law violates the public policy of Romanian private international law insofar as it would lead to a result incompatible with the fundamental principles of the Romanian law or of the law of the European Union and with the fundamental human rights.”] and art. 21 (Public policy of the forum) of the Rome I Regulation: „The application of a provision of the law of any country specified by this Regulation may be refused only if such application is manifestly incompatible with the public policy (*ordre public*) of the forum.”[Regulation (EC) no. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), Official Journal of the European Union, L 177, 4.7.2008].

¹⁵ Art. 2566 Romanian Civil Code, with the title *Overriding mandatory rules* reads: “(1) The mandatory provisions provided by the Romanian law for legal relations involving a foreign element are applicable with priority. In this case, the provisions of this book (Book VII “Provisions of private international law” - n.n., C.T.U.) regarding the determination of the applicable law are not incidental. (2) The mandatory provisions provided by the law of another state for legal relations involving a foreign element may also be applied directly, if the legal relationship is closely related to the law of that state and the legitimate interests of the parties impose it. In this case, the object and purpose of these provisions shall be taken into account, as well as the consequences arising from their application or non-application. ”.

¹⁶ Regulation (EC) no. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), Official Journal of the European Union, L 177, 4.7.2008.

rights and obligations) are not part of the overriding mandatory rules. A fairly clear distinction is made in Rome I Regulation between rules that cannot be derogated from by convention, meaning (*ordinary*) *mandatory rules* and *overriding mandatory rules*, which should apply *in exceptional circumstances* and should be interpreted more *restrictively*¹⁷.

13. Although the distinction is clear, the characterization of a rule as an overriding mandatory one is difficult and rests with the authority called upon to decide (national court or arbitral tribunal, in some cases), which assesses, almost discretionary, on a case-by-case basis. Even in the less common cases, when certain provisions are characterized by their enactment as overriding mandatory rules, the court/arbitral tribunal will assess whether they meet all the conditions to be considered overriding mandatory rules.

14. Significant differences between Romanian law and EU law also exist regarding the foreign overriding mandatory rules. According to art. 2566(2) Romanian Civil Code, “The mandatory provisions provided by the law of another state for legal relations involving a foreign element may also be applied directly, if the legal relationship is *closely related* to the law of that state and the *legitimate interests of the parties* impose it. In this case, the *object and purpose* of these provisions shall be taken into account, as well as *the consequences arising from their application or non-application*.”. This provision seems to be a version of art. 7.1 of 1980 Rome Convention on the law applicable to contractual obligations¹⁸, the precursor of Rome I Regulation. However, in the Rome I Regulation the application of a foreign overriding mandatory rule is much more restricted, being limited to the law of the country where “the obligations arising out of the contract have to be or have been performed, in so far as those overriding mandatory provisions render the performance of the contract unlawful.”.

15. The application of foreign overriding mandatory rules raises difficulties for national courts and/or arbitral tribunals so as to determining whether certain mandatory rules of a foreign state are considered overriding in the state they belong to. In order to do so, the court/arbitral tribunal applies its own rules on the information and interpretation of foreign law¹⁹.

II. Overriding mandatory rules in international commercial contracts` dispute resolution

16. First, the delineation between Romanian overriding mandatory rules and EU overriding mandatory rules should be addressed. If a Romanian national court is called upon to decide on a dispute regarding an international commercial contract, which rules will apply: the Romanian ones (the provisions of the Civil Code) or the European ones (the provisions of the Rome I Regulation)?

¹⁷ Recital 37 of Rome I Regulation. For details, see, F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “The Rome I Regulation: Much ado about nothing?”, The European Legal Forum (E) 2-2008, pp. 76-77; N. C. ANITEL, *Normele de aplicare imediată în dreptul internațional privat român conform dispozițiilor Codului civil și ale reglementărilor europene în domeniu*, Moldavian Journal of International Law and International Relations, vol. 37, no. 3/ 2015, pp. 40-42.

¹⁸ 1980 Rome Convention on the law applicable to contractual obligations, Official Journal of the European Communities, C 27/36, 26. 1. 98, art. 7.1: “1. When applying under this Convention the law of a country, effect may be given to the mandatory rules of the law of another country with which the situation has a close connection, if and in so far as, under the law of the latter country, those rules must be applied whatever the law applicable to the contract. In considering whether to give effect to these mandatory rules, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application.”.

¹⁹ For details, C.T. UNGUREANU, *Dreptul comerțului internațional*, Hamangiu Publishing House, Bucharest, 2018, pp. 382-384; European Convention on Information on Foreign Law, London, 1968, available at : <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680072314> (Romania became a party to the Convention through H.G. no. 153/1991 on Romania's accession to the European Convention on Information on Foreign Law, signed in London on June 7, 1968, and to the Additional Protocol to the Convention, signed in Strasbourg on March 15, 1978, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 63 bis, 26.03.1991).

17. Usually, the contractual parties to an international commercial agreement choose both the applicable law and the competent authority for deciding any dispute that may arise during the performance of the contract. Nevertheless, it is possible that the chosen law be refused if it violates public order or if certain overriding mandatory rules intervene. We will analyze only the latter, as a limitation of party autonomy, with brief references to public policy whenever necessary, trying to answer the questions addressed at the beginning of this paper on *lex limitativa*.

1. The application of overriding mandatory rules by Romanian courts

18. Although the competent court and the applicable law are different issues, the first related to jurisdiction and the second to determining the law applicable to the merits of the dispute, the applicable law depends on the competent court (at least on the matter of overriding mandatory rules). Thus, when the contractual parties have chosen a court and that court has its seat in Romania, it will be bound by the EU regulations on contracts, more precisely by the Brussels I²⁰ and Rome I regulations.

19. Regarding the governing law of the contract, in Romania, as an EU member state, the Rome I Regulation is applicable. National courts must apply it directly. Thus, art. 2640 Romanian Civil Code stipulates that the law applicable to contractual obligations is determined according to the regulations of EU law, and in matters not covered by EU regulations, the provisions of the Civil Code on the law applicable to the legal acts are given effect. According to the Romanian Civil Code, the applicable law is the law chosen by the parties [art. 2637(1)]. According to EU law, "The contract is governed by the law chosen by the parties" [art. 3 (1) Rome I Regulation].

20. Neither art. 3(1) in Rome I Regulation, nor art. 2637(1) of the Romanian Civil Code specify that any connection between the chosen law and the contract should exist. The parties may choose any law that best suits their common interests, without justifying the reasons for its choice. Rome I Regulation is applicable even when the parties have chosen the law of a third country (non EU member state), because the regulation has a so-called universal application. This freedom of choice is directly connected with the interests of international trade²¹.

21. Therefore, irrespective of the law chosen by the contracting parties, if a Romanian court is seized, the court will apply the Rome I Regulation. The Regulation still applies if the contracting parties have their seats/or are incorporated in states outside the EU or if the international commercial contract was concluded and performed outside of the EU. The only condition required is that the competent court have its seat within the EU, for instance, in Romania²². The Romanian court will apply overriding mandatory rules, if that is the case, in the meaning given in art. 9 Rome I Regulation and not that of art. 2566 Romanian Civil Code. The overriding mandatory rules within the meaning of the Romanian Civil Code could be applied only in the case of disputes in areas not regulated at EU level.

22. To illustrate the practical use of overriding mandatory rules, a hypothetical situation will be envisaged, based on the provisions of Romanian Military Ordinance no. 8/2020 on prevention measures against the spread of COVID-19²³, which, in art. 7 and 8 prohibited/suspended the export of agro-food pro-

²⁰ Regulation (EU) no. 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, published in J.O. L 351, 20.12.2012.

²¹ P. STONE, *EU Private International Law*, Second edition, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2010, p. 301.

²² "Regulation determines the law applicable *ad intra* and *ad extra*, that is, to «intra-Community cases» and to «extraCommunity cases». Hence, for example, the Regulation even applies to a contract concluded and executed in a third country between two extra-Community firms which, for any conceivable reason, come to a Member State to litigate." (F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op.cit.*, p. 62.).

²³ Published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 301, 10.04.2020.

ducts (from an attached list), so as to in one week to repeal it, by Military Ordinance no. 9/2020 (art. 6)²⁴. If disputes arose between the contracting parties during the week of the ban or as a result of the ban, could the Romanian regulation be considered an overriding mandatory rule? Supposing that the dispute concerns liability for non-performance of contractual obligations by a Romanian exporter towards its contractual party from a third country, outside of the EU (call it X). The law applicable to the contract would be the law of the state X, as the contractual parties agreed. The competent court, according to the parties' agreement, would be a national court of an EU member state, Y. The court seized, having its seat in the EU, will apply EU regulations. The court could consider that, according to art. 9(3) Rome I Regulation, the mandatory prohibitive rules from the place of contract's performance (if the place of performance is in Romania) render the performance of the contract unlawful, so those rules should apply as overriding mandatory provisions. As a consequence, the chosen law (*lex contractus*) would be replaced by the foreign (Romanian) overriding mandatory rules. It should be noted though that the national court has a discretionary power in assessing the application or non-application of foreign overriding mandatory rules.

23. When rules enacted in a state are called overriding mandatory rules from their birth (which rarely happens), should they be considered as such by a national court settling a dispute concerning an international commercial contract, governed by a law chosen by the contractual parties? For example, among the urgent legislative measures adopted in Greece²⁵ on 13 April 2020²⁶ one concerns international tourism service contracts concluded between tourism companies. According to art. 71, the law applicable to the reimbursement of payments made under contracts concluded between professionals and terminated between 25.02.2020 and 30.09.2020, is the Greek law, irrespective of the law chosen by the parties as applicable to their contract. The payments made are not to be reimbursed, but vouchers valid for a period of 18 months from the date of their issuance are issued. If, by the end of this period, no new contracts are concluded between the tourism companies, in order for the issued vouchers to be used, the company that issued them is bound to return the creditor the monetary value of those vouchers. It is also specified that the provisions of art. 71 shall apply on the condition that the rights referred to in the text are provided for by European law.

24. In this situation should the Greek provisions be considered overriding mandatory rules? EU laws on consumer protection could collide with Greek rules. Art. 12 of Directive (EU) no. 2015/2302 on package travel and linked travel arrangements²⁷, dealing with the termination of the package travel contract and the right of withdrawal before the start of the package, reads: "3. The organiser may terminate the package travel contract and provide the traveller with a full refund of any payments made for the package, but shall not be liable for additional compensation, if: [...] (b) the organiser is prevented from performing the contract because of unavoidable and extraordinary circumstances and notifies the traveller of the termination of the contract without undue delay before the start of the package.". Art. 71 of the Greek law in question is not applicable, however, to consumer contracts (B2C)²⁸, concluded between tourism companies and consumers of tourist services, but between professionals, tourism companies (B2B)²⁹. Although, seemingly, the Greek law does not impinge the EU law, it indirectly affects consumers; tourism companies, which receive vouchers instead of refunds, are unable to comply with the obligation of reimbursement towards consumers.

²⁴ Published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 321, 16.04.2020.

²⁵ Italy also adopted various measures, which were called overriding mandatory rules. See, E. PIOVESANI, available at: <https://conflictoflaws.net/2020/italian-self-proclaimed-overriding-mandatory-provisions-to-fight-coronavirus/>, accessed 20.04.2020.

²⁶ Government Journal (ΕΦΗΜΕΡΙΔΑ ΤΗΣ ΚΥΒΕΡΝΗΣΕΩΣ) Α' 84/13.04.2020, p. 1390.

²⁷ Directive (EU) 2015/2302 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on package travel and linked travel arrangements, amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 90/314/EEC, published in J.O. L 326, 11.12.2015.

²⁸ B2C stands for business to consumer.

²⁹ B2B stands for business to business.

25. In case of a dispute arising out of the Greek provisions, if the competent court is a Greek one, it is obvious that the mandatory rules of the forum will be applied, regardless of *lex contractus*. If the competent court is not a Greek court, but one located in another EU member state, the application of Greek rules as foreign overriding mandatory rules, will be scrutinized, according to art. 9(3) Rome I Regulation. To that end, the court will have to determine whether the contractual obligations were to be performed in Greece and whether, under Greek law, the performance of the contract would have been unlawful. Even if these conditions were to be met, the court may refuse their application, as art. 9(3) gives *the possibility* of application without imposing it. The seized court could consider the Greek provisions exorbitant³⁰. If the court called upon to decide is located outside of the EU, the significance of the Greek provisions and their impact on the settlement of the dispute will be assessed according to its own rules (*lex fori*).

2. Overriding mandatory rules in international commercial arbitration

26. Are the arbitrators in international commercial arbitration³¹ bound to apply the overriding mandatory rules of the seat of arbitration? What about foreign overriding mandatory rules?

27. International commercial arbitration relies on an international or transnational legal framework. Arbitration is considered to have an international commercial character when it settles a dispute between professionals, having a patrimonial subject matter³², which is related to at least two legal orders or, in other words, if the commercial relationship has a foreign element³³.

28. In international commercial arbitration, the issue of overriding mandatory rules is controversial. It was said³⁴ that a conflict between the will of the state that enacted the mandatory rules and the will of the parties the arbitrators' power is granted arises. The arbitrators should settle this conflict by taking into account all circumstances and thus ensuring a balance by applying the overriding mandatory rules³⁵.

29. Along the same line of thought there is the so-called *jurisdictional theory* of international commercial arbitration³⁶, according to which arbitration cannot exist in a legal vacuum; international arbitration is as international as private international law, meaning that both are national, in the strict

³⁰ J. HARRIS, *op. cit.*, p. 297 („Of course, the fact that a foreign law decrees that its rules are to apply regardless of the governing law clearly cannot be conclusive of the question of whether its law is to be applied in the courts of a foreign state. Some foreign legislation might be considered by the courts of the forum to be exorbitant in its scope; and it is difficult to see how the courts of the forum can avoid making some form of value judgment that there is insufficient justification for applying that foreign law in the courts of the forum. Otherwise, the more exorbitant foreign rules might be in purporting to apply regardless of the governing law of the contract, the more they would fall to be applied around the world.”).

³¹ We will not analyze here the issue of the overriding mandatory rules in international investment arbitration, ie in the case of disputes between a foreign investor and the host state.

³² P. FOUCARD, Part I, „Definitions and sources”, in E. GAILLARD/ J. SAVAGE (eds.), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Haga/Londra/Boston, 1999, pp. 35 and the following.

³³ See art. 1110 (1) Civil Procedure Code.

³⁴ P. MAYER, „Mandatory Rules of Law in International Arbitration”, apud. A.K.A. GREENAWALT, „Does International Arbitration Need a Mandatory Rules Method?”, *The American Review of International Arbitration*, vol. 18/2007, p.103, available at: <https://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1820&context=lawfaculty>, accessed 22.04.2020.

³⁵ A.K.A. GREENAWALT, *op. cit.*, pp.103-110.

³⁶ F. A. MANN, „Lex Facit Arbitrum”, in P. SANDERS (ed.), *International arbitration. Liber amicorum for Martin Domke*, The Hague, Nijhoff, 1967 (republished as “The UNCITRAL Model Law - Lex Facit Arbitrum”, *Arbitration International*, vol.2, no.3/1986), apud. H.-L. YU, “A theoretical overview of the foundations of international commercial arbitration”, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, vol. 1, no. 2/2018, pp. 258-261, available at: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.555.2751&rep=rep1&type=pdf>, accessed 26.04.2020; Y.D. RAMPALL/ R. FEEHLY, “The Sanctity of Party Autonomy and the Powers of Arbitrators to Determine the Applicable Law: The Quest for an Arbitral Equilibrium”, *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 23/2018, pp. 376 and the following, available at: <https://www.hnlr.org/wp-content/uploads/sites/22/The-Sanctity-of-Party-Autonomy-and.pdf>, accessed 26.04.2020.

sense, belonging to a certain legal system; their internationality is given only by the foreign element(s). In this context, the law of the place of arbitration (*lex loci arbitri*) plays the role of the law of the national court (*lex fori*). In arbitration proceedings arbitrators must act according to the parties' agreement, but within the limits imposed by the law of the place of arbitration, including the overriding mandatory rules and public policy. Ignoring them could result in a vulnerable arbitral award, that might be set aside by a court at the place of arbitration or whose recognition/enforcement might be refused.

30. In legal literature it has also been appreciated that arbitration always takes place in the shadow of judicial control, which a party may request in a national court³⁷. The "supervision" of national courts at the place of arbitration is based, *inter alia*, on the fact that the *power of arbitrators* to act has as its source, beyond the will of the parties, the *recognition* by the state at the place of arbitration. The party autonomy itself is based on a national law which determines the conditions and limits of its exercise³⁸. The state control over arbitration is also confirmed by the New York Convention of 1958³⁹, which in art. V (2) lit. (a) provides that an arbitral award may not be recognized and enforced if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that the subject matter of the dispute is *not capable of settlement by arbitration* under the law of that country and, as set out in art. V (2) lit. (b), the recognition or enforcement of the award may be refused on the grounds of violation of *public policy* of that country.

31. Other authors⁴⁰, supporters of the so-called *contractual theory*, consider that arbitration is based on party autonomy that the power granted to arbitrators to reach a decision on a dispute is based on the parties' agreement and that arbitration has no *forum* and therefore no *lex fori*. Arbitrators should apply overriding mandatory rules only when their non-application is contrary to international public policy⁴¹. In this case arbitrators would apply international public policy and not the overriding mandatory rules. The difficulty in this approach is to define the notion of international public policy and to establish its content⁴². For example, in the *Hilmarton* case⁴³, in an arbitration held in Geneva, the arbitrator applied foreign overriding mandatory rules (from the place of contract's performance), refusing the application of the Swiss law as chosen by the parties, and decided, on their basis, to annul the contract between the contracting parties; the arbitral award was set aside by a Swiss courts (from the place of arbitration) on the grounds that, under Swiss law, the contract was not void and that the reasons invoked for the annulment of the contract could not be considered as part of international public policy. International public policy should encompass, it was said, the fundamental principles of justice recognized by the international community, such as the condemnation of racial discrimination, corruption, drug trafficking, etc.⁴⁴

32. There are other theories, as well, in legal literature, one combining the jurisdictional theory with the contractual one, another in which it is argued that arbitration is an autonomous, supranational jurisdiction⁴⁵.

³⁷ A.K.A. GREENWALT, *op.cit.*, p. 105; J. ENGELMANN, *International Commercial Arbitration and the Commercial Agency Directive. A perspective from Law and Economics*, Springer International Publishing, ebook, 2017, pp. 144-145.

³⁸ E. GAILLARD, "Part IV The Arbitral Procedure", In E. GAILLARD, J. SAVAGE (eds.), *op.cit.*, p. 786.

³⁹ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958) [Romania acceded to the Convention by Decree no. 186/1961, published in B. Of. no. 19 of July 24, 1961], which applies in 163 states, available at: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2, accessed 22.04.2020)

⁴⁰ E. GAILLARD, *op. cit.*, pp. 850-861; H.-L. YU, *op. cit.*, pp. 265 and the following.

⁴¹ E. GAILLARD, *op. cit.*, p. 850.

⁴² *Ibidem*, p. 862.

⁴³ ICC case no. 6522/1988, analyzed by P. DOBIÁŠ, "The Recognition and Enforcement of Arbitral Awards Set Aside in the Country of Origin", Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration, Vol. IX, 2019, pp. 6-8, available at: <https://ssrn.com/abstract=3408735> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3408735>, accessed 26.04.2020 and by E. GAILLARD, *op. cit.*, pp. 854-855.

⁴⁴ E. GAILLARD, *op. cit.*, pp. 863-864.

⁴⁵ Y.D. RAMPALL/R. FEEHILY, *op. cit.* pp. 380-382.

33. Although the arbitration case law, as perceived in the legal literature⁴⁶, showed that arbitrators are reluctant to apply overriding mandatory rules, there have been awards showing that, in certain particular cases, overriding mandatory rules must be applied by arbitrators, in the interest of all those involved in the arbitration⁴⁷. One such a case is *Hilmarton*, which, as mentioned above, was settled by an arbitral award, annulled by the court at the place of arbitration. Subsequently, although annulled, the arbitral award was enforced in France, the French Court of Cassation holding that a foreign arbitral award is not incorporated in the legal system of the state of the place of arbitration and therefore subsists throughout annulment⁴⁸; its recognition is not contrary to international public policy⁴⁹.

34. It is difficult to take a categorical stance in this sensitive area. It seems that arbitrators must decide taking into consideration the final purpose pursued by the parties by initiating the arbitration proceedings, namely, the enforcement of the arbitral award. Every time overriding mandatory rules should be observed, either they are of the *place of arbitration* (so as to avoid the annulment of the arbitral award) or of the *place of enforcement* (so as to prevent the award from being refused at enforcement on grounds of public policy)⁵⁰. If the place of enforcement is not certain, overriding mandatory rules of the states where the contract in dispute has links with, as *potential place of enforcement*, should be taken into consideration. The arbitrators, even though constrained to respect the *will* of the parties should see beyond that and give an award meeting the *expectations* of the parties, meaning, an award that can be enforced⁵¹.

35. In Romanian law an arbitral award, be it national or foreign, can be set aside in court for multiple reasons, amongst which violation of *public policy* or of *mandatory rules*, as set out in art. 1121 (3) and in art. 608 (1) lit. h) Romanian Civil Procedure Code⁵². This means that when the place of arbitration is in Romania, the arbitral award decided without observing the overriding mandatory rules could be annulled. According to art. 1125 Romanian Civil Procedure Code, a foreign arbitral award can be recognized and enforced in Romania if, amongst other conditions, do not impinge the Romanian private international law` public policy.

36. Supposing that the Greek pandemic provisions discussed above give rise to disputes between international tourism companies and there is an arbitration clause in their contract, should the arbitral tribunal apply those self-denominated overriding mandatory rules? The answer to this question depends on several elements, amidst which, the place of arbitration, the chosen law/lack of choice of law, the place of enforcement of the arbitral award.

⁴⁶ E. GAILLARD, *op. cit.*, pp. 856-859.

⁴⁷ A significant award in this regard was handed down in the case *Mitsubishi Motors Corporation vs. Soler Chrysler-Plymouth*, intensely analyzed and criticized in the legal literature; see, for example, L. SOPATA, „Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc: International Arbitration and Antitrust Claims”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, 1985-1986, pp.595 and the following.; A.K.A. GREENWALT, *op. cit.*, pp. 104 and the following.

⁴⁸ The issue of recognition and enforcement of arbitral awards set aside at the place of arbitration is controversial. See, A.J. VAN DEN BERG, „Should the Setting Aside of the Arbitral Award be Abolished?”, *ICSID Review*, 2014, pp. 1-26; P. DOBIÁŠ, *op. cit.*, pp. 3-27; E. ZUCCONI GALLI FONSEVA/ C. RASIA, “Recognition and Enforcement of an Annulled Foreign Award”, *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration*, Vol. IX, 2019, pp. 125-141. In the Romanian law, according to art. 1129 lit. f) Civil Procedure Code [identical with the art. V.1 (e) of the New York Convention 1958], the recognition or enforcement of the foreign arbitral award is refused by the court if the arbitral award has not yet become binding on the parties or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made.

⁴⁹ P. DOBIÁŠ, *op. cit.*, pp. 7-8.

⁵⁰ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, „Lex Mercatoria and private international arbitration”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2020), Vol. 12, Nº 1, pp.72-73.

⁵¹ M. MOSES, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, New York, 2008, p. 83.

⁵² Art. 608 (1) lit. h) reads: “Action for annulment. 1. The arbitral award may be set aside only by an action for annulment for one of the following reasons: h) the arbitral award violates public order, good morals or mandatory provisions of law;”; art. 1121 (3): “The arbitral award shall be enforceable and binding upon its communication on the parties and may be challenged only by an action for annulment on the grounds and in the manner set out in Book IV, which shall apply accordingly”.

37. It has been considered in the Romanian legal literature⁵³ that, in case the place of arbitration is in the EU, the arbitral tribunal is *not bound* to apply the Rome I Regulation for determining the law applicable to the merits of the dispute, *unless*: the parties agreed on the Rome I Regulation as governing law; the application of the conflict of law rules of a certain country within the EU is mandatory according to the law applicable to arbitration; the arbitrators decide to apply a certain national law of an EU member state.

38. Assuming that the arbitration would take place in Paris and that the law chosen by the parties (which are two tourism companies, one based in Greece and the other based in Romania) would be the Romanian law, which law is the arbitral tribunal to apply? If the parties chose the Romanian substantive/material law (except the conflict of law rules), then the arbitral tribunal might apply the Romanian law, without raising the issue of the overriding mandatory rules in the Romanian Civil Code or in the Rome I Regulation. The Greek company could use other defenses, such as a force majeure clause, if the conditions for this purpose are met.

39. If the parties chose Romanian law as a whole, the conflict of law rules should be included. As the Romanian law refers to the Rome I Regulation in contractual matters (art. 2640 Civil Code), the arbitral tribunal might apply the Rome I Regulation, including the provisions of art. 9 on the overriding mandatory rules. If the arbitral tribunal were to act similarly to a national court, it would consider the possibility of applying foreign overriding mandatory rules, the Greek ones, refusing Romanian law. Yet, since the judge has the power to apply or not the foreign overriding mandatory rules, all the more, the arbitrator should have this power. But if we observe the final goal pursued, namely the enforcement of the arbitral award, as the place of enforcement is in Greece, public policy could come into play as a reason for enforcement denial. This hypothetical example can have another solution in a certain dispute, depending on the facts, the contractual clauses, the applicable law and the authority called upon to decide it.

Final remarks

40. The law chosen by the contracting parties for dispute resolution may be subject to limitations or may even be refused if it infringes public policy or if certain overriding mandatory rules come into play. The two notions, “public policy” and “overriding mandatory rules”, are not clearly delimited, neither in legislation, nor in legal literature. The main difference between them is not in content, but in the way they act.

41. When the dispute falls within the jurisdiction of a national court, that court may, on a case-by-case basis, apply its own overriding mandatory rules (from *lex fori*) or foreign overriding mandatory rules, refusing in whole or in part the law chosen by the contracting parties. When the court is located in Romania, it will apply the Rome I Regulation (and not the provisions of the Civil Code regarding the overriding mandatory rules). In the EU, the Rome I Regulation applies in all cases, even when the contract is concluded and performed in a third country, outside of the EU, by two non-EU contracting parties, who have chosen as competent court to settle their disputes a national court of an EU member state.

42. When the dispute is settled by arbitration, the issue of the overriding mandatory rules application is controversial. Although arbitrators are not bound to apply or take them into account, it seems that they must do so, as an attempt to fulfill the parties' expectations, giving them the “ticket” for the enforcement of the arbitral award.

43. As to the mandatory rules adopted in pandemic times, either self-proclaimed overriding mandatory rules or not, the national courts or/and the arbitral tribunals are to decide on a case-by-case basis.

⁵³ C. LEAUA/Ş. DEACONU, “Se aplică Regulamentele «Roma I» şi «Roma II» în contextul arbitrajului internaţional în care locul arbitrajului este în Uniunea Europeană?”, *Pandectele Române* no. 8/2013, pp. 42 and the following.

REFLEXIONES CRÍTICAS Y PRÁCTICAS EN TORNO AL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CAMBIO NACIONAL Y TRANSFRONTERIZO DEL DOMICILIO DEL MENOR DE EDAD

CRITICAL AND PRACTICAL REFLECTIONS ON THE LEGAL REGIME OF NATIONAL AND CROSS-BORDER CHANGE OF THE ADDRESS OF THE MINOR

MARÍA JOSÉ VALVERDE MARTÍNEZ

Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia

Recibido: 16.03.2020 / Aceptado: 03.04.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5631>

Resumen: El cambio de domicilio del menor dentro del territorio español o a otro país distinto al de su residencia habitual, constituye uno de los conflictos más frecuentes entre padres que ejercen conjuntamente la patria potestad. En la solución de estas controversias, resulta irrelevante si los progenitores se encuentran divorciados, fueron pareja de hecho o no llegaron a convivir nunca. Sin embargo, y como decisión fundamental que afecta al interés del menor, el traslado de su domicilio no puede ser acordado de forma unilateral por uno de los progenitores, sino que precisará del consentimiento del otro, y en su defecto, de autorización judicial. Es materia de este estudio el análisis del régimen jurídico, en Derecho interno español y en DIPr, por el que se rige el cambio de domicilio del menor a través del examen del Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de octubre de 2019.

Palabras clave: cambio de domicilio del menor, responsabilidad parental, Derecho Internacional Privado, sustracción de menores. Jurisdicción voluntaria.

Abstract: The change of domicile of the minor within the Spanish territory or to another country is one of the most frequent conflicts between parents who jointly exercise parental authority. With regard to these controversies, it is irrelevant if the parents are divorced, were in fact partners or never lived together. Nevertheless, as a fundamental decision that affects the minor's interest, the transfer of his / her domicile cannot be unilaterally decided by one parent. It requires the agreement of both parents. Failing that, a judicial authorization is required prior to a minor's domicile change. This study focuses on is the legal rules governing the minor's transfer of domicile both under Spanish domestic law and in private international law. The Order of October 9, 2019 rendered by the Court of Appeal of Barcelona is one of the most useful examples to look into the different steps of the minor's change of domicile from a legal perspective.

Keywords: change of domicile of the minor, parental authority, private international law, child abduction. Voluntary jurisdiction.

Sumario: I. Introducción. La movilidad nacional e internacional del domicilio del menor. II. Un ejemplo de litigación en relación al cambio de domicilio del menor. El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de octubre de 2019. 1. Los hechos. Cambio unilateral, decidido por la madre, de domicilio del menor. 2. La reacción del padre. Modificación de medidas a través de la Ley de jurisdicción voluntaria. II. Marco normativo. Titularidad del derecho a precisar el domicilio del menor. 1. Casos internos. Cambios de domicilio del menor dentro del territorio español. A) Personas

titulares del derecho a determinar el lugar del domicilio del menor. B) Decisiones relevantes en la vida del menor. Cambio del domicilio del menor e intervención decisión judicial Personas titulares del derecho a determinar el lugar del domicilio del menor. 2. Casos internacionales. Cambio de domicilio del menor de país a país. A) Ley aplicable a la determinación de la persona que decide el cambio del domicilio transfronterizo del menor. B) Reglas materiales de segundo escalón e interés del menor en los cambios transfronterizos de domicilio. C) El traslado domicilio del menor, tácitamente consentido, de un país a otro. III. Libertad de circulación y residencia de los ciudadanos. Intereses en presencia: libertad de movimientos del progenitor, libertad de movimientos del menor de edad. El interés superior del menor. 1. Marco constitucional español. La libertad de circulación, un derecho fundamental. 2. El interés del menor y el cambio del domicilio del menor. Criterios para su determinación y valoración judicial. A) Casos internos. La jurisprudencia toma el poder. El Tribunal Supremo, maker of rules. B) Casos internacionales. La regla material corrige a la regla conflictual a través del interés del menor. IV. Perspectiva procedimental para la autorización / desautorización judicial del cambio de domicilio del menor. V. Reflexiones finales. Europeizar el Derecho español en interés del menor.

I. Introducción. La movilidad nacional e internacional del domicilio del menor

1. La sociedad del siglo XXI ha experimentado numerosos cambios respecto a la sociedad del siglo anterior. Es una sociedad globalizada, más dinámica, líquida, en la que la circulación de personas por motivaciones distintas se ha hecho habitual e ininterrumpida. En este nuevo modelo de sociedad, las estructuras familiares también han evolucionado y se han impregnado de nuevas formas de convivir y relacionarse, alejadas en numerosas ocasiones de formas tradicionales y más estáticas, en las que la vida familiar se iniciaba en una determinada ciudad, en un concreto país, y permanecía invariable incluso al surgir la crisis matrimonial. La familia cambia de forma y de estructura y lo hace en un escenario internacional, transfronterizo y mundializado¹.

2. Ante este cambio de paradigma social, es usual y frecuente que un proyecto de vida en común pueda ponerse en marcha a través de matrimonios mixtos o uniones de hecho formadas por personas de distintos países. A su vez, y dentro del mismo escenario de movilidad de las personas, parejas constituidas por personas de una misma nacionalidad pueden plantearse establecer su domicilio, y el de la totalidad de la unidad familiar, en otro u otros países. Y esta realidad de movilidad familiar también tiene su reflejo en situaciones internas del territorio español en las que se observa la creciente formación de parejas que deciden arraigar la unidad familiar en ciudades distintas a las de origen, fundamentalmente por motivos de falta de empleo en sus propias localidades o con el propósito de promocionar profesionalmente. Familias distintas con valores diferentes exigen respuestas jurídicas particulares, como ha defendido L. DE ALMEIDA².

3. Los conflictos derivados de esta creciente movilidad de las familias surgen, unas veces, cuando sobreviene la crisis matrimonial o la crisis en la convivencia de la pareja; otras veces, después del divorcio o tras la ruptura efectiva de la unión de hecho y siendo vigentes las medidas paterno-filiares que se adoptaron judicialmente ante la situación de crisis familiar. En este contexto, caracterizado por

¹ Este proceso dinámico y multiforme puede seguirse en numerosos estudios, como, *ad ex.* el volumen colectivo AA.VV (a cura di Grazia Ofelia Cesaro, Paola Lovati e Gennaro Mastrangelo), *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico ed interesse del minore*, Franco Angeli Editore, 2014; C. ALTHAMMER, "Das Konzept der Familie im europäischen internationalen Familienrecht", en S. ARNOLD (HRSG.), *Grundfragen des europäischen Kollisionsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, pp. 1-21; A. BENEDETTI / L. CARPANETO / I. QUEIROLO, *Le nuove famiglie tra globalizzazione e identità statuali (Seminario di alta formazione internazionale, Imperia, 10 maggio 2013)*, 2014; D. HODSON, "Globalisation of adjudication in international family law: serving international families by producing international solutions", en *International and national perspectives on child and family law: essays in honour of Nigel Lowe*, Cambridge, Intersentia, 2018, pp. 153-165.

² L. DE ALMEIDA, "Rise and fall of the classic concept of private law: lessons from the legal consciousness of European private law", *DESC - Direito, Economia e Sociedade Contemporânea*, vol. 1, n. 1 | p. 95-128 | Jul/Dez 2018, pp. 96-128.

situaciones de hecho muy variadas y heterogéneas, los cambios de domicilio de los hijos menores propiciados por uno de los progenitores, -frecuentemente por el progenitor custodio y en menor número de ocasiones por el no custodio-, son cada vez más habituales. Dichos cambios de domicilio se verifican tanto dentro del territorio español como de un país a otro.

4. Una vez producida la ruptura del vínculo de pareja, ya sea por divorcio o por cese de la convivencia de la unión de hecho, no es extraño que uno de los miembros de la pareja desee iniciar junto con sus hijos menores una nueva vida en lugares distintos a los que se asentó inicialmente el núcleo familiar, bien por motivos de oportunidad laboral, bien por falta de arraigo o de vínculos culturales o sociales en el lugar del domicilio familiar, bien por la necesidad de cambiar de vida o incluso por haber formado una nueva familia con otra persona residente en una población distinta, o en un país diferente. Puede que se trate de un traslado de domicilio definitivo o que simplemente obedezca a situaciones de carácter temporal, como la realización de un proyecto laboral concreto, o la enfermedad de un familiar cercano que vive en otro lugar, o el cursar estudios por un periodo de tiempo determinado. La realidad es multiforme y supera toda imaginación.

5. En el marco de las controversias que suscita el cambio de domicilio de los menores de edad cuando ya se han adoptado y están vigentes medidas judiciales relativas a la guarda y custodia del menor y al régimen de visitas a favor del progenitor no custodio, muy bien ha mostrado M. HERRANZ BALLESTEROS, son numerosas las resoluciones judiciales que han tenido que pronunciarse al respecto³. No resulta sencillo proporcionar una solución justa a supuestos tan complejos con diferentes intereses enfrentados y sometidos a circunstancias de hecho excepcionales, de modo que es muy cierto lo que escriben los juristas anglosajones: *hard cases make bad law*. Es decir: los casos extremos son malos ejemplos para crear normas jurídicas generales⁴.

II. Un ejemplo de litigación en relación al cambio de domicilio del menor. El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de octubre de 2019.

1. Los hechos. Cambio unilateral, decidido por la madre, de domicilio del menor

6. Interesante y útil resulta analizar el cambio de domicilio del menor al hilo de un reciente caso concreto. Se trata del Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de octubre de 2019⁵. La resolución judicial que se analiza resuelve el caso de una solicitud de jurisdicción voluntaria planteada por un padre ante un Juzgado de Primera Instancia español, en la que interesa que no se autorice el cambio de domicilio de su hijo menor realizado por la madre dentro del territorio español, en concreto

³ Vid. M. HERRANZ BALLESTEROS, "Análisis del consentimiento del progenitor al desplazamiento o la retención del menor en un estado distinto al de su residencia habitual. Su interpretación en el auto de la Audiencia Provincial Barcelona (Sección 18ª) de 27 de noviembre", *CDT*, 11, 2, Octubre 2019, pp. 641-651; M. HERRANZ BALLESTEROS, "Aproximación al procedimiento prejudicial de urgencia a través de la protección internacional de menores", en A. CEBRIÁN SALVAT/I. LORENTE MARTÍNEZ (DIR.), *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Granada, Editorial Comares, 2019, pp. 171-189; M. HERRANZ BALLESTEROS, "Traslado del domicilio del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*, vol. 2, Murcia, Rapid Centro Color S.L., 2019, pp. 567-586; M. HERRANZ BALLESTEROS, "La sustracción internacional de menores. A propósito de la STC 120/2002, de 20 mayo 2002, *RDP*, octubre 2002, pp. 754-770; ID., "El Reglamento 2201/2003. Alcance de la reforma en materia de sustracción internacional de menores en el espacio judicial europeo", *Aranzadi Civil*, nov.2004, pp. 13-31.

⁴ Este famoso *adagio* legal se remonta, al menos, al año 1837. El juez Oliver Wendell Holmes Jr. lo empleó expresamente en el muy famoso caso *Northern Securities Co. v. United States* (1904), 193 U.S. 197 (1904), cuyo texto puede leerse en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/193/197/>. Desde entonces esta máxima legal es citada con extrema frecuencia. El origen de la misma puede verse muy bien explicado en J. CHIPMAN GRAY, *The nature and sources of the law*, Columbia University Press, 1909, p. 263 y su desarrollo, implicaciones y límites pueden explorarse en el sugestivo trabajo de F. SCHAUER, "Do cases make bad law?", *The University of Chicago Law Review*, 2006, pp. 883-918.

⁵ AAP Barcelona 9 octubre 2019 [ECLI:ES:APB:2019:7737A] y [CENDOJ 08019370182019200354].

que no se apruebe el cambio de domicilio del menor desde una localidad de Cataluña a un pueblo de la provincia de Cuenca.

El traslado de domicilio del hijo menor de edad ya se había consumado al solicitar el padre que se desautorizara el mismo, es decir, se había hecho efectivo por decisión unilateral de la madre, sin mediar el consentimiento del padre y sin existir autorización judicial al efecto. El conflicto entre los progenitores relativo a la fijación del domicilio del menor ya existe cuando se acude a la autoridad judicial.

7. Como antecedente de este conflicto, es preciso subrayar que los progenitores habían sido pareja de hecho en el pasado, y de dicha unión nació el hijo común de ambos. Posteriormente, producido el cese de la convivencia de la pareja, mediante sentencia de 17 de noviembre de 2015, un Juzgado de Primera Instancia español homologó el convenio regulador de medidas paterno-filiares suscrito por ambos. En el convenio de medidas se acordó por el mutuo acuerdo de las partes establecer una guarda materna y visitas a favor del padre de fines de semana alternos y mitad de periodos vacacionales. De la misma manera, en el convenio de medidas relativas al menor se designó el domicilio donde madre e hijo residirían dentro del territorio español.

8. El tiempo pasa y siempre parece que transcurre más deprisa cuando se trata de litigios que afectan a la familia y a los menores. En noviembre del año 2018 la madre decidió de forma unilateral trasladar su domicilio a la provincia de Cuenca. Comunicó al padre por correo certificado que, por haber recibido una oferta laboral, se trasladaba con el hijo de ambos a otro domicilio distinto al que venía residiendo con el menor. Destino: Cuenca. Para acreditar su nueva situación laboral, la madre acompañó a su comunicación de cambio de domicilio una nómina como limpiadora a tiempo parcial en un geriátrico en la población conquense de su nueva residencia. La madre no contaba con el consentimiento del padre a dicho traslado del domicilio del menor, y tampoco instó autorización judicial para llevar a efecto dicho traslado domicilio del hijo menor.

2. La reacción del padre. Modificación de medidas a través de la Ley de jurisdicción voluntaria

9. Para resolver el conflicto suscitado entre los progenitores del menor en torno al cambio de domicilio de éste, el procedimiento elegido por el padre fue el de jurisdicción voluntaria, regulado en los artículos 85 y 86 de la Ley 15/2015⁶.

10. En el asunto objeto de estudio, una vez que fue admitida a trámite por el juzgado español la solicitud de jurisdicción voluntaria instada por el padre, la madre se personó en el procedimiento judicial el día señalado para la celebración de la vista. En dicho acto, solicitó que se le permitiera el cambio de residencia ya consumado por motivo de su situación de necesidad, puesto que en la población catalana donde tenían establecido su domicilio madre e hijo, ella se encontraba desempleada y, por su parte, el padre tampoco abonaba la pensión de alimentos. En consecuencia, la madre no podía hacer frente a la cuota mensual de la hipoteca de su vivienda. Asimismo, la madre alegó en el acto de la vista que el padre había dejado de visitar al niño, incumpliendo con ello el régimen de visitas acordado en el convenio regulador homologado por la sentencia de medidas paterno-filiares.

11. Seguidos los preceptivos trámites del procedimiento de jurisdicción voluntaria, mediante auto de 16 de enero de 2019 dictado por el Juzgado de Primera Instancia español que conocía del caso desestimó la solicitud del padre de prohibición de cambio de domicilio del menor y de centro escolar y otorgó a la madre del menor la facultad de decidir sobre el traslado del domicilio del menor. Dicha resolución se fundamenta, en síntesis, en que la precaria situación económica de la madre, unida a la nula colaboración del padre en la crianza del hijo así como el incumplimiento del régimen de visitas por

⁶ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158 de 3 julio 2015).

el progenitor no custodio, son elementos suficientes que justifican que el cambio de domicilio llevado a efecto por la madre sea considerado pertinente en sede judicial.

12. Posteriormente, el padre recurrió en apelación el auto dictado en la primera instancia ante la Audiencia Provincial de Barcelona por entender que la decisión unilateral de la madre de cambiar el domicilio del menor alejaba a éste último de su entorno social y natural.

13. La historia continúa, pues finalmente, mediante auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de octubre de 2019 se estima el recurso de apelación interpuesto por el padre. La Audiencia acuerda no autorizar el cambio de residencia del menor a la provincia de Cuenca, por ser contrario a la sentencia de 17 de noviembre de 2015 que estableció las medidas paterno filiales relativas al menor tras producirse la ruptura de la convivencia de los progenitores.

14. La resolución dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Barcelona en favor de las pretensiones del padre y en contra del nuevo domicilio del menor, concede, sin embargo, con carácter cautelar y por treinta días, permiso para que el menor mantenga su residencia en su nueva ubicación situada en Cuenca. Se dispone, también, que transcurrido dicho plazo de treinta días sin que ninguna de las partes haya promovido demanda de modificación de efectos de sentencia con petición, en su caso, de la prolongación del permiso otorgado, será vigente la sentencia de 17 de noviembre de 2015 en sus propios términos, con los posibles apercebimientos establecidos en el art. 776 LEC. Esto es, se volverá a la situación inicial y el menor deberá retornar a su domicilio en Cataluña. Como medida también cautelar, el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de octubre de 2019 acuerda que el padre tenga derecho a visitar a su hijo en su domicilio de la provincia de Cuenca.

15. Resulta útil, a la par que conveniente, analizar, en el presente trabajo la fundamentación jurídica del auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de octubre de 2019 que propició la denegación de autorización judicial del cambio de domicilio del menor, así como el régimen jurídico que debe ser observado en las modificaciones de domicilio de los menores, tanto si estos traslados se efectúan dentro del territorio español, como si el desplazamiento tiene carácter transfronterizo.

II. Marco normativo. Titularidad del derecho a precisar el domicilio del menor.

1. Casos internos. Cambios de domicilio del menor dentro del territorio español.

A) Personas titulares del derecho a determinar el lugar del domicilio del menor.

16. La primera cuestión que debe tenerse presente, como señalan C. GONZÁLEZ BEILFUSS y E. RODRÍGUEZ PINAU, es la determinación de las personas que son titulares del derecho a precisar el lugar donde los hijos menores de edad tienen su domicilio⁷. En el caso objeto del auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de octubre de 2019, se aplicó el Código Civil Catalán. Éste establece con claridad quiénes son los titulares para decidir el domicilio de los hijos menores de edad, ya que conforme al art. 236-17 y 233-8 del Código Civil Catalán, “[l]a facultad de decidir el lugar de residencia de los hijos menores forma parte del contenido de la potestad parental, cuyas responsabilidades no quedan alteradas por la nulidad, divorcio o separación de los padres (art. 233-8 CCCat) y que corresponde a ambos padres”.

Añade el auto citado que la decisión de trasladar a los menores de domicilio es una cuestión sujeta a ciertas condiciones. En concreto, el art. 236-11.6 del Código civil catalán exige “el consentimiento

⁷ C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “El traslado lícito de menores: las denominadas *Relocation Disputes*”, *REDI*, (2010), 2, pp. 52-75; E. RODRÍGUEZ PINAU, “Revisión de la atribución de la custodia y la reubicación internacional del menor en interés superior del menor: Comentario a la STS de 18 de enero 2017 (RJ 2017, 343), *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, enero-abril 2018, pp. 9-21.

expreso o tácito del otro progenitor o, en otro caso, autorización judicial para variar el domicilio de los hijos si ello los aparta de su entorno habitual"⁸.

17. En Derecho español, por el hecho biológico del nacimiento o por razón de adopción, los progenitores asumen una serie de funciones o deberes en relación a sus hijos menores de edad que forman parte de lo que se denomina, en terminología tradicional heredada del Derecho Romano, "patria potestad".

18. Tal y como apunta A.J. PÉREZ MARTÍN, resulta muy llamativo que el legislador español siga empleando el término "patria potestad" cuando en la legislación europea se ha acuñado otro término distinto, -más ilustrativo, más amplio y más centrado en la persona del menor y menos en la propiedad de los padres-, y que permitiría una aplicación uniforme del Derecho de la Unión Europea, esto es, el concepto de "responsabilidad parental sobre los hijos comunes"⁹. Significativo es, también, que ciertas legislaciones civiles autonómicas españolas utilicen todavía hoy otros términos equivalentes a la patria potestad, como "potestad parental" en el caso de Cataluña, o "autoridad familiar" en Aragón.

19. El art. 154 del Código civil español dispone que los hijos no emancipados están bajo la potestad de sus progenitores, que se ejercerá en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad y comprende los deberes y facultades siguientes: 1º) Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2º) Representarlos y administrar sus bienes.

20. Los preceptos legales que regulan la patria potestad en el Derecho Civil común español, o los que rigen la potestad parental en el caso de Cataluña, no establecen diferencias en el ejercicio de la patria potestad por los padres dependiendo de si existe vínculo matrimonial entre ellos, si están separados, divorciados o incluso si constituyen una unión de hecho. La separación, el divorcio, la crisis de pareja de los progenitores, e incluso la falta de convivencia de los mismos, en principio, no altera el contenido de los derechos y deberes que forman parte integrante del núcleo central de la patria potestad. En consecuencia, la decisión del cambio de domicilio del menor, cualquiera que el vínculo que tengan o hayan tenido los padres, quedará sometida a la decisión conjunta de ambos padres y, en su defecto, precisará de autorización judicial.

21. Con arreglo al art. 156 del Código Civil español, en situaciones de normalidad, la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. En la práctica, cuando se presenta una demanda de separación o divorcio o una demanda encaminada a regular la crisis de una pareja de hecho, lo habitual es que se solicite como medida que la patria potestad sea atribuida y ejercida conjuntamente por ambos progenitores. Esta práctica habitual presenta ciertas salvedades. Así es, puesto que, en determinadas circunstancias, se peticiona la privación de la patria potestad en relación con uno de los progenitores, para que sea atribuida de forma exclusiva al otro progenitor. Esta medida se encuentra reservada para los casos más graves de incumplimiento de los deberes

⁸ Artículo 233-8 del Código civil catalán: "*Responsabilidad parental. 1. La nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos de acuerdo con el artículo 236-17. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente*". Artículo 236-17 del Código civil catalán: "*Relaciones entre padres e hijos. 1. Los progenitores, en virtud de sus responsabilidades parentales, deben cuidar de los hijos, prestarles alimentos en el sentido más amplio, convivir con ellos, educarlos y proporcionarles una formación integral. Los progenitores tienen también el deber de administrar el patrimonio de los hijos y de representarlos. 2. Los progenitores determinan el lugar o lugares donde viven los hijos y, de forma suficientemente motivada, pueden decidir que residan en un lugar diferente al domicilio familiar*". Artículo 136.-11 del Código civil catalán: "(...) 6. El progenitor que ejerce la potestad parental, salvo que la autoridad judicial disponga otra cosa, necesita el consentimiento expreso o tácito del otro para decidir el tipo de enseñanza de los hijos, para cambiar su domicilio si eso los aparta de su entorno habitual y para realizar actos de administración extraordinaria de sus bienes. Se entiende que el consentimiento se ha conferido tácitamente si ha vencido el plazo de treinta días desde la notificación, debidamente acreditada, que se haya efectuado para su obtención y el progenitor que no ejerce la potestad no ha planteado el desacuerdo según lo establecido por el artículo 236-13".

⁹ A.J. PÉREZ MARTÍN, *Tratado de Derecho de Familia. Tomo I, volumen I: Procedimiento Contencioso de separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Otros procedimientos contenciosos. Aspectos sustantivos*, Lex Nova, Madrid, pp. 165 y ss.

paterno-filiares por uno de los padres del menor (art. 170 CC). Los preceptos citados del Código civil español operan como una verdadera "Constitución española en el sector de las relaciones paterno-filiales", idea muy presente en la doctrina francesa, y en particular en el inspirador ensayo de R. CABRILLAC¹⁰.

22. Tal y como señala el citado auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, en los casos en los que exista una resolución judicial previa en la que se haya acordado un determinado sistema de guarda y custodia y, al mismo tiempo se haya establecido, de forma directa o indirecta, el lugar de residencia de un menor de edad, el cambio de residencia de éste último producido de forma sobrevenida (por ejemplo si el titular de la guarda y custodia, por cualquier motivo, lo provoca) debe quedar sometido a la autorización del otro progenitor el traslado del menor. El consentimiento del otro progenitor es una facultad integrada en la titularidad de la patria potestad, puesto que si no se le ha privado de ella, permanece incólume a favor de los dos padres.

B) Decisiones relevantes en la vida del menor. Cambio del domicilio del menor e intervención de decisión judicial Personas titulares del derecho a determinar el lugar del domicilio del menor

23. El ejercicio conjunto de la patria potestad lleva consigo que todas las decisiones de importancia que deban adoptarse en relación a los hijos serán tomadas de común acuerdo entre los progenitores y nunca de forma unilateral por uno de ellos, esto es, sin que medie el consentimiento del otro. En tal sentido, y como han subrayado con carácter general B.G. ROBBINS / E. KISER, las normas jurídicas españolas y europeas desarrollan una labor de *compliance* dirigida a los progenitores, de modo que interioricen el valor del interés del menor y traten de alcanzar un punto común de acuerdo a la hora de fijar el domicilio del menor¹¹. Ahora bien, si tal acuerdo no se alcanza y persiste la discrepancia entre los padres, será el juez el que acuerde lo que es procedente, que no es otra cosa que atribuir a uno u otro progenitor la decisión sobre la cuestión planteada, es decir, el juez no acuerda qué debe hacerse, sino que atribuye la facultad de decidir al padre o a la madre (art. 156 CC).

24. No obstante lo anterior, la duda surge respecto a cuáles son las decisiones importantes que han de ser adoptadas de común acuerdo por los progenitores. Y para dar respuesta a esta pregunta, tanto la jurisprudencia y como la doctrina civilista mayoritaria distingue entre: a) actos de ejercicio ordinario de la patria potestad, que puede realizar uno solo de los progenitores, y en concreto, el progenitor que ejerce la guarda y custodia de hecho o en virtud de resolución judicial, sin necesidad de solicitar el consentimiento del otro; b) actos de ejercicio extraordinario de la patria potestad, para los cuales es preciso el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, resolución judicial.

Los actos de ejercicio extraordinario de la patria potestad se refieren a las decisiones más relevantes e importantes que pueden adoptarse en la vida de un menor y que no pueden calificarse como ordinarias o habituales en el ámbito de la familia por resultar "*excepcionales conforme a los usos sociales*". Como es obvio, la elección del lugar de domicilio / residencia habitual de un menor, así como el traslado del mismo a otro domicilio son decisiones que exceden del contenido ordinario de la patria potestad y constituyen "actos de ejercicio extraordinario" de la misma. Se trata de decisiones no ordinarias ni habituales. Son decisiones que no resultan "conforme al uso social", según establece el art. 156 del Código Civil, de modo que no pueden ser adoptadas por uno sólo de los progenitores, sino que ordinaria y habitualmente, serán realizados por ambos progenitores por implicar decisiones de importante trascendencia y repercusión en la vida del menor¹².

¹⁰ R. CABRILLAC, "Le Code Civil est-il la véritable Constitution de la France?", *Revue Juridique Thémis*, n. 39, tomo 3, 1994, Québec. pp. 245-269.

¹¹ B.G. ROBBINS / E. KISER, "Culture, Coercion, and Compliance", septiembre 2018, en <https://ssrn.com/abstract=3264020> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3264020>.

¹² J.P. GONZÁLEZ DEL POZO, "Ponencia: Los Expedientes de Jurisdicción Voluntaria de adopción de las medidas previstas en los artículos 156 y 158 CC", en *IV Jornadas de Familia de Murcia*, ICAMUR y AEAFA, septiembre de 2018, pp.52-55.

25. La sentencia nº 642/2012, del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de lo Civil, de 26 de octubre de 2012, constituye todo un referente de primera magnitud para fijar el régimen jurídico del el cambio de domicilio del menor y para calificarlo como un verdadero y auténtico "acto de ejercicio extraordinario de la patria potestad". Esta sentencia indica que la guarda y custodia de los menores *"deriva de la patria potestad y de la patria potestad, entre otras cosas, deriva la fijación del domicilio familiar, según dispone el artículo 70 del Código Civil, para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 68 del Código Civil, respecto de la obligación de vivir juntos. La ruptura matrimonial deja sin efecto la convivencia y obliga a los progenitores a ponerse de acuerdo para el ejercicio de alguna de estas facultades que traen causa de la patria potestad, entre otra la de fijar el nuevo domicilio y, como consecuencia, el de los hijos que se integran dentro del grupo familiar afectado por la ruptura coincidente por lo general con el de quien ostenta la guarda y custodia. Estamos, sin duda, ante una de las decisiones más importantes que pueden adoptarse en la vida del menor y de la propia familia, que deberá tener sustento en el acuerdo de los progenitores o en la decisión de uno de ellos consentida expresa o tácitamente por el otro, y solo en defecto de este acuerdo corresponde al juez resolver lo que proceda previa identificación de los bienes y derechos en conflicto a fin de poder calibrar de una forma ponderada la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada, sin condicionarla al propio conflicto que motiva la ruptura. Es cierto que la Constitución Española, en su artículo 19, determina el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia, y a salir de España en los términos que la ley establezca. Pero el problema no es este. El problema se suscita sobre la procedencia o improcedencia de pasar la menor a residir en otro lugar, lo que puede comportar un cambio radical tanto de su entorno social como parental, con problemas de adaptación. De afectar el cambio de residencia a los intereses de la menor, que deben de ser preferentemente tutelados, podría conllevar, un cambio de la guarda y custodia"* (énfasis añadido)¹³. Esta línea es constante, firme y segura en la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁴.

26. Algunas Audiencias Provinciales españolas, en una interpretación divergente de la jurisprudencia pacífica del Tribunal Supremo, han entendido, erróneamente, que los cambios de domicilio del menor pueden ser acordados por el progenitor custodio, en reflejo de la libertad de residencia, domicilio y deambulación recogidas en la Constitución española. Sin embargo, la doctrina del TS es más que clara al respecto: *"de la patria potestad deriva igualmente el derecho de guarda y custodia, de forma que, tanto el progenitor titular del derecho de custodia como aquel que se ve privado de la misma puede participar en la toma de decisiones fundamentales al interés superior del menor. Una de ellas es la que concierne a su traslado o desplazamiento en cuanto lo aparta de su entorno habitual e incumple el derecho de relacionarse con el padre o madre no custodio"*¹⁵.

Es por ello que resulta imprescindible tener presente en todo momento del discurso jurídico relativo al cambio de domicilio del menor, la distinción entre los conceptos jurídicos de *"patria potestad"* y *"guarda y custodia"*. Así lo expresa de modo ejemplar la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 10 de septiembre de 2010, que precisa: *"la atribución de la guarda y custodia sobre un menor no conlleva que el titular de aquella tenga la libérrima facultad de decidir, sin limitaciones, el domicilio del menor sometido a dicha guarda y custodia. El derecho fundamental del progenitor custodio a elegir su libre residencia no puede desvincularse de los intereses del menor que tan drásticamente pueden verse afectados... un cambio de domicilio relevante para la vida del menor es una cuestión que debería ser decidida libremente por los dos cotitulares de la patria potestad, y, en defecto de acuerdo, por la autoridad judicial"*¹⁶.

¹³ STS 26 octubre 2012, nº 642/2012 [CENDOJ: 28079110012012100608].

¹⁴ *Vid.* STS 485/2015 de 10 septiembre 2015 [ECLI: ES:TS:2015:3796]; STS 748/2014 de 11 diciembre 2014 [ECLI: ES:TS:2014:5099]; STS 200/2016 de 31 marzo 2016 [ECLI: ES:TS:2016:1419]; STS 664/2015 de 19 noviembre 2015 [ECLI: ES:TS:2015:492]; STS 230/2018 de 18 abril 2018 [ECLI: ES:TS:2018:1383].

¹⁵ M. HERRANZ BALLESTEROS, "Traslado del domicilio del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*, vol. 2, Murcia, Rapid Centro Color S.L., 2019, pp. 567-586.

¹⁶ SAP Castellón 10 septiembre 2010 [CENDOJ 12040370022010100334].

2. Casos internacionales. Cambio de domicilio del menor de país a país

A) Ley aplicable a la determinación de la persona que decide el cambio del domicilio transfronterizo del menor

27. En los asuntos con elemento internacional, debe tenerse presente que están en vigor para España diversos instrumentos legales que regulan tanto la competencia judicial internacional de las autoridades públicas para acordar medidas de protección de los niños y los menores, como la ley aplicable a dichas medidas. Por lo que se refiere a la eficacia extraterritorial de decisiones relativas a la responsabilidad parental y protección de menores, el instrumento estrella es, qué duda cabe, el Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre regula la competencia judicial internacional y la validez extraterritorial de decisiones en materia civil relativa a la denominada “responsabilidad parental”¹⁷. El Reglamento no determina la ley aplicable a la responsabilidad parental, ya que ésta se precisa a través del Convenio de La Haya de 19 de octubre 1996 (protección de niños), y, en su caso, a través del art. 9.6 del Código Civil español.

28. El Reglamento 2201/2003 recoge el concepto de “responsabilidad parental” y especifica que comprende “*los derechos y obligaciones conferidas a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor*” (art.1.2, 1.3 y 2.7). Como señala J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, la responsabilidad parental es un concepto muy extenso que incluye: a) el derecho de custodia y el derecho de visita ; b) la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; c) la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia; d) el acogimiento del menor en una administración, conservación o disposición de sus bienes; f) las medidas de Derecho Público relativas al menor¹⁸.

29. La responsabilidad parental se configura en el Reglamento 2201/2003 como concepto autónomo, un concepto europeo que no puede ni debe ser definido con arreglo a la Ley de ningún Estado miembro concreto. Incluye la patria potestad regulada en el Derecho Civil español pero no debe ser identificado con ella. Es decir, que la patria potestad está incluida en el término y concepto de “responsabilidad parental” pero ésta es mucho más que la noción española de “patria potestad”. Para el Reglamento 2201/2003, la patria potestad es una medida más, entre otras muchas, cubierta por el concepto de “responsabilidad parental”.

30. Una vez definida la responsabilidad parental, es el Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996 el que determina la “ley aplicable” a la protección de niños mediante diversas normas de conflicto de leyes¹⁹. Según dicho convenio, la Ley aplicable al ejercicio de la responsabilidad parental (facultades, derechos y obligaciones de los sujetos que la ostentan), y por lo tanto a las cuestiones relativas a los cambios de domicilio del menor es la Ley del Estado de la residencia habitual del niño (art. 17 *in primis* CH 1996)²⁰. En caso de que el menor cambie de país de residencia habitual, la ley aplicable será la de su nueva residencia habitual (art. 17 *in fine* CH 1996). Por tanto, en caso de conflicto móvil, rige la Ley nueva la Ley del nuevo país de residencia habitual del menor. En otras palabras: cambio de residencia habitual de un país a otro significa cambio de Ley aplicable a la responsabilidad parental.

¹⁷ Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000 (DOUE L 338 de 23 diciembre 2003) (Reglamento Bruselas II-bis).

¹⁸ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª edición, Comares, Granada, 2018, pp. 542-543.

¹⁹ Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 octubre 1996 (BOE núm. 291 de 2 diciembre 2010).

²⁰ J. PIRRUNG, “EuEheVO und HKÜ: Steine statt Brot? – Eilverfahren zur Frage des gewöhnlichen Aufenthalts eines vier- bis sechsjährigen Kindes (EuGH, S. 239)”, *IPRax*, 2015-3, pp. 207-212.

31. Son diversas las cuestiones, señalan A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, que deben ser ponderadas en los supuestos de traslados de domicilio del menor a otro país y ello al hilo de la ya abundante jurisprudencia española en la materia²¹.

B) Reglas materiales de segundo escalón e interés del menor en los cambios transfronterizos de domicilio

32. En primer lugar, y como ya se ha avanzado, la Ley que regula la patria potestad o la responsabilidad parental, según lo dispuesto en el Convenio de La Haya, será la que determine, igualmente, la cuestión de precisar a qué cónyuge y en qué circunstancias corresponde decidir dónde debe ubicarse el "domicilio del menor" y si éste puede ser trasladado a otro país, ya de modo permanente o de modo transitorio o temporal.

33. En segundo término, debe tenerse presente que en Derecho civil español, ya en un nivel de segundo escalón de la norma de conflicto, la fijación del domicilio de los hijos no puede dejarse a la sola y libre voluntad del progenitor custodio²². Criterio imprescindible será siempre el "interés del menor", de manera que un traslado al extranjero de un menor de edad decidido unilateralmente por el progenitor que ostenta la exclusiva custodia del mismo, podría dañar el derecho del mismo a relacionarse con su otro progenitor y podría vulnerar el derecho del menor a su protección y su cuidado, necesarios para su bienestar²³. En definitiva, el progenitor custodio debe ejercer, siempre, su derecho a la fijación del domicilio del menor en interés de éste, incluso si el régimen es de custodia compartida²⁴.

34. En tercer lugar, la fijación del domicilio del menor en un concreto lugar y país no puede hacerse depender de la nacionalidad del mismo, porque la cuestión no se centra en proteger a los "nacionales", sino de favorecer al menor considerado como sujeto de Derecho y como persona concreta e individualizada²⁵.

35. En cuarto lugar, resultan de especial relevancia los supuestos en los que los titulares de la responsabilidad parental pretenden hacer valer el consentimiento prestado por uno de los progenitores para el cambio de domicilio del menor a otro país distinto al que tenía su residencia habitual. En este sentido, los padres pueden haber pactado un acuerdo para la libre circulación del menor, es decir, pueden haber acordado la "libertad de movimientos del menor", incluyendo sus salidas al extranjero. En consecuencia, de mediar pacto entre los progenitores, no podrá existir "traslado ilícito", pues se trataría de un traslado internacional "libremente consentido"²⁶.

²¹ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª edición, Comares, Granada, 2018, pp. 542-543.

²² SAP Castellón 10 septiembre 2010 [CENDOJ 12040370022010100334]; SAP Castellón 28 noviembre 2012 [CENDOJ 12040370022012100164]; SAP Castellón 6 septiembre 2013 [JUR 2013/349850]; STS 18 enero 2017 [JUR/2017/25003]; SAP Barcelona 17 enero 2018 [ECLI:ES:APB:2018:155]; AAP Barcelona 9 octubre 2019 [ECLI:ES:APB:2019:7737A]; SAP Barcelona 14 noviembre 2019 [ECLI:ES:APB:2019:13677]; SAP Barcelona 6 noviembre 2019 [ECLI:ES:APB:2019:13081]; STSJ Cataluña 14 octubre 2015 [CENDOJ 08019310012015100097].

²³ STS 20 octubre 2014 [CENDOJ 28079110012014100504], en un caso de posible traslado del menor desde España a Brasil: "el cambio de residencia al extranjero del progenitor custodio puede ser judicialmente autorizado únicamente en beneficio e interés de los hijos menores bajo su custodia que se trasladen con él".

²⁴ El interés superior de los menores "está por encima del vínculo parental", por lo que "lo mejor o más conveniente para ellos es que sigan bajo la custodia de su madre en Tokio, en un ambiente que no les es extraño pues allí tuvo su residencia habitual la familia durante algunos años" (STS 18 abril 2018 [ECLI:ES:TS:2018:1414], que aborda el caso de unos menores con residencia en Tokio) y también la STS 17 octubre 2018 [ECLI:ES:TS:2018:3527], en la que se analiza un caso en el que el padre de los menores reside en los Estados Unidos.

²⁵ STS 20 octubre 2014 [CENDOJ 28079110012014100504].

²⁶ SAP Lugo 22 diciembre 2015 [CENDOJ 27028370012015100471]; SAP Asturias 5 julio 2013 [CENDOJ 33024370072013100293]; AAP Madrid 15 octubre 2002 [CENDOJ 28079370222002200281]; SAP Asturias 30 abril 2007 [CENDOJ 33024370072007100172].

C) El traslado del domicilio del menor, tácitamente consentido, de un país a otro

36. ¿Es posible el consentimiento tácito de un progenitor al traslado del domicilio del menor a otro país? El consentimiento al traslado por parte de un titular del derecho de custodia debe ser un "consentimiento claro, terminante e indubitado", ya que el consentimiento presunto no produce efecto legal alguno²⁷. La existencia de un consentimiento tácito podría ser entendida y justificada si existe conocimiento por parte del otro progenitor del traslado y no se opone al mismo; por tanto, no existiría vulneración del derecho de custodia aunque posteriormente el progenitor que tácitamente consintió proteste o manifieste su desacuerdo en relación con dicho traslado, lo que ocurre en numerosas ocasiones²⁸.

37. En estos casos de probable consentimiento tácito, deben analizarse las circunstancias concretas del caso en cuestión con el fin de que no exista duda alguna sobre ese traslado "consentido". Un buen práctico del Derecho debería acreditar, por ejemplo, que un padre, una madre y un hijo, los tres de nacionalidad española y con residencia habitual en Washington D.C (EEUU), viajaron a España con la intención de que el menor permaneciera en este último país con la madre al haberse producido la quiebra de la convivencia conyugal y tras ser iniciado un procedimiento de divorcio por los cónyuges. Debería, igualmente, ser probado en este caso que el padre ha facilitado la documentación necesaria para que el menor permanezca en España con la madre, sin que en ningún momento el progenitor objetara que tal documentación se proporcionaría para un tiempo limitado y determinado, así como que ha pagado el viaje en avión a España de la madre y del hijo, sin billete de vuelta. Acreditadas las circunstancias de hecho relatadas, difícilmente podría entenderse que existiera una sustracción ilícita del menor, ya que con sus actos propios ("*non venire contra factum proprium*"), el progenitor habría consentido tácitamente el traslado.

38. En otros supuestos de hecho, si consta un acuerdo entre los titulares de la custodia para trasladar a los menores por un período determinado y dicho acuerdo se infringe, existe "retención ilícita de los menores". En tal supuesto, es aplicable el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 octubre 1980 para lograr la restitución del menor al país de su residencia habitual, como ha puesto de relieve la jurisprudencia²⁹. De igual manera, si existe acuerdo para trasladar al menor a un país pero se le traslada a otro distinto, el traslado es "no consentido" y por tanto "ilícito" y de nuevo, el citado convenio internacional es aplicable para conseguir el retorno del menor al país de su precedente residencia habitual³⁰.

III. Libertad de circulación y residencia de los ciudadanos. Intereses en presencia: libertad de movimientos del progenitor, libertad de movimientos del menor de edad. El interés superior del menor

1. Marco constitucional español. La libertad de circulación, un derecho fundamental

39. Los fundamentos de Derecho del auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de octubre de 2019 toman como punto de partida en el derecho de cualquier ciudadano la libertad de residencia y a la libertad de circulación. Ello, en definitiva, supone el reconocimiento a toda persona de la posibilidad de desplazarse libremente de un lugar a otro del territorio nacional, así como de salir y

²⁷ AAP Palencia 20 abril 2018 [ECLI:ES:APP:2018:217]; SAP Pontevedra 2 mayo 2019 [ECLI:ES:APPO:2019:1074].

²⁸ SAP Pontevedra 17 abril 2018 [ECLI:ES:APPO:2018:354]; SAP Alicante 18 abril 2016 [CENDOJ 030653700920 16100182].

²⁹ BOE núm.202 de 24 agosto 1987; corr. errores, BOE núm. 155 de 30 junio 1989 y BOE núm.21, de 24 enero 1996. *Vid.* SAP Murcia 24 mayo 2018 [ECLI:ES:APMU:2018:1395]; SAP S. Cruz Tenerife 10 mayo 2018 [ECLI:ES:APTF:2018:628]; SAP Asturias 15 marzo 2017 [JUR\2017\106546]; SAP Baleares 28 julio 2016 [CENDOJ 07040370042016100256]; SAP Zaragoza 19 enero 2016 [CENDOJ 50297370022016100001]; SAP Barcelona 4 febrero 2014 [CENDOJ 08019370182014100104].

³⁰ SAP Baleares 9 febrero 2018 [ECLI:ES:APIB:2018:267].

entrar en él y de fijar su residencia en el lugar que elija de conformidad con lo establecido en el art. 19 de la Constitución Española³¹.

Las libertades de circulación y de residencia se encuentran reguladas en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución y gozan de la máxima protección que nuestra Carta Magna otorga a los derechos y libertades fundamentales. Se trata de materias sometidas a reserva de ley orgánica (art. 81 de la Constitución Española), que en todo caso deberá respetar su contenido esencial y vinculan a todos los poderes públicos (art. 53.1 de la Constitución Española).

40. La libertad de movimiento de las personas físicas, padres e hijos menores de edad, -en su consideración como derecho de la persona-, no viene determinada únicamente por el ordenamiento interno español sino también por el Derecho de la Unión europea. De esa manera, puede afirmarse, con F. SALERNO, que la libertad de circulación adquiere una dimensión supranacional³². Así, el derecho a la libre circulación de las personas se recoge en el art. 18 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea³³, así como también en el art. 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³⁴. La Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias³⁵, pretende alentar a los ciudadanos de la Unión Europea a ejercer su derecho a la libre circulación y residencia en los Estados miembros³⁶. Por otra parte, la libertad de circulación y residencia ha de ser relacionada con lo establecido en el art. 139.2 de la Constitución española, de manera que ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de personas en todo el territorio español.

41. Pues bien, en este momento la pregunta surge espontánea: ¿puede el interés del menor incidir en el efectivo desarrollo de estos derechos de la persona? Tanto en los supuestos de autorización de domicilio de uno de los progenitores con un hijo menor de edad, como en los casos de denegación de traslado de domicilio, pueden quedar afectados los derechos de los progenitores, y más concretamente al derecho a la libertad de movimiento de la persona y el derecho a establecer libremente su residencia así como el de su familia.

³¹ Art. 19 Constitución española: "los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos".

³² F. SALERNO, "I diritti fondamentali della persona straniera nel diritto internazionale privato: un proposta metodologica", *RDIPP*, 2014, pp. 773-802. También, en el mismo sentido, R. BARATTA, "Derechos fundamentales y Derecho internacional privado de familia", *AEDIP*, t. XVI, 2016, pp. 103-126.

³³ Art. 21 (antiguo artículo 18 TCE) TFUE: "1. Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación. | 2. Cuando una acción de la Unión resulte necesaria para alcanzar este objetivo, y a menos que los Tratados hayan previsto los poderes de acción al respecto, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio de los derechos contemplados en el apartado 1. | 3. A los efectos contemplados en el apartado 1, y salvo que los Tratados establezcan poderes de actuación para ello, el Consejo podrá adoptar, con arreglo a un procedimiento legislativo especial, medidas sobre seguridad social o protección social. El Consejo se pronunciará por unanimidad previa consulta al Parlamento Europeo".

³⁴ Art. 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: "Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. 2. De conformidad con lo dispuesto en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, se podrá conceder libertad de circulación y de residencia a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro."

³⁵ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) n° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (Texto pertinente a efectos del EEE) (DOUE L 158 de 30 abril 2004).

³⁶ En virtud de la Directiva 2004/38/CE, se consideran miembros de la familia a: el cónyuge (también cuando es del mismo sexo, tal como precisó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su STJUE 5 junio 2018, C-673/16, *Coman-Hamilton* [ECLI:EU:C:2018:385]), la pareja registrada, si la legislación del Estado miembro de acogida equipara la relación de pareja registrada al matrimonio; los descendientes directos menores de veintiún años o a cargo, incluidos los del cónyuge o de la pareja registrada; y los ascendientes directos a cargo, incluidos los del cónyuge o de la pareja registrada

42. Como ha indicado la doctrina del Tribunal Constitucional, la restricción de los derechos fundamentales puede operar, -y por tanto es constitucionalmente legítima-, cuando cumple con el principio de proporcionalidad:

"(...) la estricta observancia del principio de proporcionalidad, concretado, a su vez, en las tres siguientes condiciones: «si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)» (STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 7)³⁷.

43. El auto dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de octubre de 2019 y aquí comentado se hace eco de la doctrina del Tribunal Constitucional, -aunque no la menciona expresamente-, que ha subrayado que las resoluciones judiciales españolas en las que se acuerda el cambio de domicilio de los menores de edad, han de respetar el principio de "proporcionalidad constitucional". En este contexto constitucional, la medida judicial acordada observará el principio de proporcionalidad si la autorización de traslado, o su denegación, (i) es idónea para proteger el interés del menor (*juicio de idoneidad*); (ii) si la medida judicial es necesaria, y no existe posibilidad de acordar cualquier otra medida más moderada para conseguir el objetivo pretendido (*juicio de necesidad*); y, finalmente, (iii) si la medida judicial sobre el traslado es equilibrada por ser la más beneficiosa y menos perjudicial para todos los derechos en juego (*juicio de proporcionalidad en sentido estricto*).

44. Por tanto, cuando el progenitor cuidador principal, a quien se ha atribuido la guarda y custodia del hijo menor por resolución judicial, expresa su deseo de trasladar su domicilio está ejerciendo su derecho a la libre circulación. Ahora bien, si pretende trasladar también el domicilio del hijo menor, y puesto que dicha decisión no corresponde de forma unilateral al progenitor custodio, habrá de ser valorado su derecho fundamental de residencia, domicilio y deambulación en relación con el interés del menor, que debe ser tutelado de manera preferente. Y al realizar ese juicio de valor, el TS se ha pronunciado en el sentido de adoptar decisiones que tiendan a obtener el mayor beneficio para el menor en caso de traslado de su domicilio, de tal manera que en caso de incidir en el derecho del progenitor en su libertad de movimiento, prevalecerá el interés del menor incluso si ello pudiera comportar un cambio en el régimen de guarda y custodia acordado previamente mediante en sentencia judicial. Así, la sentencia del Tribunal Supremo nº 642/2012 de 26 de octubre de 2012³⁸ precisa:

"Es cierto que la Constitución Española en su artículo 19 determina el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia, y a salir de España en los términos que la ley establezca. Pero el problema no es este. El problema se suscita sobre la procedencia o improcedencia de pasar la menor a residir en otro lugar, lo que puede comportar un cambio radical tanto de su entorno social como parental, con problemas de adaptación. De afectar el cambio de residencia a los intereses de la menor, que deben de ser preferentemente tutelados, podría conllevar, un cambio de la guarda y custodia".

45. Siguen el mismo criterio que la anterior las sentencias del Tribunal Supremo de 20 octubre 2014 y de 18 enero 2017³⁹.

46. En consecuencia, respecto a los cambios de domicilio del menor y su relación con la patria potestad y con el ejercicio del derecho a la circulación de quien solicita trasladar su domicilio, el TS viene sosteniendo lo siguiente.

³⁷ Véase STC 199/2003, de 5 de diciembre (SP/SENT/743798), FJ7 y STC 23/2014, de 13 de febrero (SP/SENT/753483).

³⁸ STS 26 octubre 2012, nº 642/2012 [CENDOJ: 28079110012012100608].

³⁹ STS 20 octubre 2014, nº 536/2014 [CENDOJ: 28079110012014100504]; STS 18 enero 2017, nº 18/2017 [CENDOJ: 28079110012017100002].

- 1º) La decisión sobre el lugar de la residencia habitual del menor y su eventual cambio está incluida en la patria potestad, cuya titularidad, con carácter general, es conjunta de ambos progenitores. Por tanto, el cambio de domicilio del menor ha de ser acordado de mutuo acuerdo por ambos padres y no puede ser decidido de forma unilateral por uno solo de los progenitores.
- 2º) El ejercicio del derecho fundamental a la libertad de circulación del progenitor que pretende trasladar su domicilio con el menor puede conllevar un cambio de la titularidad de la guarda y custodia acordada previamente mediante resolución judicial. Y ello porque la protección del menor será preferente, con independencia de que el efectivo ejercicio del citado derecho fundamental se vea colisionado con ello.

2. El interés del menor y el cambio del domicilio del menor. Criterios para su determinación y valoración judicial

A) Casos internos. La jurisprudencia toma el poder. El Tribunal Supremo, *maker of rules*

47. Es jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo español que el principio rector de toda decisión judicial relativa a los menores debe ajustarse al principio del interés superior del menor⁴⁰. Es también un mandato derivado de innumerables instrumentos legales españoles, europeos e internacionales, lo que ha hecho que, con toda Justicia, se pueda afirmar que el Derecho de Familia español es, en la actualidad, un “Derecho puerocéntrico”, en feliz expresión de E. JAYME⁴¹. Se trata del interés preferentemente tutelado por la ley española y prevalece frente a cualquier otro interés que se pueda tomar en consideración para adoptar una medida relativa a los menores. Y ese interés, en el caso que nos ocupa, se concreta en que si se autoriza el traslado del menor no quede afectado desarrollo emocional del menor, la progresión de su personalidad, su estabilidad y el contacto con progenitores y hermanos⁴².

48. El juez español, cuando deba decidir si lo mejor para el menor es quedarse en la misma ciudad o trasladarse a otra distinta, habrá de hacer una simulación de escenarios basada en hechos objetivos y deberá plantearse cómo se va a solucionar en la nueva ciudad el problema de la vivienda, colegio, atención médica, apoyos del progenitor custodio, etc.. Y esos mismos elementos tendrá que valorarlos el juzgador en la ciudad donde actualmente reside.

49. En un marco supranacional, la Convención de los Derechos del Niño de la Asamblea General de las Naciones Unidas⁴³, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España en 1990, señala que se atenderá primordialmente al interés del menor en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las autoridades públicas y los tribunales (art. 3). Son diferentes los preceptos de la Convención que hacen referencia, por un lado, al derecho del niño a relacionarse con ambos padres (art. 10.2), por otro, a la obligación común que tienen ambos progenitores de respecto a la crianza y desarrollo del niño (art. 18)

50. La normativa internacional tiene su reflejo en la legislación española, concretamente en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, modificada por la LO 8/2015⁴⁴.

⁴⁰ STS de 19 de noviembre de 2015, nº 664/2015, Recurso de casación nº 2724/2014, ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas

⁴¹ E. JAYME, “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”, *RCADI*, 1995, vol.251, pp. 9-267; Id., “Kulturelle Identität und Kindeswohl im internationalen Kindschaftsrecht”, *IPRax*, 1996, 4, pp. 237 y ss.; Id., “Diritto di famiglia: società multiculturali e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato”, *RDIPP*, 1993, pp. 295-304.

⁴² TS 748/2014, de 11 de diciembre; STS 642/2012.

⁴³ Instrumento de ratificación de la Convención de los Derechos del Niño de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989 (BOE núm. 313 de 31 diciembre 1990).

⁴⁴ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 15, de 17 enero 1996).

El art. 2 de la indicada ley determina que los aspectos en los que se especifica el interés del menor son la satisfacción de las necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas; el mantenimiento de su entorno familiar; y la preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor.

51. El auto de la Audiencia Provincial de Barcelona que se analiza en este trabajo, con cita de resoluciones dictadas por el Tribunal de Justicia de Cataluña y de la Audiencia Provincial de Barcelona, realiza una exhaustiva enumeración de los criterios a considerar para autorizar o no un cambio de domicilio⁴⁵. En esta línea, señala el juzgador que:

“hay que ponderar los diferentes intereses en juego – los del niño, los de los padres y los de orden público- y, en concreto, la vinculación con la figura parental que quiere el cambio, la motivación legítima de tal progenitor o progenitora, la falta de implicación del otro, la edad del menor, la capacidad de adaptación del menor, la familiaridad del menor con el lugar de traslado, la garantía de mayor bienestar para el menor derivada del bienestar de su cuidador, la posibilidad del mantenimiento de un régimen de relación suficiente con el progenitor que se queda, la opinión del niño teniendo en cuenta su edad y madurez, las propuestas respecto a los arreglos prácticos de la reubicación (alojamiento, educación y empleo), los motivos a favor o en contra de la reubicación cuando sea importante para la determinación del resultado, cualquier antecedente de violencia o abuso familiar, el impacto que producirá la concesión o denegación de la reubicación del niño, en el contexto de su familia, etc...”

52. A partir de los mencionados criterios, fundamento esencial de su decisión, el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de octubre de 2019 señala que la decisión de la madre fue precipitada. Ésta realizó el cambio de domicilio de su hijo menor de una manera unilateral y sin el debido consentimiento paterno, así como desprovista de toda autorización judicial. Se trató, pues, de un traslado de domicilio del menor efectuado por la vía de hecho, sin atención al derecho del menor a relacionarse con sus padres, y sin respeto por la función judicial en estos casos de desacuerdos entre los progenitores.

Como ha indicado M. HERRANZ BALLESTEROS, la cuestión del cambio del domicilio del menor ha llegado a los estrados del Tribunal Supremo a través del recurso de casación, vista la presencia de "interés casacional" (art. 477.3 LEC)⁴⁶. La diferente e incluso contradictoria jurisprudencia de las Audiencias Provinciales al respecto y la desviación de ciertas Audiencias Provinciales de la doctrina del Tribunal Supremo sobre el particular, constituyen los dos elementos que han permitido a éste forjar una consolidada doctrina sobre el régimen jurídico del cambio de domicilio del menor, tanto en los casos en los que éste se produce dentro de España como cuando se verifica desde un país a otro.

53. En la línea del razonamiento empleado por el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de referencia, la jurisprudencia del Tribunal Supremo toma en consideración diversos criterios para valorar adecuadamente la procedencia de un cambio de domicilio del menor. Entre tales criterios, elementos y datos, se deben subrayar, como más relevantes, los siguientes⁴⁷.

a) *Razonabilidad del cambio.* Es decir, que el traslado de domicilio del menor no obedezca a un mero capricho del progenitor, sin justificación alguna, o que el traslado esté guiado por

⁴⁵ STSJ Cataluña de 14 julio 2016 [ROJ: STSJ CAT 6060/2016 - ECLI:ESTSJCAT:2016:6061]; STSJ 21 diciembre 2015 [ROJ: STSJ CAT12437/2015 - ECLI:ESTSJCAT:2015:12437]; SAP Barcelona 17 enero 2018 [ROJ: 155/2018]; STSJ Cataluña 21 diciembre 2015 [ROJ: STSJ CAT12437/2015 - ECLI:ESTSJCAT:2015:12437].

⁴⁶ Vid. M. HERRANZ BALLESTEROS, “Traslado del domicilio del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*, vol. 2, Murcia, Rapid Centro Color S.L., 2019, pp. 567-586.

⁴⁷ STS 17 octubre 2018 [ROJ: STS 3527/2018 - ECLI: TS:2018:3527]; STS 18 abril 2018 [ROJ: STS 1383/2018 - ECLI: TS:2018:1383]; STS 12 enero 2017 [ROJ: STS 18/2017 - ECLI: TS:2017:18]; STS 10 septiembre 2015 [ROJ: STS 3796/2015 - ECLI: TS:2015:3796]. Vid. A.J. PÉREZ MARTÍN, “Petición de cambio de custodia por traslado del progenitor custodio a la ciudad donde reside su nueva pareja”, *Revista de Derecho de Familia*, nº 83, Abril-Junio 2019.

el ánimo de restringir o eliminar la relación de los hijos con el otro progenitor, de manera que se busque con ello el propósito malintencionado e irracional de entorpecer las relaciones parentales con el progenitor no custodio⁴⁸.

- b) *Fecha en la que se ha producido el cambio de residencia.* Si se tiene en consideración que un número importante de traslados del menor se realiza siguiendo la estela de los hechos consumados, esto es, "a las bravas", no es difícil llegar a la conclusión de que, finalmente, y ante la consolidación de la residencia del menor en otra ciudad o en otro país, el Tribunal Supremo haya valorado el interés del menor en función del tiempo de permanencia en su nueva residencia⁴⁹.
- c) *Vinculación afectiva y proximidad de los hijos con ambos progenitores.* Criterio que supone que prime de manera especial para valorar el interés del menor quién es el cuidador principal y si apartarle de éste último puede perjudicar las dinámicas educativas y de organización vital de los hijos⁵⁰.
- d) *La opinión del menor sobre el cambio de residencia.* Dicha opinión tendrá una especial relevancia en función de la edad que tenga dicho menor, ya que éste será más receptivo a un traslado en edades tempranas, mientras que en la adolescencia podría mostrar mayor reticencia al cambio de domicilio⁵¹.

B) Casos internacionales. La regla material corrige a la regla conflictual a través del interés del menor.

54. En el ámbito del Derecho internacional privado, los cambios de domicilio del menor de un país a otro pueden estar sujetos a lo que disponga un Derecho extranjero. En efecto, el Derecho del país de la residencia habitual del menor rige esta cuestión (arts. 15-17 Convenio de La Haya 19 octubre 1996). En estos casos, se verifica el temido y misterioso "salto en la oscuridad" (*Sprung ins Dunkle*), propio de toda norma de conflicto clásica, en famosa expresión debida a L. RAAPE⁵². Habrá, pues, que habrá que estar a lo que establezca tal Derecho extranjero al respecto. Los preceptos citados pueden remitir la regulación de la cuestión a un Derecho extranjero del que, en principio se desconocen sus normas legales y los resultados a los que conduce la aplicación de las mismas. Y sabido es, como muestra el estudio de L. LÓPEZ-MUELAS / P. ZABALGO, que los diferentes Derechos estatales atribuyen la custodia del menor, en casos de divorcio y similares, con arreglo a criterios muy distintos⁵³. La preferencia en favor de la madre, ilustra N. LOWE, sigue siendo un parámetro muy extendido en numerosas legislaciones⁵⁴.

⁴⁸ STS 23 julio 2018, nº 482/2018 [CENDOJ: 28079110012018100458]. por la que se atribuye la custodia al padre ya que "1º. No ha existido una razón objetiva que justifique el cambio de criterio de la madre respecto al traslado de la residencia; 2º. Por el contrario, dicha decisión aparece como resultado de su postura poco favorecedora del contacto entre padre e hijo o, al menos, como manifestación de la poca importancia atribuida a tal relación; 3º. No existe prueba alguna de que el cambio favorezca al menor. Antes bien, por efecto del traslado se habría de producir una situación forzada de desubicación que podría haberse evitado con la permanencia de la madre en la ciudad de Melilla".

⁴⁹ STS 18 abril 2018 [ECLI:ES:TS:2018:1414], en la que autoriza el cambio de domicilio de un menor a Oñati efectuada tres años antes, por lo que no considera aconsejable trasladar de nuevo al niño ya adaptado a Oñati.

⁵⁰ SAP Barcelona 1 abril 2016 [ECLI: ES:APB:2016:3423], que favorece el cambio de domicilio de la madre y sus hijos ya que es la que ha asumido las principales cargas parentales y no puede exigirse a dicha progenitora que renuncie a sus expectativas vitales y a su felicidad personal formando una nueva familia por la sola causa de garantizar la servidumbre de las visitas del padre a los hijos.

⁵¹ SAP Barcelona 8 abril 2016 [ECLI: ES:APB:2016:3303] en la que se analiza las reticencias al cambio de domicilio extraídas de la exploración de los menores.

⁵² L. RAAPE, "Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes du droit international privé", *RCADI*, 1934, vol.50, pp. 405-544.

⁵³ L. LÓPEZ-MUELAS / P. ZABALGO, "La regulación de la patria potestad y guarda y custodia en derecho comparado: España, Italia, Inglaterra, Alemania, Chile y EE.UU", *Diario La Ley* Nº 9443, Sección Tribuna, 25 de Junio de 2019.

⁵⁴ N. LOWE, "Une étude sur les droits et le statut juridique des enfants qui sont élevés dans différentes formes maritales et non maritales de partenariat et de cohabitation", Consejo de Europa, Estrasburgo, 25 de septiembre de 2009, CJ-FA (2008) 5, pp. 30-32.

Es en este punto donde se aprecia una posible y compleja discordancia entre culturas, valores y normas jurídicas, afirma M.V. CARAUSAN⁵⁵.

Pues bien, nada que temer, porque ese "paracaídas del Derecho internacional privado", como señaló P. MENGGOZZI, que es el orden público internacional, está siempre vigilante⁵⁶. El principio del interés del menor constituye la columna vertebral esencial del orden público internacional español y opera como correctivo en los casos en los que un Derecho extranjero permita un cambio de domicilio del menor que perjudique a éste en cualquier modo. Como ha escrito S. VRELLIS, en realidad el interés del menor es un valor, un valor vigente en Derecho Europeo y en Derecho nacional, en Derecho español, de modo que la solución jurídica que pueda considerarse mejor es la que encaja de modo más satisfactorio con dicho valor⁵⁷. La regla conflictual es la primera, sí, pero la corrección material que transporta el orden público internacional garantiza, en todo caso, y como hace notar R.M. MOURA RAMOS, una prevalencia del interés del menor en estos supuestos⁵⁸.

55. Es preciso añadir que, en los casos con elementos internacionales, para decidir si el titular de la responsabilidad parental puede trasladar a otro país su domicilio y también el domicilio del menor cuya custodia ostenta, los tribunales españoles emplean cada vez con mayor frecuencia los parámetros recogidos por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado como resultado de una reunión entre expertos de varios Estados celebrada en Washington en marzo de 2010.

Se trata de una serie de elementos, datos y criterios materiales que resultan ser similares a los que viene utilizando el Tribunal Supremo español en los cambios de domicilio de los menores de edad: el derecho del niño a mantener relaciones personales con ambos progenitores; la opinión del menor; las razones del traslado; la existencia de un clima familiar violento; las relaciones familiares previas; las decisiones familiares previas en materia de custodia y derechos de visita; el impacto de una negativa al traslado sobre el niño y los padres; la naturaleza de las relaciones paterno-filiales y el compromiso del progenitor que quiere trasladarse respecto al mantenimiento de las relaciones personales con el otro progenitor; si las propuestas para el ejercicio del derecho de visita son realistas, entre otras.

56. En un intento más que loable de unificar criterios internacionales con los propios del Derecho interno español para tomar una decisión respecto al traslado del menor con su madre, resulta curioso percibir que la resolución que se examina en el presente trabajo, -este auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de octubre de 2019-, hace referencia en sus fundamentos de Derecho a los criterios establecidos por la Comisión Europea de Derecho de familia (UE) en los Principios de Derecho Europeo de Familia relativos a la responsabilidad parental, en cuyo capítulo V titulado "Contenido de la responsabilidad parental", recoge en su principio 3:21, lo que sigue: "*Cambio de residencia*" que indica que "(3) La autoridad competente tendrá especialmente en cuenta: (a) la edad y la opinión del niño; (b) el derecho del niño a mantener relaciones personales con los otros titulares de la responsabilidad parental; (c) la capacidad y voluntad de los titulares de la responsabilidad parental para cooperar; (d) la situación personal de los titulares de la responsabilidad parental; (e) la distancia geográfica y las facilidades de acceso; (f) la libre circulación de personas".

⁵⁵ M.V. CARAUSAN, "Is European Union at the Heart of Citizens' Identity?", *Juridica*, 2011, p. 59, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1987158>.v

⁵⁶ P. MENGGOZZI, *Il diritto internazionale privato italiano*, Ed. Scientifica, Napoli, 2004, pp. 200-204.

⁵⁷ S. VRELLIS, "Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé. A la recherche de la justice", *RCADI*, 2007, vol. 328, pp. 175-486.

⁵⁸ R.M. MOURA RAMOS, "Regards sur les sources et les méthodes du droit international privé de la famille dans l'espace européen", en I. PRETELLI/G.P. ROMANO/T. ROSSI (ÉDS.), *Tui Memores – La dimension culturelle du droit international privé. Actes de la Journée en l'honneur de Tito Ballarino du 13 juin 2014 à Lausanne et Essais recueillis par ses amis et élèves*, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Genève, Zurich, Schulthess Éditions Romandes, 2017, pp. 85-131. Muy similar la idea, también, en D. MARTINY, "Overriding mandatory provisions in EU family law regulations", en *International and national perspectives on child and family law: essays in honour of Nigel Lowe*, Cambridge, Intersentia, 2018, pp. 297-311.

57. Desde una perspectiva de un mundo globalizado como el actual, y para tratar de contestar a la difícil pregunta de qué es el interés del menor, esto es, con quién estará mejor el niño, con su padre o con su madre, se debe huir de posturas de inmovilismo y de criterios personales. En esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1ª, de 27 de abril de 2017 entiende que no cabe partir de *“un criterio inmovilista de la familia que se enfrenta con el modo de vida actual en que los cambios de residencia y los matrimonios entre nacionales de diferentes países es habitual”*⁵⁹.

58. En íntima relación con esta línea doctrinal, es importante tener en consideración que los menores que son fruto de progenitores de diferentes nacionalidades o que han crecido en un país diferente al de su nacionalidad, suelen ser acreedores de dos o más culturas y pueden tener entornos familiares en países distintos a los que se desplazan con relativa frecuencia. Por ello, estos menores pueden tener su arraigo en dos países distintos y su identidad puede ser, y de hecho es, multicultural, multilingüe y multinacional. En este sentido, no se puede dar preferencia a un entorno familiar o cultural sobre otro. Lo esencial será determinar si el cambio de domicilio redundará en el beneficio del menor, más allá de criterios de nacionalidad, lugar de nacimiento o procedencia de los progenitores.

59. Como indica la Sentencia el Tribunal Supremo de 10 septiembre 2015, no todos los cambios son necesariamente negativos. Como norma general los menores deben permanecer con el progenitor que tenga mejor posición para atenderlos, y su valoración requiere analizar cada aspecto de la vida del menor, de cada concreto menor. Importante tarea será, por tanto, con el fin de acreditar el interés del menor, desplegar una actividad probatoria prolija y completa de todas las circunstancias del menor y de su entorno social, familiar y emocional.

IV. Perspectiva procedimental para la autorización / desautorización judicial del cambio de domicilio del menor

60. En Derecho español, los cambios de domicilio del menor habrán de ser autorizados judicialmente de no existir el mutuo acuerdo de los progenitores pero el Código Civil no señala el procedimiento en que deben decidirse las discrepancias en el ejercicio de la patria potestad. El art. 158 CC determina que la decisión judicial del traslado se adoptará dentro de cualquier proceso penal, civil o de jurisdicción voluntaria. El CCCat dispone en su art.236-11 que en caso de desacuerdo en el ejercicio de la potestad, cualquiera de los progenitores puede acudir a la autoridad judicial habiendo escuchado al otro progenitor o a los hijos mayores de doce años o menores que tengan conocimiento.

61. Por tanto, dos opciones procedimentales parecen claras en Derecho interno para solicitar un cambio en la residencia habitual de los hijos menores: el procedimiento para modificación de medidas previsto en el art. 775 LEC y el expediente de jurisdicción voluntaria que regula las discrepancias en el ejercicio de la patria potestad de los arts. 85 y 86 de la Ley 15/2015, relativos a la intervención judicial en caso de discrepancias en el ejercicio de la patria potestad⁶⁰.

⁵⁹ SP/SENT/1012572.

⁶⁰ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158 de 3 julio 2015). Art. 85 LJV: *“1. En los expedientes a que se refiere este Capítulo, una vez admitida la solicitud por el Secretario judicial, éste citará a la comparecencia al solicitante, al Ministerio Fiscal, a los progenitores, guardadores o tutores cuando proceda, a la persona con capacidad modificada judicialmente, en su caso o al menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de 12 años. Si el titular de la patria potestad fuese un menor no emancipado, se citará también a sus progenitores y, a falta de éstos, a su tutor. Se podrá también acordar la citación de otros interesados.2. El Juez podrá acordar, de oficio o a instancia del solicitante, de los demás interesados o del Ministerio Fiscal, la práctica durante la comparecencia de las diligencias que considere oportunas. Si estas actuaciones tuvieron lugar después de la comparecencia, se dará traslado del acta correspondiente a los interesados para que puedan efectuar alegaciones en el plazo de cinco días.3. No será preceptiva la intervención de Abogado ni de Procurador para promover y actuar en estos expedientes.”* Art. 86: *“Se aplicarán las disposiciones de esta sección cuando el Juez deba intervenir en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad ejercitada conjuntamente por los progenitores. También serán de aplicación en los casos en que esté legalmente prevista la autorización o intervención judicial cuando el titular de*

Es competente para el conocimiento de los asuntos relativos a autorizaciones judiciales relativas al ejercicio de la patria potestad el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del hijo. Aunque, si el ejercicio conjunto de la patria potestad por los progenitores hubiera sido establecido por resolución judicial, esto es, si existiera una resolución judicial previa que regule las medidas derivadas de la ruptura, tal y como es el caso objeto de este estudio, resulta competente para conocer del expediente de jurisdicción voluntaria el Juzgado de Primera Instancia que hubiera acordado previamente las medidas paterno-filiares (art. 86.2 de la Ley 15/2015).

62. El procedimiento de jurisdicción voluntaria para autorizar judicialmente los cambios de domicilio del menor se puede iniciar por solicitud de cualquiera de las personas que son titulares de la patria potestad (art. 86.3 de la Ley 15/2015). Una vez admitida la solicitud por el Secretario judicial, continuará el procedimiento con la celebración de una comparecencia en la que se citará al solicitante, al Ministerio Fiscal, a los progenitores, guardadores o tutores. Igualmente, se citará al menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de 12 años (art. 85.1 de la Ley 15/2015). Durante la práctica de la comparecencia el Juez puede acordar, de oficio o a instancia de las partes y demás interesados la práctica las diligencias que considere oportunas (art. 85.2 de la Ley 15/2015).

63. El auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de octubre de 2019 pone de relieve en su fundamentación jurídica que el procedimiento seguido por el padre para desautorizar el traslado (arts. 88 y 89 de la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria) no reúne los requisitos de suficiencia de alegación y prueba. Además, en un procedimiento de jurisdicción voluntaria como el seguido por el padre, podría quedar alterado el principio de intangibilidad de las sentencias ya que previamente existía una sentencia judicial firme sobre distintas medidas paterno-filiares en relación al hijo menor. Por tanto, la discrepancia entre los padres *“no es puntual y supone un impacto o influencia importante en las medidas adoptadas en el procedimiento de ruptura”*. Razones todas ellas que sirven para desautorizar el traslado de domicilio y compeler a los progenitores para que insten un procedimiento de modificación de medidas que resuelva sobre todas las cuestiones a las que afecta el cambio de domicilio del menor (su autorización o no, régimen de visitas del padre, contribución a gastos, etc..)

64. Y es que, tal y como explica la resolución judicial analizada, en los casos en que existan medidas específicas previas adoptadas por una sentencia judicial, si se produce un cambio de domicilio no consentido por uno de los progenitores y no autorizado judicialmente se deberá acudir (con preferencia a la jurisdicción voluntaria) al procedimiento de modificación de medidas previsto y regulado en el art. 775 LEC⁶¹ (art. 233-9 CCCat para el caso de Cataluña).

La autorización de cambio de domicilio del menor, cuando existe anteriormente una sentencia firme sobre medidas paterno-filiares, supone necesariamente una pretensión de modificación de efectos de la referida sentencia anterior, puesto que el traslado del hijo *“también puede arrastrar un cambio en el sistema de guarda, de centro escolar y actividades de los hijos, en la forma de relacionarse los progenitores con el menor y hasta en el régimen alimenticio y de atención a los gastos de desplazamiento,*

la patria potestad fuere un menor de edad no emancipado y hubiere desacuerdo o imposibilidad de sus progenitores o tutor.2. Será competente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del hijo. No obstante, si el ejercicio conjunto de la patria potestad por los progenitores hubiera sido establecido por resolución judicial, será competente para conocer del expediente el Juzgado de Primera Instancia que la hubiera dictado.3. Están legitimados para promover este expediente ambos progenitores, individual o conjuntamente. Si el titular de la patria potestad fuese un menor no emancipado, también estarán legitimados sus progenitores y, a falta de éstos, su tutor”.

⁶¹ Art. 775 LEC: *“Modificación de las medidas definitivas. 1. El Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges, podrán solicitar del tribunal que acordó las medidas definitivas, la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas. | 2. Estas peticiones se tramitarán conforme a lo dispuesto en el artículo 770. No obstante, si la petición se hiciera por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro y acompañando propuesta de convenio regulador, regirá el procedimiento establecido en el artículo 777. | 3. Las partes podrán solicitar, en la demanda o en la contestación, la modificación provisional de las medidas definitivas concedidas en un pleito anterior. Esta petición se sustanciará con arreglo a lo previsto en el artículo 773”.*

y por ello tal pretensión no es base con claridad de un procedimiento de intervención judicial por desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad ejercida conjuntamente por los progenitores" (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de octubre de 2019).

65. Sin embargo, el procedimiento de jurisdicción voluntaria resulta más apropiado cuando no existan medidas previas acordadas por resolución judicial en relación al menor, o se planteen discrepancias concretas respecto a un acto de trascendencia jurídica en la que sea necesario, para que tenga validez, el consenso de ambos progenitores. Es el procedimiento más idóneo cuando la decisión judicial dirimiente no altere el equilibrio existente entre el conjunto de las medidas establecidas en sentencia firme⁶².

66. En el caso objeto del auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de octubre de 2019, el juzgador subraya que la discrepancia entre los padres *"no es puntual y supone un impacto o influencia importante en las medidas adoptadas en el procedimiento de ruptura"*. Razones todas ellas que sirven para desautorizar el traslado de domicilio y compeler a los progenitores para que insten un procedimiento de modificación de medidas que resuelva sobre todas las cuestiones a las que afecta el cambio de domicilio del menor (su autorización o no, régimen de visitas del padre, contribución a gastos, etc.), que recoge el art. 775 LEC.

67. Sin embargo, pese a la idoneidad del procedimiento de modificación de medidas para el caso objeto de examen, -cambio de domicilio del menor con sentencia de medidas paterno-filiares previa-, si el padre hubiera instado como primera opción un procedimiento de modificación de medidas, en lugar de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, y, finalmente, hubiera obtenido una sentencia que no autorizara el traslado del menor, las consecuencias prácticas de dicha resolución judicial habrían sido lentas y poco seguras en orden a la restitución del menor a su domicilio de origen.

Ello sucede así porque el procedimiento de modificación de medidas regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, a diferencia de otros instrumentos normativos de Derecho internacional privado que rigen los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, no prevé una "acción directa" para el retorno inmediato del menor a la localidad donde tenía establecida su residencia habitual, máxime cuando la madre, como en el caso aquí objeto de estudio, decidió de forma unilateral y sin consentimiento del otro progenitor y sin acudir, tampoco a la autoridad judicial, cambiar el domicilio del menor por la vía de los hechos consumados. Que es, siempre, recuerda CH. CHALAS, la vía más contraria a Derecho, pues es la vía de la fuerza⁶³.

68. Es en este punto donde se puede hallar una quiebra, o mejor dicho, un agravio comparativo en el sistema judicial español dependiendo de si el cambio de domicilio del menor sin consentimiento del otro progenitor se ha producido dentro del territorio español o si el mismo ha sido efectuado a otro país distinto a España.

69. En el primero de los casos -traslado no consentido a otra ciudad o población española-, se podrá poner en marcha por el progenitor afectado un procedimiento de modificación de medidas que, a buen seguro, será lento e ineficaz, puesto que no permite actuar con agilidad y rapidez con respecto al traslado ya consumado, así como tampoco prevé una colaboración entre autoridades para la localización y devolución del menor al domicilio de origen. El procedimiento de modificación de medidas de la LEC tampoco dispone de una acción directa dirigida a lograr la restitución del menor al lugar de su residencia habitual anterior.

En el caso resuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona que es materia de este análisis, la secuencia de hechos y de procedimientos judiciales instados conduce a una conclusión pesimista en cuanto a la relación entre medios empleados para desautorizar el traslado y resultados. En primer lugar,

⁶² AAP Barcelona, sec 12, de 31 mayo 2017 [ROJ:AAP B 6367/2017].

⁶³ CH. CHALAS, "Précisions sur la résidence habituelle et la procédure de retour de l'enfant dans le Règlement Bruxelles II bis", *RCDIP*, 2018-I, pp. 115-125.

porque la madre procedió por la vía de los hechos a consumir un traslado del menor sin consentimiento del otro progenitor. En segundo lugar, porque el procedimiento judicial elegido por el padre para solicitar que el juez desautorizara el cambio de domicilio del niño fue el de jurisdicción voluntaria, que además de tratarse de un procedimiento extremadamente lento en la mayoría de los juzgados españoles, no era el procedimiento idóneo en el caso concreto enjuiciado por existir unas medidas judiciales previas en relación al menor (guarda y custodia, régimen de visitas, alimentos...etc) a las que afectaría la autorización/no autorización del traslado; por lo que el procedimiento judicial idóneo a seguir debía ser el contradictorio de la modificación de medidas. Y en tercer lugar, porque a pesar que la Audiencia Provincial de Barcelona deja sentado en su auto de 9 de octubre de 2019 que la decisión unilateral de la madre fue precipitada y faltó el debido consentimiento paterno, el resultado de un pleito de modificación de medidas resulta totalmente incierto dado el tiempo transcurrido desde el traslado. Y ello porque el cambio de domicilio se llevó a efecto por la madre en el mes de noviembre del año 2018 y, por tanto, cuando se valore el interés del menor en el procedimiento de modificación de medidas, dos o tres años después del traslado, quizá dicho interés haya variado en relación al momento inicial del cambio. No es de extrañar que, cuando se dicte definitiva sentencia, el niño se haya adaptado por completo a su nueva localidad, a sus nuevas circunstancias y no sea conveniente entonces volver a propiciar un cambio de su centro de vida social. Incluso para el caso de que el juez no autorizara el cambio de domicilio del menor, dicha sentencia judicial sería de complicada ejecución por los mismos motivos de adaptación del niño a su nuevo entorno.

70. En el segundo de los casos, esto es, en los supuestos de cambios no consentidos de domicilio a países distintos a España, un traslado brusco y no consentido por el otro progenitor de un menor tendría como respuesta la aplicación inmediata del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, siempre que el traslado del menor tenga lugar entre Estados partes en el mismo. Ello, en definitiva, supondría, en primer lugar, una colaboración entre las distintas autoridades de los Estados implicados en orden a la localización y devolución del menor. Y en segundo lugar, la aplicación del convenio referido pondría en funcionamiento la acción directa para garantizar la restitución del menor a territorio español sin cuestionar el fondo del asunto, esto es, quién dispone del derecho a cambiar el domicilio del menor y en qué términos se debe llevar, en su caso, a efecto.

71. De todo lo anterior se extrae que los instrumentos normativos de Derecho internacional privado que regulan los supuestos transfronterizos de cambio de domicilio del menor garantizan una estructura de cooperación internacional de autoridades para la restitución inmediata del menor de la que adolece el Derecho interno español para situaciones idénticas de cambios de domicilio no consentidos pero consumados dentro de las fronteras de España.

Con la aplicación de normas como el Convenio de La Haya citado se puede lograr el retorno del menor trasladado ilícitamente de un país a otro con pleno respeto del *statu quo* anterior al traslado, pero sin entrar nunca en el “fondo del asunto”. La puesta en marcha de este mecanismo jurídico evita las rupturas bruscas del menor con su medio, esto es, con su centro de vida social y permite velar por el cumplimiento de los derechos de custodia y visita establecidos en el Estado de origen del menor. Con ello, el convenio trata de salvaguardar el derecho del menor a relacionarse con ambos padres⁶⁴. No cabe duda alguna de que ello redundará en el interés del menor, en el fomento de una buena Administración de Justicia y también en una mayor seguridad jurídica. Aplicar estos instrumentos normativos en el ámbito del Derecho interno español, además de llevar consigo las ventajas ya indicadas, daría satisfacción a las exigencias de aplicación uniforme del Derecho de la UE por los Estados. El interés del menor es un valor hoy universal, pero eso significa, precisamente, que cada menor debe disponer de una solución diferente adaptada a su concreta situación como ha sugerido F. JIZENG⁶⁵.

⁶⁴ I. LORENTE MARTÍNEZ, *Sustracción internacional de menores. Estudio jurisprudencial, práctico y crítico*, Madrid, Ed. Dykinson, 2019.

⁶⁵ F. JIZENG, "The Relative Universality of Human Rights: Theory and Practice", *Human Rights*, n. 2, March 2013 (<https://ssrn.com/abstract=2593957>).

V. Reflexiones finales. Europeizar el Derecho español en interés del menor

72. En un mundo completamente globalizado surgen constantemente nuevas formas de familia. Es el caso de las familias reconstituidas, monoparentales, disgregadas en diversos países, con hijos adoptados y/o nacidos en virtud de técnicas de reproducción asistida o gestación surrogada, formadas por personas del mismo o distinto sexo y tantas otras. El menor se presenta como el centro de gravedad del Derecho de Familia español y europeo, que pasa a ser esencialmente puerocéntrico. El "núcleo común" del Derecho europeo y de los Derechos nacionales de los Estados miembros en este sector es, precisamente, el interés del menor individualmente considerado, puntualiza S. MARINO⁶⁶. En dicho contexto líquido, velozmente cambiante y global, los conflictos entre los titulares de la responsabilidad parental que afectan a la precisión del lugar donde el menor fija su domicilio, son cada vez más frecuentes.

73. La determinación del domicilio del menor no es cuestión baladí. Se trata del núcleo logístico de la vida personal, escolar y emocional del menor. Es el lugar donde éste encuentra la estabilidad vital que necesita para el correcto y libre desarrollo de su personalidad. Por ello, las decisiones jurídicas que afectan a la fijación de dicho domicilio revisten una importancia muy elevada. En los casos de traslado del domicilio del menor dentro del territorio español, el Derecho Civil español, común y autonómico, opera todavía con la tradicional categoría de la "patria potestad". A partir de ahí, se exige un acuerdo entre los titulares de la misma para llevar a cabo ese cambio "nacional" de domicilio y a falta de dicho acuerdo, el juez competente decidirá lo procedente. En ambos casos, el interés del menor opera como parámetro de máxima consideración. Tanto los progenitores como la autoridad judicial deben decidir el lugar del domicilio del menor de modo que ello favorezca la situación personal concreta del menor en cuestión.

74. En los casos de cambio transfronterizo del domicilio del menor dentro del territorio español, el Derecho internacional privado europeo y el Derecho internacional privado español cuentan con armas más eficaces y eficientes. Resulta paradójico que, en un Espacio Europeo de Justicia en el que España está integrada, las reglas jurídicas aplicables sean distintas según se produzca un cambio litigioso del menor dentro de España o dentro de la Unión Europea. Tan Unión Europea es Vigo como París, Alcorcón como Milán.

El menor es siempre el menor y toda norma jurídica que regula el cambio de domicilio, nacional o europeo, debe contar con los mecanismos más adecuados para asegurar la mejor estabilidad vital y desarrollo personal del menor

En este sentido, sería muy conveniente que el Derecho Civil español contase con una acción de retorno directo del menor a su anterior domicilio, similar a la contenida en el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 octubre 1980. De ese modo, un menor al que un progenitor ha forzado a cambiar de domicilio desde Murcia a Cáceres, por ejemplo, podría ser restituido directamente a Murcia, de modo que sea el juez de dicha localidad el que decida dónde debe concretarse el domicilio del menor. Así, se evitaría el perverso efecto que produce el art. 86.2 LJV, que permite atribuir la competencia para decidir sobre estos asuntos al "*Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del hijo*". Se trata de impedir que un progenitor sustractor de su hijo "fuerce" la competencia del juez que corresponde al nuevo lugar de situación del menor. Una gran, elevadísimo mérito del citado Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 octubre 1980 radica en luchar contra las situaciones y actuaciones de "de hecho" que llevan a cabo algunos padres. Impedir que un conflicto jurídico sobre el domicilio del menor se resuelva mediante el recurso a la fuerza debe ser la primera regla de la Justicia en estas controversias. En este sentido, como apunta C. THOMALE, el convenio citado refuerza un "interés del menor anticipado", pues es el juez del lugar el menor se encuentra antes de su traslado el que debe decidir dónde debe tener su domicilio dicho menor⁶⁷.

⁶⁶ S. MARINO, "Common core or enhanced cooperation in European family law?", en A. CEBRIÁN SALVAT/I. LORENTE MARTÍNEZ (DIR.), *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Granada, Editorial Comares, 2019, pp. 73-90.

⁶⁷ C. THOMALE, "Das Kinderwohl ex ante – Straßburger zeitgemäße Betrachtungen zur Leihmutterschaft (EGMR, S. 631)", *IPRax*, 2017-6, pp. 583-590.

75. Otro punto clave en la regulación del cambio nacional y transfronterizo del domicilio del menor radica en precisar, con mayor claridad, quién tiene el derecho a concretar dicho lugar. A tal efecto, la "responsabilidad parental" aparece como un concepto nuevo, preñado de matices bien dispuestos para determinar las personas que deben decidir sobre el lugar del domicilio del menor. Europeizar el Derecho Civil español a partir de las normas de Derecho internacional privado y sustituir el concepto de patria potestad por el responsabilidad parental es una buena decisión de política jurídica que beneficiaría al menor implicado en un traslado litigioso de su domicilio.

76. Los hijos no son propiedad del Estado ni son tampoco propiedad de los padres. No son propiedad de nadie porque no son ni cosas ni objetos sino sujetos de Derecho, personas titulares de derechos individuales, subjetivos y fundamentales. Ahora bien, para su protección, los menores deben contar con garantías legales que aseguren que los titulares de la responsabilidad parental sobre ellos y también la autoridad judicial, deciden cuál es el lugar de su domicilio, esté dicho lugar situado en España o en otro país, con arreglo a criterios justos que aseguren que tal decisión se toma en el mejor interés del menor. De cada menor en concreto como persona individual.

LEVEL UP: A HISTORY OF REGIME-BUILDING AT GATT CLUB

SUPERANDO FASE: HISTORIA DE LA FORMACION DE UN REGIMEN EN EL CLUB DEL GATT

PABLO ZAPATERO MIGUEL
*Professor of international law,
Carlos III University, Madrid*

Recibido: 08.07.2020 / Aceptado: 16.07.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5632>

Abstract: Almost from the weak inception of the General Agreement on Trade and Tariffs (GATT) in 1947, the community of trade delegates and representatives that negotiated its provisions began to carefully reinforce it, with considerable creativity. From a so-called “accidental organization”, without proper institutional structure and under provisional application for decades, old-school trade diplomats, and trade lawyers subsequently, managed to progressively devise a powerful treaty-based regime and thus a critical infrastructure for international economic interdependence. The history of the GATT and now the WTO can be better understood by exploring the changing roles granted to diplomacy and law within.

Keywords: Regime-building, Havana Charter, ITO, ICITO, GATT, MTN rounds, world trade history, trade diplomacy, WTO.

Resumen: Tras la creación del fragil Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT) en 1947, la comunidad de delegados y representantes comerciales empezó a reforzarlo cuidadosamente, con creatividad. Desde la denominada “organización accidental”, sin una estructura institucional apropiada y bajo aplicación provisional durante décadas, los diplomáticos del comercio de la vieja escuela, y los juristas comerciales posteriormente, se las arreglaron para dar forma progresivamente a un poderoso régimen convencional y, por tanto, una infraestructura crítica de la interdependencia económica global. La historia del GATT y ahora la OMC puede entenderse mejor explorando los cambiantes roles que ha tenido en su interior, a lo largo del tiempo, la diplomacia y el derecho.

Palabras clave: Carta de la Habana, ITO, ICITO, GATT, Rondas comerciales, historia del comercio mundial, diplomacia commercial, OMC.

Summary: I. Diplomacy by design. II. The rule-based system. III. Inventing adjudication. IV. The “legal barbarians”. V. The Quest for hard-law.

I. Diplomacy by design

1. The building of an international regime for world trade took a long and somewhat tortuous path, beginning in the summer of 1944, as the Second World War was finally coming to an end. It was at that time that the Charters of the International Monetary Fund (IMF) and the International Reconstruction and Development Bank (the World Bank) were designed in order to create an institutional structure for economic relations in the post-war period (Bretton Woods Conference). At the time, the negotiators

hoped to establish an international organization which would progressively eliminate trade barriers.¹ The initiative was a reaction against the protectionism of the interwar period, and thus the impact of so-called beggar-my-neighbor policies.²

2. The first policy proposal on the need for regime-building in the area of world trade was a United States government report issued in February 1945 (*Proposals for Expansion of World Trade and Employment*), which formally placed on the global public agenda the idea of creating an international organization specifically focused on reducing protectionism.³ By October of the following year, the United States had already submitted a detailed proposal for the constitution of this new organization to the United Nations Economic and Social Council (ECOSOC). At its first meeting in February 1946, the ECOSOC brought up the idea of this ‘Suggested Charter for an International Trade Organization of the United Nations’,⁴ and unanimously adopted a resolution to convene a United Nations Conference on Trade and Employment. The conference, finally held in Havana between November 1947 and March 1948, would begin diplomatic negotiations to create an International Trade Organization (ITO).⁵

3. As a result, three preparatory conferences were held in London, New York and Geneva. During the London meetings (October and November 1946), a draft Charter was debated and drawn up, based on the original proposal by the US. At the same time, it was agreed to negotiate tariff reductions at the next meeting and a specific treaty framework was planned to safeguard these results. In the New York meeting, early in 1947, that instrument building on provisions in the draft Charter was drawn up under the title of ‘General Agreement on Tariffs and Trade’ (GATT).⁶

4. Thus, the preparatory conference in Geneva continued to work on the draft Charter (also known as Havana Charter) while pursuing the tariff negotiations at the same time. The reasons for this strategy were basically dependent on domestic US politics; at that time, the viability of the ITO as an international organization faced obstacles due to the internal political tensions between the US executive and legislative branches. Under the US Reciprocal Trade Agreements Act of 1934, in essence, Roosevelt’s government was authorized by Congress to conclude trade agreements, but not to set up international organizations. Thus, as the Havana Charter faced an uncertain future,⁷ the GATT text was envisioned as an interim arrangement in the wake of the uncertain ITO ratification, but had to exclude all organizational elements from its provisions.

5. Finally, 23 founding contracting parties endorsed the GATT in 30 October 1947, together with schedules containing the tariff reductions and tariff bindings. These schedules covered some 45,000 tariff concessions and about \$10 billion in trade. Both the form and substance of the GATT also drew heavily on the US bilateral trade agreements, particularly post-1935 trade agreements.⁸ The GATT entered into force through a protocol of provisional application even before the United Nations Conference had ended, in 1 January 1948. The Protocol of Provisional Application contained a clause that provided

¹ R. GARDNER, *Sterling-Dollar Diplomacy* (Clarendon Press) at 31.

² T. FLORY, *Le GATT. Droit International et commerce mondial*, LGDJ, 1968, at 2–3.

³ W. Diebold, ‘The End of the ITO’, *Essays in International Finance*, n.16, 1952, 3.

⁴ Doc U.N. EPCT/CII/1-66 (1946). Doc U.N. EPCT/CII/1-66 (1946).

⁵ J. VINER, ‘Conflicts of Principle in Drafting a Trade Charter’, 25 *Foreign Affairs* (1947): 612–628.

⁶ J. JACKSON, *World Trade and the Law of GATT. A Legal Analysis of the General Agreement on Tariffs and Trade* (The Boobs-Merrills Company Inc 1969) at 43.

⁷ For a detailed account of the ITO negotiations see, in particular, S. Aaronson, *Trade and the American Dream: A Social History of Postwar Trade Policy* (University Press of Kentucky 1996). For the specific diplomatic history within ITO negotiations giving rise to the GATT (and precise explanations on why it took its particular shape and form) see D. Irving, P. Mavroidis & A. Sykes, *The Genesis of the GATT* (Cambridge University Press 2008).

⁸ CURZON & V. CURZON, ‘GATT: “Traders’ Club”’, *The Anatomy of Influence. Decision Making in International Organization* (Yale University Press 1974) at 313.

⁸ R. HUDEC. ‘The GATT legal system, op.cit.p.616.

for Part II to be applied ‘to the fullest extent not inconsistent with existing legislation’.⁹ The underlying reason for this haste was again due to domestic US politics, as the Reciprocal Trade Agreements Act granted the executive a congressional authorization to negotiate trade agreements (renewable for three year periods) which was about to expire.

6. The Final Act authenticating the text of the Havana Charter was signed in March 1948 by 53 countries,¹⁰ covering a wide range of issues that had never before been tackled by any previous economic diplomatic conference.¹¹ However, unlike the trade policy provisions, the chapters on employment policy, economic development, commodity agreements and restrictive business practices, were relatively new matters and, paraphrasing Robert Hudec, did not rest on the same degree of consensus.¹² In any case, while waiting for the subsequent and unclear ratification of the Charter, an Interim Commission for the International Trade Organization (ICITO) was created, as an ad hoc secretariat for the weak new trade scheme, moving from Lake Placid (New York) to Geneva. This interim UN subsidiary body, based at the Palais des Nations in Geneva, would play a crucial role in GATT regime-building, under the critical leadership of Eric Wyndham White (1947-1968),¹³ its first ‘Executive Director’.¹⁴ The ICITO was to be a cornerstone of the GATT from the moment that trade delegates and diplomats realized that ratifications of the Charter were not going to materialize. In practice, the project of a rule-based multilateral trade regime was kept alive thanks to that minimal institutional structure and the notable individuals working within it. Thus, with the passing of years, the ICITO staff ended up becoming de facto the GATT secretariat.¹⁵ With the help of the people from the ICITO, in fact, the GATT Contracting Parties went on to organize their first two rounds of tariff negotiations in the following two years (Annecy 1949 and Torquay 1950), inaugurating the famous GATT MTN Rounds,

7. In December 1950, the US government finally made public its decision not to submit the ITO Charter to the US Congress for ratification. The decision paralyzed the ratification processes in a context in which the United States had become the major political and economic power of the post-war international order. Consequently, pragmatic solutions were sought to give the GATT a certain institutional structure somehow. Making a virtue of necessity, article XXV entitled ‘Joint Action of the Contracting Parties’ became the focus around which a minimum organic structure would be cautiously built for the GATT to function. Interestingly, this provision enabled trade representatives to create an organization from almost nothing. In practice, a new body was invented, under the noun ‘CONTRACTING PARTIES’, written in capital letters to differentiate from the Contracting Parties taken as individuals. The open wording of Article XXV transformed the provision into the ideal legal basis for progressively shaping a wide institutional structure:

‘The Representatives of the contracting parties shall meet from time to time for the purpose of giving effect to those provisions of this Agreement which involve joint action and, generally, with a view to facilitating the operation and furthering the objectives of this Agreement’.

⁹ For the efforts of the GATT Secretariat in 1965 to propose that governments undertake ‘definitive’ instead of ‘provisional’ acceptance but with reservation from pre-existing legislation see GATT Doc L/2375 (5 March 1965).

¹⁰ See UN Doc E/Conf2/78, *Final Act of the United Nations Conference on Trade and Employment* (24 March 1948).

¹¹ W. CLAYTON, ‘Foreword’, in C. Wilcox, *A Charter for World Trade*, op.cit.p.vii.

¹² R. HUDEC, ‘The GATT legal system, op.cit.p.620.

¹³ Following Francine McKenzie, there can be few heads of international organizations who rival Wyndham White for the widespread high regard in which he was held. See F. McKenzie, IO BIO, *Biographical Dictionary of Secretaries-General of International Organizations* (13 March 2012).

¹⁴ White became the first Executive-Secretary for the ICITO. The title for the position progressively changed as the non-organization developed, under his leadership. Thus, in 1957, White became Executive Secretary to the Contracting Parties of GATT in 1957. A few years later, in 1960, the title would change again to Director General of the Contracting Parties of the GATT. See J. Jackson, *World Trade and the Law of GATT. A Legal Analysis of the General Agreement on Tariffs and Trade* (The Boobs-Merrills Company Inc 1969) at 148–150.

¹⁵ J. JACKSON, *World Trading System: Law and policy of international economic relations* (MIT Press 1989) at 37.

8. Paradoxically, clinging to this raft, the Contracting Parties acting jointly as CONTRACTING PARTIES would manage to intelligently overcome a weak institutional framework.¹⁶ Not surprisingly, the project led by the ICITO Secretariat faced a complicated and drawn out process. In any case, however, the regular meetings of trade representatives (the so-called ‘Sessions’) were able to slowly and consensually set up the minimum structure for managing the GATT, and thus for keeping regime-building going. This was a period of great uncertainty, a time of cautious and careful experimentation in filling in the gaps in the institutional deficiencies of the GATT regime.

9. It would take some time for the US Congress to legitimize the GATT. At the 1951 extension of the Reciprocal Trade Agreements Act, a section read as follows: ‘The enactment of this Act shall not be construed to determine or indicate the approval or disapproval by the Congress of the Executive Agreement known as the General Agreement on Tariffs and Trade’. In these difficult circumstances, the ICITO Secretariat *de facto* became the GATT ‘Secretariat’ and provided the strategic impetus for developing its basic organic structure.¹⁷

10. Given this state of affairs, the CONTRACTING PARTIES created the Ad hoc Committee for Agenda and Inter-Sessional Business in its ninth session of 1951.¹⁸ The Committee met some weeks (from four to six) prior to the meetings of the former in order to compose the collective agenda. For the purpose of regime-building, interestingly, joint decisions were adopted and a voting system was allowed whereby the voters’ presence was not required, as mail and telegraph were permitted as a means of voting. At last, once it was certain that the ITO Charter would never enter into force, all that remained for trade delegates was to push for institutionalization by progressively developing the Ad Hoc Committee. In practice, the Committee would become the ‘guardian’ of the GATT in subsequent decades and, in fact, it led to the establishment in 1960 of the GATT Council of Representatives, as the permanent GATT body to undertake work between the regular sessions of the Contracting Parties.¹⁹

11. However, the trade diplomats who negotiated in Havana did not give up their efforts to obtain full international legal personality for the GATT. Thus, these trade representatives renegotiated and drew up a second Charter proposal for an Organization for Trade Cooperation (OTC) in the ninth meeting period from October 1954 to March 1955.²⁰ This initiative also fell by the wayside; and it therefore became clear to the GATT community that the only viable strategy for slowly extending the organizational fabric was to create a highly professional Secretariat, and begin operations by establishing some working groups and committees under a common agenda. As a result, the post of Executive Secretary was finally created in 1955, an office that was already being informally held in any case by Wyndham White since his early days at the ICITO. The game played under his leadership remained focused on slow and cautious regime-building,²¹ in a complex policy context in which ECOSOC had become a forum for GATT’s detractors in a widely endorsed resolution aiming at studying alternatives to GATT which would be adopted a year later.²²

¹⁶ See J. JACKSON, *The World Trade and the law*, op.cit.pp.132-136, J. Jackson, *The World Trading System*, op.cit.p.90 and J. Jackson, *The World Trade Organization: Constitution and jurisprudence* (RIIA 1998) at 83-84.

¹⁷ See R. HUDEC, ‘The Role of the GATT Secretariat in the Evolution of the WTO Dispute Settlement Procedure’, *The Uruguay Round and Beyond. Essays in Honour of Arthur Dunkel* (Springer 1998) at 105 and J. Jackson, *The World Trading System*, op.cit.p.37.

¹⁸ BISD II (1952) p.205.

¹⁹ BISD 9S /17-20 (1961).

²⁰ See K. Dam, *The GATT: law and international economic organization* (1970) at 337-338.

²¹ See W. ECKES, ‘In Globalization, People Matter: Eight who shaped the World Trading System’, *4 Global Economy Journal* (2000): 303-314.

²² See *World Economic Situation: Measures for the Development of Trade Co-operation*, 22nd Session, UN Doc E/AC.6/L160 (28 July 1956) as well as Summary Record of 206th Meeting of the Economic Committee, ECOSOC Doc E/AC.6/SR.206 (30 July 1956), in particular.

12. The Executive Secretary was to play a critical role in building bridges among delegations, in order to progressively build up the whole infrastructure, mandate and legitimacy of the accidental organization.²³ As Kenneth Dam portrays him, ‘at every major turning point and in every major success in GATT history has figured an imaginative compromise, an unexpected initiative, or a face-saving formula originated by Wyndham White’. In the words of Braithwaite and Drahos, by the time he retired in 1968, with the title of DG of the GATT, ‘he had forged an unconstitutional, temporary GATT into the most powerful, entrenched non-organization the world had seen’.²⁴ Illustratively, right at the beginning of the 60s, Wyndham White was framing the GATT in the following terms:

‘The General Agreement on Tariffs and Trade, as its name clearly indicates, is, juridically speaking, a trade agreement and nothing more. But because it is a multilateral agreement and contains provisions for joint action and decision it had the potentiality to become, and has in fact become, an international ‘organization’ for trade cooperation between the signatory States’.²⁵

13. Thus, a workable GATT regime was already in place, and would be carefully nurtured by a small community of trade diplomats and technocrats. From there to the signing of the WTO agreement in April 1994, four fascinating decades of regime-building would get underway. To paraphrase Kenneth Dam, the GATT was the humblest if not the neediest of the many international bodies on the world scene; yet in terms of success it ranks among the highest achievers: this initial disadvantage was largely overcome thanks to the persistence of a dedicated and pragmatic Secretariat, with the remarkable help, political will and leadership of key Contracting Parties such as the US.²⁶ In practice, despite the fact that it was not an international organization at the outset, the GATT gradually evolved to become a strong regime in its own terms.

14. In the interim, it operated precariously for almost half a century. In order for GATT to have entered into force, the instruments of ratification or acceptance should have represented 85% of the external trade of the territories included in Annex H. However, only Haiti accepted the GATT (7 March 1952) in conformance with article XVI (*Acceptance, entry in force and registration*).²⁷ Therefore, the GATT did not technically enter into force: under the 1947 *Protocol of Provisional Application and subsequent Protocols of Accession*, the GATT was in fact to be under provisional application for the following decades.²⁸ Paraphrasing Jackson, the GATT had a ‘dubious legal status’ which has inevitably led to misunderstandings both by the general public and the media, and even by government officials.²⁹ Logically, this could have led to a variety of challenging legal issues and questions. However, interestingly, the constitutional and international legal literature rarely raised this issue in detail.

15. Provisional application did not bring into question the legal nature of this instrument,³⁰ but rather the way of going about things, given that parliamentary democracies did not take much part in developing this critical node of global exchange until the mid-90s!! Half a century of provisional application, without parliamentary ratifications, is a rather long process and, as such, an interesting issue for

²³ For a fine biographical sketch of this ‘towering figure’ in GATT history see, in particular, R. De Souza Farias, ‘Mr GATT: Eric Wyndham White and the quest for trade liberalization’, 3 *World Trade Review* (2013): 463–485.

²⁴ See J. BRAITHWAITE/ P. DRAHOS, *Global Business Regulation*, op.cit.p.177.

²⁵ See E. Wyndham White, ‘GATT as an International Trade Organization’ (public speech), *Polish Institute of International Affairs* (Warsaw, 6 June 1961).

²⁶ K. DAM, *The GATT Law and International*, op.cit.p.335.

²⁷ Liberia also accepted the GATT on 17 May 1950, but withdrew on 13 June 1953. See *Analytical Index of the GATT: Guide to GATT law and practice*, at 924.

²⁸ See J. Jackson, ‘The Puzzle of GATT’, 1 *Journal of World Trade Law* 2 (1967):133, note.14 and E. Petersmann, ‘The Dispute Settlement System of the World Trade Organization and the Evolution of the GATT Dispute Settlement System since 1948’, 31 *Common Market Law Review* (1994):1162.

²⁹ J. JACKSON, ‘Designing and Implementing Effective Dispute Settlement Procedures: WTO Dispute Settlement, Appraisal and Prospects’, *The WTO as an International Organization* (University of Chicago Press 1998) at 163.

³⁰ See article 25 of the Vienna Convention of the Law of the Treaties (provisional application).

analysis. As such, Jan Klabbers chose the GATT as the most famous example of how provisions on the entry into force of treaties is not the best indicator of the binding nature of such treaties.³¹ Nevertheless, this situation influenced the way that things were done within GATT during that long period. In this respect, for example, it is quite illustrative that the initials of the ICITO were formally displayed at the GATT headquarters for many years.³² Equally interesting is the fact the United States Congress authorized its annual contributions to the GATT in the budgetary section of ‘international conferences and ancillary costs’ until 1968. Hence, during their early years, the building of the post-war legal infrastructures for open markets basically advanced keeping the organization’s head above water.

16. John Jackson refers to the ‘fiction’ that the GATT was not an ‘organization’ but had generally avoided the adjective ‘international’, whenever he referred to it in his early legal writings. In line with this, the section on this matter in his classic work *The World Trading System* (1989) is indicatively entitled ‘the GATT as organization’.³³ In his words, the General Agreement did not establish an organization ‘in theory’, although ‘in practice’ operated as one³⁴. In turn, other scholars maintain that the GATT was neither a treaty nor an international organization³⁵. Similar differences of approach regarding this issue permeate the legal literature. In Spanish scholarship, for example, Remiro Brotons contends that it was understandable that, for international legal experts, the GATT was a clumsy instrument due to its evident inability to survive in defiance of the most basic legal standards and forms; ‘it is understood that for internationalist legal doctrinaires the GATT was a cumbersome case given its evident incapacity to survive despite the most basic standards and legal forms’ furthermore, Brotons goes so far to state that the GATT lacked international subjectivity.³⁶ For other scholars, such as Liñán Noguerras, the GATT operated ‘on the basis of a somewhat conventional provisionality and with an organic element that was far from formal constructions’.³⁷ By contrast, Pastor Ridruejo holds that the CONTRACTING PARTIES of the GATT ‘empirically created’ an international organization.³⁸

17. The international legal literature exploring these questions offers diverse legal interpretations regarding this very issue. Certainly, the GATT was a curious experiment, both unusual and innovative, which was to progressively grow in strength despite its serious ‘birth defects’. The old-school GATT diplomacy managed to progressively develop one of the most effective and powerful regulatory regimes in contemporary world history. As mentioned, the success of GATT ‘as an organization’ was due to the efforts of a very small community of trade diplomats who managed intelligently to sustain and reinforce its originally precarious set of rules against the odds of its flawed origins. In the words of Hudec, a ‘slow incremental development’ was the secret to the GATT’s legal success over all these decades.³⁹ As a result, the GATT community ended up organizing eight MTN Rounds, until finally an international organization with a remarkable institutional design and fully fledged international legal personality came into being, when WTO burst onto the scene of global governance on 1 January 1995.⁴⁰ In short, the success of GATT’s regime-building is an unprecedented experience in the history of global governance. It vividly illustrates how the strong political will of a minor group of peoples -mainly comprising trade diplomats and officials- was able to keep the flame of open markets alive in a precarious and provisional context, for decades. The peculiar and tortuous path towards its institutional consolidation since its weak inception after the Second World War has in fact led some literature to qualify the

³¹ J. KLABBERS, *The Concept of Treaty in International Law* (Kluwer Law International 1996), pp.75–76.

³² P. NICHOLS, ‘GATT Doctrine’, 36 *Virginia Journal of International Law* 2 (1996): 390, note 57.

³³ J. JACKSON, *The World Trading System*, op.cit.p.37 and 41.

³⁴ J. JACKSON, *Legal Problems of International Economic Relations. Cases, Materials and Text* (West Publishers 1995) at 289.

³⁵ P. NICHOLS, ‘GATT Doctrine’, op.cit.p.390.

³⁶ A. Remiro Brotons, ‘Pelagattos y Aristogattos de la Comunidad Europea ante el Reino de la OMC’, 26 *Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea* (1996):17–18.

³⁷ D. LIÑÁN NOGUERAS, in M. Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público* (Tecnos 2011) at 615.

³⁸ J. A. PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales* (Tecnos 1996) at 823.

³⁹ R. HUDEC, *Enforcing International Trade Law: the Evolution of the Modern GATT Legal System* (Butterworth Legal Publishers 1993) at 364.

⁴⁰ R. HUDEC, *Enforcing International Trade Law*, op.cit.p.364.

GATT as an ‘historic accident’, and these observers are not far wrong,⁴¹ as the so-called GATT club successfully challenged all traditional legal standards of its era.

II. The rule-based system

18. The development of the world trading system is a landmark in contemporary world history. In order to understand how this regime came about, transforming itself into WTO, it is particularly illustrative to focus on the community of professionals that ‘chipped away’ tenaciously over decades to construct a dispute settlement mechanism within a regime under provisional application. The first by-product of their collective effort was the invention of GATT panels, which with the passage of time gradually became formalized, until its final transformation into a first ever and brand new world tribunal in January 1 1995; a mechanism that is sometimes portrayed, in its own rights, as the jewel in the crown of the WTO.

19. Law, lawyers and adjudication have played a changing role in the world trading system from the earliest days of its precarious inception. In this regard, one of the most interesting phenomena arising from the experience of regime-building in the GATT is the diverse and changing uses of law and adjudication within the body. In fact, the history of world trade liberalization since the end of the Second World War -and thus the origins and foundations for global economic interdependence- cannot be effectively grasped without paying attention to this phenomenon. In essence, the world trading system has passed through five main stages with regard to rule-based adjudication. Basically, these stages have defined and redefined half a century of global economic interdependence, first with regard to trade in goods (GATT 1947-1994) and finally also in terms of services (GATS 1995) as well as propertization of intangibles (TRIPS 1995):

- *Phase 1*: a first ‘legalist’ stage, which dominated the drafting of the GATT and its amendments at the end of the nineteen forties (1946-1947);⁴²
- *Phase 2*: a long ‘pragmatic’ stage (focused on consensus-building), which governs its administration and the interpretation of legal texts over the next twenty years (1947-1970s);
- *Phase 3*: a third stage of relative inactivity regarding rule-based adjudication, which covers the decade of the 70s, and concluding in 1979 with the new rules resulting from the Tokyo Round;
- *Phase 4*: a following stage which began in the 80s when the focus returned again to law as the preferential technique to develop solutions for trade disputes.
- *Phase 5*: a current fifth stage characterized by fully-fledged hyper-legalization.

20. In the beginning, the evolution of GATT starts out with a markedly diplomatic approach. Initially, the first delegations considered that diplomacy (not law) should be the main tool for resolving inter-state differences in GATT. The collective attitude was best summarized by John Jackson, as leaving ‘legal technicalities’ to one side.⁴³ By that time, the legal approach was viewed with criticism and even certain mistrust. The reason is simple: as explained, the GATT of 1947 was basically a tariff-liberalization agreement lacking appropriate institutional structures. Since the ITO Charter failed to pass through the US Congress, the agreement was under provisional application and, in consequence, in a precarious situation for playing the hard-law game. Therefore, the Contracting Parties administered the GATT under consensus, and stayed focused on consensus-building for a long period, as a means of surviving while awaiting better days: at that time, consensus-building was the name of the game, built around a loose but intelligently administered article XXV.

⁴¹ T. Flory, *Le GATT. Droit International*, op.cit.pp.4-5 and G. Curzon & V. Curzon, “‘GATT: Traders’ Club, op.cit. p.31.

⁴² K. Dam, *The GATT Law*, op.cit.p.4.

⁴³ J. JACKSON, ‘The Puzzle of GATT’, 1 *Journal of World Trade Law* 2 (1967): 132.

21. In this way, during the first few decades of the GATT, an eminently diplomatic approach governed the administration of GATT rules. As Robert Hudec portrayed it, the GATT of this period operated as a diplomatic instrument.⁴⁴ In the words of the last Director General of the GATT of 47, Olivier Long (1968-1980), emphasizing the importance of the diplomatic approach at that time: ‘legalism does not contribute to trade liberalization’. For this former Director General, the primary objective of the dispute settlement procedures was not to decide who is right and who is wrong but to proceed in such a way that even significant violations ‘are only temporary and are terminated as quickly as possible’.⁴⁵ This policy vision, however, slowly lost support as the GATT became more firmly entrenched as an organization.

22. Thus, the strong consensus-building culture in the GATT’s epistemic community developed, expanded and reinforced the bits and pieces of an originally weak instrument (under purely provisional application) to incrementally construct one of the most highly effective nodal regimes of global economic governance. Only after the trade diplomats managed to deliver six consecutive tariff Rounds, the GATT regime was basically consolidated, and a more legalist approach (based on state rights and obligations) gradually begun gaining credence. As a result, legal compliance slowly moved centre stage, as the preferred approach to trade disputes.

23. Literally, diplomacy died by success. By regularly lowering tariffs, the consensus-based former GATT was ready to jump to a compliance-based hard-law regime. However, the triumph of law over diplomacy was not achieved without strong policy tensions. The debate over the relative weight of legal rules vis-à-vis diplomacy within the world trading system not only would involve discussions on the most effective methods and techniques to solve trade disputes but also, and inevitably, cultural clashes with regard to the best professional qualifications to participate in the new policy era.

24. The debate over balancing diplomacy and law inside GATT decision-making, as Jackson recalls, has a long history.⁴⁶ However, it was during the nineteen eighties that these two main philosophies –diplomacy and law– came into conflict, both in respect of the GATT dispute settlement mechanism (*panels*) and, by logical extension, with respect to the inner functioning and development of the world trading system.⁴⁷ The competing perceptions with regard to the direction of the mechanics of dispute settlement (and GATT as a *functional* regime itself) were often encapsulated in a basic and clear-cut dichotomy: (1) legalism vs pragmatism or, in other words, (2) rule-based approaches vs diplomatic approaches.

25. Recalling that period, for example, William Davey, the first Director of the WTO legal service (1995-1999) attributed greater emphasis on negotiation and consensus as opposed to the ‘anti-legalist’ approach, and an accentuation of adjudication (dispute settlement by third parties) to the ‘legalist’ approach.⁴⁸ This policy battle had a critical importance for the world trading system from a functional perspective. However, as mentioned, the battle was not only over defining the preferential techniques for administering the evolution of the GATT but also inevitably over the professional qualifications of those individuals best suited to do the job. Ultimately, legalism and the increasing influence of both the legal profession and trade law scholars would shift the power-relations inside the GATT community towards the so-called ‘rule-based approach’.⁴⁹

26. The inauguration of the *Journal of World Trade Law* in 1967 was also a meaningful sign of the times, by mainstreaming world trade law into academia. But more significantly, it is no coincidence

⁴⁴ R. HUDEC, ‘The GATT Legal System: A Diplomat’s Jurisprudence’, 4 *Journal of World Trade* (1970): 615.

⁴⁵ O. LONG, *Law and Its Limitations in the GATT Multilateral System* (Martinus Nijhoff 1987) at 71 and 73.

⁴⁶ See J. JACKSON, *The World Trade Organization*, op.cit.p.63.

⁴⁷ See ‘Review of the Effectiveness of Trade Dispute Settlement under The GATT and the Tokyo Round Agreements’, *Report to the Committee on Finance, U.S. Senate, on Investigation N°332-212 Under Section 332 (g) of the Tariff Act of 1930*, USITC Publication 1793 (December 1985) at 68.

⁴⁸ W. DAVEY, ‘Dispute Settlement in GATT’, 11 *Fordham International Law Journal* 1 (1987): 66 and 97.

⁴⁹ See R. SHELL, ‘Trade Legalism and International Relations Theory: An Analysis of the World Trade Organization’, 44 *Duke Law Journal* 5 (1995): 846 and note 81.

that one of the leading intellectual figures behind the idea of creating a brand new rule-based international organization at the Uruguay Round, John Jackson, also distinguished between a ‘diplomatic approach’ and ‘rule-based approach’ in GATT.⁵⁰ In fact, this academic authored the first legal monograph on GATT, as early as 1969.⁵¹ It goes without saying that what he coined as ‘rule-based approach’ meant a primary role for law in practice, with a few subtle pragmatic considerations. As Jackson explains, the tension was therefore a question of degree, of preponderance of one element over another, more than an extreme confrontation in the sense of a zero-sum game.⁵²

27. In the earlier stages of the GATT, even the legal nature of its rules was questioned. Hudec’s comments regarding the characterization of the GATT rules in 1978,⁵³ as well as those on the GATT legal system a few years before (1970), are particularly apposite reflections on this theme:

‘The key to understanding the GATT legal system is to recognize that GATT’s law has been designed and operated as an instrument of diplomacy. Although the GATT legal system has many points in common with domestic models, the thing which sets it apart from others is the overriding concern for ‘flexibility’ –the insistence that the law’s coercive pressures be applied in a controlled fashion which allow room for maneuver at every stage of the process.’⁵⁴

28. In short, the rule-based approach was a critical development in modern history of economic interdependence. Interestingly, some observers also attributed the diplomatic and rule-based approach to the behavior of some key GATT Contracting Parties. Thus, the US-originated literature tended to define the general attitude of the United States as ‘a legalist approach’ and that of Japan and the European Community as a diplomatic one.⁵⁵ Similarly, a report on the dispute settlement mechanism drawn up by the US Senate in 1985 identified the United States, New Zealand, Hong Kong and Australia as Contracting Parties which perceive GATT as a set of binding obligations; conversely, Japan and the European Community were characterized as favoring a ‘flexible approach’, based on negotiation and consensus: “For the European Communities the GATT philosophy has been diplomacy rather than adjudication, and so it was not perceived that adjudication by third parties required a change in policies”. Therefore from this ‘to the [European Communities], diplomacy rather than adjudication is argued to be the intended GATT philosophy, and third-party adjudication was not conceived of as requiring policy changes’. From that perspective, as the report added, the nature of GATT as an instrument regulating rights and obligations would be de-emphasized.⁵⁶

29. Also the more legalist approach attributed to the United States in that period was occasionally associated with an alleged traditional higher reliance of Americans on law and litigation. In line with this thesis, greater adhesion of the US administration to legal tools in the GATT would be more a cultural issue than a question of interests.⁵⁷ However, this approach was arguably more influenced by the fact that the GATT was drafted under the indisputable leadership of the United States following the Second World War; and thus was also better adapted to its basic policy vision and economic interests. Reasonably, the more legalist approach of the European Union in WTO today could be explained by the same token: following the Uruguay Round, the rules of the game better reflect its aggregate interests; as a result, legalism also makes greater sense for Europeans.

⁵⁰ See J. JACKSON, *Restructuring the GATT System* (Council on Foreign Relations Press 1990).

⁵¹ See J. JACKSON, *World Trade*, op.cit.p.43.

⁵² J. JACKSON, *Restructuring*, op.cit.p.59.

⁵³ R. HUDEC, ‘Adjudication of International Trade Disputes’, *Thames Essay n°1* (Trade Policy Research Centre 1978) at 31-33.

⁵⁴ R. HUDEC, ‘The GATT legal system’, op.cit.p.665.

⁵⁵ See for example, *inter alia*, W. Davey ‘The WTO/GATT World Trading System: An Overview’, *Handbook of WTO/GATT Dispute Settlement* (Kluwer law international 1997) at 75.

⁵⁶ See *Review of*, op.cit.p.68.

⁵⁷ R. OSTRIHANSKY, ‘Settlement of Interstate Trade Disputes: The Role of Law and Legal Procedures’, *Netherlands Yearbook of International Law* (1991): 180.

30. Last but not least, legalism is naturally connected to general perceptions among world trade experts and practitioners with regard to the aggregate benefits resulting from participating in an open trading system. The greater or lesser legalist behaviour of trading nations with regard to the WTO can be probably best explained as such. At the present time, the rule-based approach is the overarching pattern that defines the functioning of the WTO in most of its disciplines, excepting those regarding PTAs. Therefore, looking back, ‘legalism’ has not produced a ‘poisoning of the atmosphere’ of the multilateral trading system but quite the contrary; it has also strengthened it for a long time.⁵⁸ Currently, the vast majority of the world trade community defends the benefits of a strong WTO legal system and a rule-based approach in settling disputes⁵⁹. The almost 70 years of the world trading system have ended up by persuading the many critics that such an approach is the most effective one for all. As Hudec recalled, social institutions tend to follow a pattern of maturing from informal processes involving accommodating interests, to formal processes based on pre-established norms. This is clearly the case of the rules within the GATT/WTO regime. In essence, the key to success in the long term was considered to be the progressive circumventing of power politics by promoting increased compliance with the rules of the game. Under that approach, however, multilateral negotiations of new rules have become increasingly complex. Evidently, a binding dispute settlement mechanism with teeth to authorize the suspension of trade concessions not only operates as a powerful lever for obtaining compliance with pre-existing commitments but also raises the stakes for negotiating new law.

III. Inventing adjudication

31. Historically, the use of dispute settlement mechanisms in free trade agreements was not seriously considered until the ITO was drafted,⁶⁰ although the establishment of a world trade tribunal is obviously an older idea. In fact, Huston Thompson –a US prominent government official under Woodrow Wilson’s policy orbit– already suggested in 1919 the creation of an international trade tribunal to be incorporated into the Versailles Treaty, and advocated its development for several years.⁶¹ Aside from the proposals of visionary individuals, the first serious diplomatic moves in this policy direction were the ITO negotiations. Originally, it was agreed that the Charter rules would be justiciable in the United Nations International Court of Justice (ICJ). However, the idea of adjudication that prevailed at that time among some key trade delegates was at odds with such a development. Notwithstanding the final wording of the Chapter, a memorandum on the issue of the ICJ sent by the UK Delegation after the first drafting session of the Charter (London, 1946), captures the idea about law within some key delegations:

‘The making of rulings under the Charter should [...], we feel, be the function of the International Trade Organization itself and not of an outside body such as the International Court whose proper function is to determine questions of law and not to appraise economic facts... In almost every conceivable case arising under the Charter, the issues will of their nature involve the element of economic appraisal and assessment and will not be purely legal in character, and it will be impossible to say where economic judgment ends and legal argument begins’.⁶²

32. Nonetheless, it is reasonable to argue that the GATT regime could not have achieved its long term success if a series of innovations from its earliest years had not made it possible to effectively settle disputes between its Contracting Parties. The failed Havana Charter contained a detailed dispute

⁵⁸ W. DAVEY, ‘Dispute Settlement in GATT’, op.cit.pp.70-72.

⁵⁹ See for example, M. YOUNG, ‘Dispute Settlement in the Uruguay Round: Lawyers Triumph over Diplomats’, 29 *The International Lawyer* 2 (1995): 389-409.

⁶⁰ R. HUDEC, ‘The Role of the GATT Secretariat’, op.cit.p.102.

⁶¹ See eg. H. Thompson, ‘Reconstruction of International Good Will’, 102 *Annals of the American Academy of Policy and Society* 162 (1922), ‘World Held in Need of Trade Tribunal’, *Washington Post*, (June 11, 1931) at 5 and H. Thompson, ‘An international trade tribunal’, 34 *ASIL Proceedings* 1(1940): 3-4.

⁶² See E/PC/T/C6/W77 (14 February 1947).

settlement procedure in articles 93, 94 and 95 (Chapter IV).⁶³ However, acknowledging the uncertainties of the ratification process explained above, the provisions from Chapter IV were reworded in the interim, giving rise to articles XXII and XXIII of the GATT. These two articles provide the legal basis for the progressive construction of a dispute settlement mechanism within the GATT regime. From the very early days, and on the basis of these scant provisions, the GATT diplomats set in motion a series of informal dispute settlement practices which were progressively developed during the first two decades, and finally were codified during the 1973-1979 Tokyo Round.⁶⁴ Later on, those codified practices were to become the building blocks for designing the effective and innovative WTO dispute settlement mechanism at the 1986-1994 Uruguay Round.⁶⁵

Certainly, the transformation of those minimum provisions into the current WTO dispute settlement mechanism is, paraphrasing Pescatore, ‘one of the most remarkable and pragmatic achievements of international law’.⁶⁶

33. And again, this institutional development was the direct result of joint efforts and experimentation by a small group of GATT insiders. These trade representatives, officials and experts provided the impetus for such a complex endeavor by sharing a global policy vision regarding world trade (as public good). Understandably, for these people, dispute settlement was a prominent item on the agenda from the first meetings of the CONTRACTING PARTIES. The GATT community was fully aware that regime-building required settling disputes within the regime in one way or another, and thus some sort of dispute settlement mechanism had to be developed, even if such a device was to be a highly simplified one, at first.

34. As a result, the early years of GATT show a low profile and cautious experimentation by some contracting parties and the Secretariat, having embarked on a sustained strategy to develop a dispute settlement mechanism almost from scratch. A series of effective policy moves in the early years, which bear their stamp –and particularly that of Eric Wydham’s Secretariat– became key institutional developments in pursuing this objective. As Hudec explains, the people who negotiated the ITO were not prepared to abandon their original legal design easily.⁶⁷ The original participants saw themselves as keepers of a flame,⁶⁸ and managed to progressively develop their own way of doing things.

35. As explained, a global epistemic regime had born during the Havana negotiations. The invention of the so-called GATT panels is a significantly defining example, as these are in fact one of the most recognizable institutional features of GATT.⁶⁹ The origin of the idea took shape during the early meetings of the CONTRACTING PARTIES. From then on, they gradually became the vehicle to settle disputes within the GATT. In particular, the process began in the first period of sessions in Geneva, when Cuba and the Benelux requested a qualified opinion from the Chairman of the meeting of the CONTRACTING PARTIES regarding a dispute on discriminatory taxes.⁷⁰ Following some consultations, the Chairman proposed a decision, which was adopted without opposition from any of the GATT contracting parties: ‘the meeting agreed...’.⁷¹ Cuba subsequently withdrew the measure which had led to the dispute. However, the formula of a single adjudicator would be subsequently abandoned, probably foreseeing the complexity of future claims and the concentration of power that such formula could gene-

⁶³ For a comment see W. Brown, *The United States and the Restoration of World Trade: An Analysis and Appraisal of ITO Charter and the General Agreement on Tariffs and Trade* (Brookings Institution 1950), pp.227 and subsequent pages.

⁶⁴ A. LIGUSTRO, *Le controversie tra stati nel diritto del commercio internazionale: del GATT all’OMC* (Cedam 1996) at 94.

⁶⁵ On the model and preliminary proposals for reform of the mechanism see, in particular, R. Hudec, *Adjudication of International Trade Disputes*, Thames Essay n°16 (Trade Policy Research Centre 1978) and W. Davey, ‘Dispute Settlement in GATT’, 11 *Fordham International Law Journal* 1 (1987): 51-106.

⁶⁶ P. PESCATORE, ‘Drafting and Analyzing Decisions on Dispute Settlement’, *Handbook of WTO/GATT Dispute Settlement*, op.cit.p.7.

⁶⁷ R. HUDEC, ‘The Role of the GATT Secretariat’, op.cit.p.103.

⁶⁸ A. CHAYES/ A. HANDLER CHAYES, *The new sovereignty*, op.cit. p.279.

⁶⁹ O. LONG, *Law and Its Limitations in the GATT Multilateral System* (Martinus Nijhoff 1985), p.77.

⁷⁰ See GATT/CP.2/9 (19 July 1948), Appendix A, Item 1.

⁷¹ See GATT/CP.2/SR.11 (24 August 1948), p.8.

rate. Thus, there was only one other case on Indian taxes on products with export rebates, between India and Pakistan, which would be later settled bilaterally,⁷² as India made reservations to the Chairman's ruling in that second session of the CONTRACTING PARTIES.⁷³ In this way, working groups began to be used after that session. These working groups would be focused on seeking a 'practical solution'.⁷⁴

36. Interestingly, embedded in these original practices, conciliation is highly visible throughout the progressive development of the GATT dispute settlement system. The main feature of these ad hoc bodies, composed by representatives of contracting parties, was that the conflicting parties within the working group were also involved in the diplomatic process of finding practical solutions. However, this formula was also soon to reveal its limitations. In this regard, the working group hearing a dispute between France and Brazil on discriminatory internal taxes on imported products, in the second Session, was to remain on the GATT agenda from April 1949 to November 1957.⁷⁵ Thus, as the difficulties of a strictly conciliatory model became clear, working groups would soon evolve to more adjudicative forms and mechanics. This institutional development came about with the *Australian Subsidy on Ammonium Sulphate* case:⁷⁶ in this case, five state representatives discussed the issues at stake within the working group; however, this time only third parties made the final decision (United States, Norway and the United Kingdom).⁷⁷ This critical development was the turning point for the progressive deploying of a dispute settlement infrastructure within the GATT. As Hudec suggests, the change was so significant that it can only be explained as part of a deliberate plan.⁷⁸

37. From then on, it would be necessary to wait for the seventh GATT session (1952) to see how this transformation evolved. As the agenda for that session formally included 12 pending cases, the President, the Norwegian Johan Melander, proposed setting up a single working group to resolve them all. The list of possible members for that working group, finally proposed to the CONTRACTING PARTIES by the Secretariat, inaugurated the now traditional 'shortlist' of so-called 'GATT panelists'. It was at that time that the term 'panel' was first formally used by Melander himself to define the new formula; moreover, there were no representatives of major trading powers among the chosen panel members. The emphasis was placed on the technical expertise of those involved with dispute settlement, and thus on reducing power-politics within the procedures. Also the disputing parties did not object to the final proposal delivered by the panel, lending support to the argument that the parties had been consulted beforehand to facilitate dispute settlement regime-building: as Robert Hudec explains, the first step was to propose a single working group; and a few days later, the term 'panel' was slipped in without actually explaining what form it would take. The structure was the same as previous working groups; however, it was agreed that disputing parties would not be allowed to vote, and they were also not permitted to be present when the decision was discussed and finally adopted.⁷⁹ The panel's mandate, becoming a short of template for later cases, reads as follows:

'To consider, in consultation with the representatives of the countries directly concerned and of other interested countries, complaints referred to the CONTRACTING PARTIES under Article XXIII and such other complaints as the CONTRACTING PARTIES may expressly refer to the Panel and to submit findings and recommendations to the CONTRACTING PARTIES'.⁸⁰

⁷² GATT/CP.3/6 (21 February 1948), p.2.

⁷³ See GATT/CP.2/9 (19 July 1948), Appendix A, Item 2.

⁷⁴ See GATT/CP.4/SR.21 (3 April 1950), p.8.

⁷⁵ On this interesting case see, in particular, R. Hudec, *The GATT Legal System*, op.cit.p.110-120.

⁷⁶ See GATT/CP.4/39, *Australian Subsidy on Ammonium Sulphate* (31 March 1950).

⁷⁷ The Report, drafted by the Secretariat, was adopted by the CONTRACTING PARTIES on 3 April 1950 and is accompanied by an appendix or memorandum from Australia stating its disagreement.

⁷⁸ R. HUDEC, *The GATT Legal System*, op.cit.p.70.

⁷⁹ R. HUDEC, 'The Role of the GATT Secretariat', op.cit.p.108.

⁸⁰ See SR7/7 (14 October 1952) and R. Hudec, *The GATT Legal System*, op.cit.p.75.

38. Rosine Plank provides a detail that highlights the phenomenon: ‘the panel procedure was an invention-almost a conspiracy-devised by the secretariat to loosen the hold of the bigger powers which dominated the working parties at that time, and to re-enforce the secretariat’s role in guiding and drafting rulings or recommendations to be submitted to the plenary session’.⁸¹ The Executive Secretary declared in a note written in 1955 that ‘the primary function of the panel is to prepare an objective analysis for consideration by the contracting parties, in which the special interests of individual governments are subordinated to the basic objective of applying the Agreement impartially and for the benefit of the contracting parties in general’.⁸²

39. The organizational mechanics were relatively simple: the disputing parties explained their arguments to the panel, providing information and documentation in support of their claim; on occasion, this was complemented with information that other interested parties deemed it appropriate to submit. In the following step, the panel drew up a draft report behind closed doors and, as mentioned, excluding the disputing parties. The disputing parties were then given the opportunity to discuss the draft report with panel members, a practice still present in WTO dispute settlement procedures. From then on, the final report was drafted taking into account their positions, and adopted by consensus; thus excluding dissenting opinions. Following this, the report was issued to the CONTRACTING PARTIES for final decision (read approval or dismissal). The GATT Secretariat under the leadership of Wynham White increased its role within these new practices, by drafting documents, organizing meetings, and providing information and documentation to the panel members. Also, according to Robert Hudec’s interviews with participants, it was the Secretariat which drew up most of the reports in this first stage of the GATT.⁸³ From then on, dispute settlement procedures would be subject to gradual formalization, taking shape as a hybrid adjudicative form in no-man’s land from the perspective of comparative international law.

40. Regime-building required subtle experimentation. In this regard, the use of panels also involved the spatial rearrangement of the room where the differences were addressed. Thus, a strategic and gradual transformation from the debating round table to the ‘courtroom’ took place, with the panel members and the disputing parties ending seated at separate tables. With this innovation, formal yet imbued with symbolism, the appearance and flavor of judicial practice was incorporated at no political cost. Taking into consideration the traditional difficulties of formally pursuing the creation of any international tribunal, a subtle move of this kind was remarkable; again, as mentioned above, the GATT was under provisional application, and lacked any formal treaty-based organ aside from Article XV (Joint action by the contracting parties).

41. The contracting parties soon began recognizing the *auctoritas* of the GATT panels. The four reports submitted in the seventh session, for example, required no debate prior to their approval. At this stage, the panelists began to be formally appointed in their role as trade law experts. By taking such step, dispute settlement activities were consensually framed as a professional activity, and thus would soon nurture its own culture and procedures. Dispute settlement was slowly beginning to be drawn towards professional practice, as a means not only of increasing technical refinement but also institutional legitimacy. In fact, when making an assessment of how GATT was operating in the ninth session, several delegates formally voiced their positive opinions in respect of the way the panels were working: the Danish delegate even formally proposed using the panel technique in other areas which had been the province of working groups until that time (ie: import restrictions for balance of payments difficulties); and,

⁸¹ R. PLANK, ‘An Unofficial Description of How a GATT Panel Works and Does Not’, 4 *Journal of International Arbitration* 4 (1987): 55 (emphasis added).

⁸² R. Plank, ‘An Unofficial Description’, op.cit.

⁸³ See R. Hudec, ‘The Role of the Secretariat’, op.cit. p.107, R.Hudec, *The GATT Legal System*, op.cit.p.78 and R. Plank, ‘An Unofficial Description’, op.cit. pp.74-77.

in fact, in the next session the Secretariat submitted a report proposing the experimental use of the panel technique in such areas.⁸⁴ Nevertheless, the delegations finally agreed to leave things as they were.⁸⁵

42. This first decade of the GATT regime was a period in which trade diplomats -many of whom were seasoned veterans- governed the day to day operation of the organization in the group spirit arising from the ITO negotiations. The GATT's rather precarious status led them to emphasize a diplomatic approach to dispute settlement. Thus, diplomatic skills were highly appreciated by many GATT practitioners. However, the triumph of the diplomatic approach within the panels during this period would inevitably make their reports rife with ambiguities and generalities. In Hudec's rationalization of this period, given the uncertain perception that awaited the GATT legal obligations in the capitals, it was important not to undermine all the prestige that GATT had gained with decisions that governments might well not be capable of fulfilling. Thus, as this fine scholar explains, the first GATT decisions were generally adjusted to this need for pleasant, smooth and more obscure legal decisions, using the language of diplomacy rather than legal jargon: in his words, the skills laid in suggesting the requisite conclusions by using impressionist brushstrokes which, when closely examined 'never actually stated on paper their real meaning, despite everyone being fully aware of their significance'. By using this technique, it was impossible to reach a satisfactory legal conclusion (at least using normal standards of legal analysis) as to what the decisions really mean or what they actually required.⁸⁶ This stage is often characterized by referring to the indecipherable nature of the reports.

43. Certainly, the impressionist practices of that era raised serious criticism.⁸⁷ However, it should also be emphasized that this approach was in all probability the only option open to GATT dispute settlement at that time, given the context in which it found itself in the nineteen fifties, hampered as it was not only by its precarious status but its institutional weaknesses. In this respect, the strategy of GATT diplomats was completely rational, and probably the only means available at the time for keeping the regime on track. In short, at that time, the cryptic, almost artistic nature of those first reports fulfilled a pertinent function at the time, namely, to resolve inter-state disputes *sotto voce*. This pragmatic strategy helped to preserve the unstable institutional structure of the GATT regime from major political tensions, while awaiting better times ahead. Thus, a cooperative and conciliatory atmosphere was at the fore during this period. Curzon depicted this atmosphere by framing the GATT as a club. The discussions within four walls, the attempts at conciliation rather than head-on conflicts, the private meetings 'to talk things over' were all features of this club-like atmosphere; indeed, the GATT club.⁸⁸

IV. The "legal barbarians"

44. The club-like atmosphere would have a critical significance for regime-building within GATT, both in the short and long term, as it allowed the incumbents not only to construct common understandings on key issues but also to get comfortably involved in a controlled experimentation which would lay the foundations within the regime for an increased formal use of law, legal procedures and lawyers, with the passing of time. Hudec frames this first period in similar lines by stating that the GATT had to get along with 'whatever low-visibility procedures could be developed consistently with the pretence of not being an organization': 'the GATT would be a 'club', a place where like-minded officials

⁸⁴ See GATT L/392/Rev.1, *Considerations concerning the Extended Use of Panels* (6 October 1955).

⁸⁵ R. HUDEC, *The GATT Legal System*, op.cit.p.81.

⁸⁶ R. HUDEC, 'The Role of the Secretariat', op.cit.p.106.

⁸⁷ See *Review of the Effectiveness of Trade Dispute Settlement under the GATT and the Tokyo Round Agreements*. Report to the Committee on Finance, U.S. Senate, On Investigation N°332-212 Under Section 332 (g) of the Tariff Act of 1930, USITC Publication 1793 (December 1985) at 78.

⁸⁸ G. CURZON, *Multilateral Commercial Diplomacy: The General Agreement of Tariffs and Trade and Its Impact on National Commercial Policies and Techniques* (Michael Joseph Books 1965) at 52-53.

could communicate without having to spell things out in confrontation-producing clarity'.⁸⁹ In other words, as Weiler explains, the GATT operatives became a classical network:

'A very dominant feature of the GATT was its self-referential and even communitarian ethos explicable in constructivist terms. The GATT successfully managed a relative insulation from the "outside" world of international relations and established among its practitioners a closely knit environment revolving round a certain set of shared normative values (of free trade) and shared institutional (and personal) ambitions situated in a matrix of long-term first-name contacts and friendly personal relationships'⁹⁰

45. Within this context, the dispute settlement mechanism managed to solve more than twenty disputes, functioning regularly until 1963. From then on, however, the panels system fell into disuse from 1964 to 1970. One of the basic reasons was the entry on the scene of the European Economic Community's (EEC) in 1958; and particularly its Common Agricultural Policy and preferential trade relations with overseas territories. These policies led EEC members to play the flexibility card within the GATT. Added to this were the trade claims from developing countries, recently incorporated in the GATT, who were demanding more effective access for their exports to the markets of developed countries.⁹¹ Thus, paraphrasing Ernst-Ullrich Petersmann, the decade of the 60s was characterized by the pragmatic attempt to accommodate the GATT 'without undue legalism' to the project of European integration and the new majority of developing countries in the world trading system.⁹²

46. Given this state of affairs, the activity of panels was brought to a halt. However, this situation soon changed, as the increase in non-tariff barriers, which affected the consolidated tariff concessions within GATT, led the US administration to put heavy pressure on its trading partners to open a seventh MTN Round in 1973. The Tokyo Round (1973-1979) intended to address these policy tensions as well as improve some procedural issues in GATT dispute settlement, among other matters. During the Round, the EEC opposed any reform to the dispute settlement mechanism but agreed to its customary practices being codified. As a result, the negotiating parties adopted the so-called 1979 Understanding—consisting of 25 articles in 4 sections regulating notifications, consultations, dispute settlement and the monitoring of compliance—in an Annex under the title 'Agreed Description of the Customary Practice of the GATT'.⁹³ Interestingly, the provisions of the Understanding were also complemented by multiple special provisions on dispute settlement contained in diverse Tokyo Round Codes, which overshadowed the new rules by fragmenting adjudicative procedures and authorities.⁹⁴ In any case, the 1979 Understanding facilitated the return of activity to the panels system.

47. However, making GATT panels once again a core mechanism of the world trading system would also facilitate a turning point in the GATT regime, as the decade of the 70s veered in the direction of increasingly litigious and legalist attitudes, and thus a significant structural change in cultural and institutional terms. There were two basic motives underlying this change of direction. The first of these was a generational takeover of the delegations. As mentioned above, the original delegations had a strong diplomatic focus, given the provisional application of GATT and its original lack of any institutional structures. However, the new generations of delegates had inherited a relatively established 'organization' and therefore their sensibilities were different to those of the old school trade diplomats,

⁸⁹ R. HUDEC, 'The GATT legal system, op.cit.p.635.

⁹⁰ J. WEILER, 'The rule of law and the ethos of diplomats', *Efficiency, equity and legitimacy: the multilateral trading system at the Millennium* (Brooklin Institution Press 2001): 334–336.

⁹¹ R. HUDEC, 'The Role of the Secretariat', op.cit.pp.108-109.

⁹² E. PETERSMANN, *The GATT/WTO*, op.cit.p.84.

⁹³ See *Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance*, BISD S26/210 (1980).

⁹⁴ See *Ministerial Declaration 1982*, Doc BISD S29/9-23 (1983), *Decision of the CONTRACTING PARTIES* Doc BISD 31S/9-10 (1985) *Decision of the GATT Council 1988*, Doc BISD S35/382 (1989) and *Decision of the CONTRACTING PARTIES 1989*, Doc BISD 36/66 and subsequent pages (1989).

particularly in terms of the relative emphasis given to the roles of diplomacy and litigation in the world trading system. In their eyes, rules (read law) should prevail in GATT dispute settlement.

48. The second motive was the entry on the scene of the United States Trade Representative (USTR): a brand new specialized trade agency in the United States, which assumed the trade policy functions formerly attributed to the Department of State. This new administrative body, from its creation, operated an openly litigious policy within the GATT, and thus developed extremely technical legal arguments, using teams of lawyers for this purpose. Inevitably, the aggressive new policy of the USTR—in which claims were loaded with drawn out baroque style legal arguments and esoteric legal claims—⁹⁵ forced the panels to redirect the way in which they approached cases. Attitudes and expectations changed, and the panels felt pushed to amend their well established *lex artis diplomatica*. At the same time, the change forced all counterparts who were in dispute with the USTR to employ similar techniques.⁹⁶

49. The days of traditional GATT diplomacy were numbered and the legalist approach gradually began to gain credence. Thus, a phase was coming to an end. However, inevitably, the GATT regime was not adapted to the emerging culture; in fact, there were few experts familiar with the technicalities required by this new approach to disputes not only among the state delegates who normally made up the panels, but in the GATT Secretariat as well. In this context, the pressure on the panels system for further technical legal refinement ended by precipitating a crisis. In essence, the system was unable to withstand the contradicting pressures: the panel members endeavored to reconcile the old and new cultures without success, seeking impossible balances between diplomacy and legalism to keep both sides happy.

50. The basic feature of the most contentious cases of this period was the questioning of the technical legal quality of reports as well as decision-making procedures within the procedures of the panels. Under the new rules of the 1979 Understanding, disputing parties and the most legally-oriented delegations, in general, tended to play hard against the supposed ‘low legal standards’ of some reports as well as other procedural decisions of GATT panels. In this context, some controversial cases exacerbated the tensions between the US and European countries, such as the so-called DISC cases on corporate tax practices and export subsidies.⁹⁷ In essence, a new culture arose in the GATT with force and momentum. At this stage of regime-building, a new legal culture, winning positions within the GATT claimed that disputes could be best resolved using technical criteria, namely world trade law. The policy vision behind such positioning was constructing an ‘expert legal system’ within the GATT regime;⁹⁸ in other words, building a specialized system of international law.⁹⁹

51. In the early days of this new phase, John Jackson published *World Trade and the Law of GATT* (1969) with the indicative subtitle ‘A legal Analysis of the General Agreement on Tariffs and Trade’.¹⁰⁰ The policy vision contained in this work—informally referred to by many as the GATT ‘bible’—sent a strong message across the board for perfecting legal techniques within the world trading

⁹⁵ R. HUDEC, *The GATT Legal System*, op.cit.pp.112-113.

⁹⁶ For a detailed account and insights on the impact of this US agency in framing the evolution of world trade law and policy since its inception see, in particular, S. Dryden, *Trade Warriors: USTR and the American Crusade for Free Trade* (Oxford University Press 1995).

⁹⁷ See *United States Tax Legislation (DISC)*, Report of the Panel presented to the Council of Representatives on 12 November 1976, BISD S23/98 (1977); *Income Tax Practices Maintained by Belgium*, BISD S23/127 (1977); *Income Tax Practices Maintained by France*, BISD S23/114 (1977); and *Income Tax Practices Maintained by the Netherlands*, BISD S23/114 (1977).

⁹⁸ For a fine reflection on the need to construct GATT as a ‘legal system’ (taking the DISC cases as case study) see J. Jackson, ‘The jurisprudence of International Trade: The DISC Case in GATT’, 72 *American Journal of International Law* (1978): 747–781.

⁹⁹ See P. ZAPATERO, ‘Modern international law, op.cit.

¹⁰⁰ See J. JACKSON, *World Trade and the Law of GATT. A Legal Analysis of the General Agreement on Tariffs and Trade* (The Boobs-Merrills Company Inc 1969).

system in order to upgrade its institutional efficiencies.¹⁰¹ **56.** The stance taken by this fine academic was highly visible and influential in GATT circles, helping to legitimize policy change towards the so-called ‘rule-based approach’. As David Kennedy recalls, ‘it was Jackson who largely invented the field [of trade law], transforming his experiences with the United Trade Representative’s office from a narrowing regulatory specialty into a recognized subject of legal study’.¹⁰² The policy vision coined within that monograph as the ‘rule-based approach’ was to later expand into multiple influential academic articles, and it was finally to become mainstreamed in GATT lingua two decades later with the help of *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations* (1989),¹⁰³ published right in the middle of the Uruguay Round Negotiations (1986-1994).

52. The emerging new culture of the world trading system required different expertise and technologies. The GATT was changing, and not only from within the delegations but from within the Secretariat itself. Thus, when the Swiss Arthur Dunkel (1980-1993) succeeded Olivier Long (1968-1980) as Director of the GATT Secretariat, a final blow was dealt to the embattled old and new cultures. Indeed, Olivier Long was the last great proponent of the diplomatic approach within the Secretariat. In fact, it was he who proposed the idea of legally-controlled pragmatism in his *Law and its Limitations in the GATT Multilateral Trade System* (1985): according to the former Director General, ‘the General Agreement offers many possibilities for a legally controlled pragmatism, and throughout the history of GATT, contracting parties have responded constructively and positively to international economic and political conditions, without having undue regard to legal technicalities’.¹⁰⁴ However, a new era had begun. The diplomatic approach –which was the direct legacy of those who had negotiated the Havana Charter and kept the GATT afloat during its early years– was now also withdrawing from the Secretariat. In fact, Dunkel was to promote, not without some hardship, the creation of a legal service within the Secretariat itself; the new Director General’s aim was to guarantee against any ‘legal errors’ made by the panels, by assisting them in improving quality and technical accuracy of their decisions.¹⁰⁵

53. The increase in the legal quality of the panel reports in the eighties was definitely attributable to this initiative. From then on, the GATT had fairly well structured procedures in place (the 79 Understanding and other Tokyo Codes) and a growing number of delegates and experts were in favor of upgrading the position of legal rules in dispute settlement activities. Therefore, in order to close the circle of rule-based adjudication, the last big pitfall to avoid was the so-called ‘positive consensus’: the requirement for panels to be established as well as panel reports to be adopted by consensus at the GATT General Council. As a result, any contracting party could block the establishment of a panel or the adoption of a given report. Thus, the functioning of panels could be easily obstructed. For decades, the ‘positive consensus’ was entrenched in both culture and practices of the old trade diplomats, as a rational way of securing the survival of an originally weak GATT under provisional application.¹⁰⁶ However, new militancies and interests achieved reforms that hitherto would have been unthinkable. In essence, the GATT Contracting Parties were fully aware of the benefits to be gained by generally honoring the rules of the game contained in world trade law. At the same time, the growing *auctoritas* of panels –as a result of their increased legal expertise– helped to pursue a stronger rule-based policy approach which would close the circle of world trade law.

¹⁰¹ For his current approach to world trade law after the inception of WTO see J. Jackson, *The Jurisprudence of GATT and the WTO: Insights on Treaty Law and Economic Relations* (Cambridge University Press 2000) as well as, in particular, J. Jackson, *Sovereignty, the WTO, and the Changing fundamentals of international law* (Cambridge University Press 2006).

¹⁰² See D. KENNEDY, ‘The international style in postwar law and policy: John Jackson and the field of international economic law’, 2 *American Journal of International Law and Policy* 10 (1995): 672.

¹⁰³ J. JACKSON, *World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations* (The MIT Press 1989).

¹⁰⁴ O. LONG, *Law and its Limitations in the GATT Multilateral Trade System* (Martinus Nijhoff 1985) at 35–36 and 62.

¹⁰⁵ R. HUDEC, ‘The Role of the Secretariat’ op.cit. pp.114–115.

¹⁰⁶ See *Review of the Effectiveness*, op.cit.p.79.

54. These developments, together with the pressure of US trade unilateralism,¹⁰⁷ led the GATT Contracting Parties to finally eliminate the ‘positive consensus’ rule from the provisions of the new WTO Dispute Settlement Understanding under negotiation during the Uruguay Round. Paradoxically, in this regard, such change towards automatic and fully binding legal adjudication within the world trading system came about partly as a result of trade unilateralism. During the Uruguay Round, the USTR managed to obtain a mandate from the US Congress to combat outside GATT procedures the supposed ‘unfair’ practices of other contracting parties. From its earliest days, the world trading system has traditionally functioned in line with US trade legislation.¹⁰⁸ In this case, US unilateralism was seeking more market access but also a more effective dispute settlement mechanism, which was already in the negotiating mandate of the Uruguay Round. Leaving aside the dubious international legality of such unilateral practices, the strategy paradoxically paid off for regime-building, as less powerful countries saw the strengthening of the dispute settlement mechanism as a means of helping to restrain US unilateralism: ironically, the law of the jungle pursued through the so-called US Section 301 and Super 301 promoted the consolidation of the rule of law in multilateral trade relations. Indeed, regime-building in this area would not have taken place probably without it. In fact, Arthur Dunkel is generally attributed with saying that this piece of domestic legislation was the best thing that ever happened to the GATT.¹⁰⁹

V. The quest for hard-law

55. To paraphrase Pescatore, the panel system has managed to produce useful reasoned legal solutions to the often thorny inter-state tensions regarding world trade.¹¹⁰ The history of the invention of the GATT *panels* evidences the importance of the ‘human factor’ in regime-building generally. As mentioned, the negotiations of the Havana Charter laid the foundations for a small global epistemic community, highly specialized in nature, with its own and increasingly complex practices as well as cultural references and values. In essence, the GATT people basically kept the flame of the world trading regime alive, against all odds, for more than half a century. Being aware of this phenomenon allows a better understanding of how the GATT has gone from a totally provisional and anemic trade agreement to a highly powerful, efficient and sophisticated global regime under the form of WTO.

56. The invention of GATT *panels* has a starring role in the process, as these had a resounding long term success by allowing settling and/or mitigating multiple trade disputes within the four corners of the GATT. In doing so, the availability of panels helped not only to reduce trade tensions but also made it easier for the GATT community to advance a common rulemaking agenda in the medium and long term. As a result, the progressive development of the panels system culminated in the incorporation of a brand new and unprecedented dispute settlement mechanism in the Final Act of the Uruguay Round. To paraphrase Silvia Ostry, this mechanism is ‘the strongest dispute settlement mechanism in the history of international law’.¹¹¹ The negotiations for the instrument began when 92 Contracting Parties would formally adopt the Punta del Este Declaration which formally opened negotiations of the Uruguay Round (20 September 1986),¹¹² among the 14 negotiating groups, one was concerned exclusively with the dispute settlement mechanism.¹¹³

¹⁰⁷ See in particular R. Hudec, ‘Thinking about the New Section 301: Beyond Good and Evil’, *Aggressive Unilateralism: America’s 301 Trade Policy and the World Trading System* (University of Michigan Press 1990) at 113-159.

¹⁰⁸ G. CURZON/V. CURZON, ‘GATT: “Traders’ Club”’, *The Anatomy of Influence. Decision Making in International Organization* (Yale University Press 1974) at 313.

¹⁰⁹ J. BHAGWATI, ‘The Diminished Giant Syndrome’, 72 *Foreign Affairs* 2 (1993): 22–26.

¹¹⁰ P. PESCATORE, ‘The GATT Dispute Settlement Mechanism’, *op.cit.* p.35.

¹¹¹ S. OSTRY, ‘The Uruguay Round North-South Grand Bargain: Implications for future negotiations’, *The political economy of international trade law: Essays in honor of Robert. E. Hudec* (Cambridge University Press 2002) at 287

¹¹² Doc GATT/1396 (25 September 1986).

¹¹³ T. STEWARD & C. CALLAHAN, *The GATT Uruguay Round: A Negotiating History (1986-1992), Dispute Settlement Mechanism* (Kluwer Law and Taxation Publishers 1993).

57. The Final Act incorporating the results of the Round, signed on 15 April 1994, is the most successful of all MTNs held to date. Its advances regarding new disciplines and coverage as well as the creation of the WTO are presided over by the Dispute Settlement Understanding (DSU); a highly technical instrument that amply exceeded the expectations of the negotiators by incorporating key innovations: mainly, (1) the elimination of the positive consensus, (2) the integration of procedures and (3) the establishment of a permanent Appellate Body. These changes have been a large step forward in the strengthening of world trade governance.

58. The dispute settlement mechanism today is, to paraphrase the first WTO Director General, the heart of the WTO system.¹¹⁴ In almost two decades since its inception, the new mechanism has gained a structural position in global governance by producing highly technical legal decisions, which are adopted by the WTO General Council –formally acting as Dispute Settlement Body– almost automatically. Interestingly, however, one critical issue remained somewhat vague in the wording of the Understanding, namely the compulsory nature of the reports. Under the GATT of 47, the requirement for positive consensus could leave reports in a legal limbo if at least one of the contracting parties did not agree with adopting the report.¹¹⁵ On the contrary, under WTO law, panel and Appellate Body reports are to be adopted unless the Dispute Settlement Body decides not to do so by consensus. Hence, the requirement has been subtly reversed, from positive... to negative consensus.¹¹⁶ In other words, as Komuro puts it, non-adoption of reports has turned into a mere intellectual curiosity.¹¹⁷ In short, adoption of reports is *de facto* automatic.

59. Notwithstanding the above, some legal literature questioned the compulsory nature of reports right after the adoption of the Final Act of the Uruguay Round.

For example, US academics writing in legal journals such as the influential *American Journal of International Law* (AJIL) contended that the Understanding permits a generalized option of either compliance or compensation.¹¹⁸ These positions were strongly contested with celerity in that same journal by John Jackson himself, who argued that there is certainly a WTO legal obligation to comply with the reports, as well as that compensation is as mere fallback in the event of non-compliance.¹¹⁹ Obviously, whether or not this is legally so was a capital question for the nascent WTO regime, and therefore its most recognizable academic expressed himself in an unflinching and categorical manner.¹²⁰ According to Jackson, framing the reports as mere recommendations is a misunderstanding, as the practice of the original GATT contracting parties assumes that there was an obligation to comply with the terms of panel reports.¹²¹ His words in the editorial comment written for the occasion -under the illustrative title ‘The WTO Dispute Settlement Understanding-Misunderstandings on the Nature of Legal Obligation’- are the following:

‘So what does the DSU language itself say? Here we can examine a good number of clauses, and I would suggest that the overall list of those clauses, in the light of the practice of GATT, and perhaps

¹¹⁴ *WTO Focus. Newsletter*, August-September (1996) at 7.

¹¹⁵ J. JACKSON, ‘The World Trade Organization, op.cit.p.87.

¹¹⁶ See article 16.4 and 17.14 of the Understanding. The literature uses various terms to refer to this amendment: ‘negative consensus’, ‘reverse consensus’, etc.

¹¹⁷ N. KOMURO, ‘The WTO Dispute Settlement Mechanism. Coverage and Procedures of the WTO Understanding’ 29 *Journal of World Trade* 4 (1994): 41.

¹¹⁸ J. BELLO, ‘The WTO Dispute Settlement Understanding: Less is more’, 90 *American Journal of International Law* 4 (1996): 416 and subsequent pages and J. Bello & A. Holmer, ‘Dispute Resolution in the World Trade Organization Concerns and Net Benefits’, 28 *International Lawyer* 4 (1994): 1103 (compensation as an option for replacing compliance).

¹¹⁹ J. JACKSON, ‘The WTO Dispute Settlement Understanding-Misunderstandings on the Nature of a Legal Obligation’, 91 *American Journal of International Law* 1 (1997): 60-61. For further criticism on the editorial comments of Judith Bello see Roessler’s view, as former Director of the GATT Legal Affairs Division, in F. Roessler, ‘Comments: Performance of the System IV: Implementation’, 32 *International Lawyer* (1998): 789-790.

¹²⁰ It should be emphasized in any case that compensation in place of compliance is expressly provided for in the specific case of non-violation complaints of GATT Article XXIII.b. See Article 26.1.d of the DSU.

¹²¹ J. JACKSON, *The World Trade Organization*, op.cit.p.83.

supplemented by the preparatory work of the negotiators (unfortunately not well documented), strongly suggests that the legal effect of an adopted panel report' is the international law obligation to perform the recommendation of the panel report'.¹²²

60. In consequence, the obligation to comply is basically derived from several articles of the understanding (namely, articles 3.7, 19.1, 21.6, 22.8 and 26.b):¹²³

'Thus, the DSU clearly establishes a preference for an obligation to perform the recommendation; notes that the matter shall be kept under surveillance until performance has occurred; indicates that compensation shall be resorted to only if the immediate withdrawal of the measure is impracticable; and provides that in non-violation cases, there is no obligation to withdraw an offending measure, which strongly implies that in cases of violation there is an obligation to perform'.¹²⁴

61. Notwithstanding these fine arguments, the text of the understanding does not allude in any way to the binding nature of the reports; and Jackson himself recognizes this fact: '[w]hat can we say about the new DSU? Unfortunately, the language of the DSU does not solidly "nail down" this issue'; and the scholar later adds:

'Oddly enough, some diplomats who assisted in the negotiation of the DSU told me that they thought they had nailed it down'.¹²⁵

The literal meaning of provisions such as Article 19 (under the heading 'Panel and Appellate Body Recommendations'), for example, are crystal clear: in principle, ^{the} reports contain recommendations. However, the established practice has confirmed that such recommendations became binding decisions once they had been adopted by the General Council acting as Dispute Settlement Body (DSB). In practice, the originally debatable nature of panel and Appellate Body reports has been closed in favor of their binding nature, once these have been adopted by the DSB.¹²⁶ Hence, at the end of the day, the mechanics of international customary law came to the rescue of WTO regime-building for the occasion.

62. In fact, international legal literature is currently pacific regarding the binding nature of reports adopted by the DSB.¹²⁷

Today, the highly consolidated interplay between practice and *opinio iuris* on this issue allows WTO Members to frame DSB adopted reports as legally binding. However, any person unfamiliar with these intricacies (including lawyers) would have serious difficulties in understanding this development, as she/he could always read the word 'recommendation' in the legal texts. Hence, it would certainly have been desirable for the Understanding to nail down such a critical issue, provided that binding nature appeared to be the intention of the negotiators.

63. In any case, after decades of consensual practices within the panels system, the negotiating working group on dispute settlement in the Uruguay Round (presided over by Julio Lacarte-Muró) managed to go far beyond this by completing the drafting of the WTO Dispute Settlement Understand-

¹²² J. JACKSON, 'The WTO Dispute Settlement', op.cit.p.62-63.

¹²³ In a later text, Jackson reinforces his argument adding new provisions to the list (article 3.4, 3.5, 3.7, 11, 19.1, 21.1, 21.6, 22.1, 22.2, 22.8 y 26.1b). See J. Jackson, *The World Trade Organization*, op.cit.p.87, note 82.

¹²⁴ See J. JACKSON, 'The WTO Dispute Settlement Understanding-Misunderstandings', op.cit.p.62.

¹²⁵ Ibid: 62.

¹²⁶ See Article 20 of the DSU (Time-frame for DSB Decisions)

¹²⁷ See, for example, R. HUDEC, 'Broadening the Scope of Remedies in the WTO Dispute Settlement', *Improving WTO Dispute Settlement Procedures: Issues & Lessons from the Practice of Other International Courts and Tribunals*, (Cameron May 2000) at 345-376 or A. Sykes, 'The Remedy for Breach of Obligations Under the WTO Dispute Settlement Understanding: Damages or Specific Performance?' *New Directions in International Economic Law: Essays in Honor of John H. Jackson* (Kluwer Law International 2000) at 347-51.

ding.¹²⁸ To paraphrase Shell, the new system represented a resounding victory for the legalists in the debate over the dispute settlement model for multilateral trade.¹²⁹ In fact, as a result of that, nowadays, the transition from the GATT to the WTO is seen by many observers as a full shift from soft-law to hard-law. For Abbott, for example, evidence of this trend is clearly perceptible in two areas: 'The first area is progressive refinement of the rules from the general to the specific. The second is the transformation from a system for resolving differences to one based on a quasi-judicial system of consensus'.¹³⁰

64 Today, the functioning of panels and the Appellate Body is governed by strict application of WTO law. The strong diplomatic approach of some panels from the GATT era has been left behind. The legal approach has won over those critics identifying law and legal institutions with rigidity and inflexibility and, in consequence, as tools unsuitable for the institutional specificities of progressive trade liberalization.¹³¹ In the early years of the diplomatic approach, as Jackson recalls, the GATT was merely a 'negotiating forum' designed substantially to retain a balance of concessions and advantages between the Contracting Parties.¹³² Nowadays, the world trading system builds upon such forum to go beyond, by establishing a dynamic regulatory forum which rules are justiciable in practice.

65. However some elements of the diplomatic approach still continue to hold sway when resolving disputes. In fact, some remain in the current provisions of the Dispute Settlement Understanding itself. Thus, even though today the mechanism is hyper-formalized, it preserves some diplomatic elements that pay tribute to the tradition and old-school culture of world trade diplomacy. In this way, the DSU maintains diplomatic elements which are considered useful.¹³³ For example, the terms of reference for panels are defined by bilateral negotiation. At the same time, the parties engage in a re-examination phase prior to obtain a final decision on the cases. Also the DSU still contains the old GATT provisions relating to obtaining a 'mutually acceptable' solution as well as the maintenance of a 'balance of rights and obligations'. These elements, as Pescatore suggests, are very close to conciliation.¹³⁴ In this regard, conciliation was the privileged mode of resolving disputes in the world trading system in the pre-WTO phase,¹³⁵ and that culture certainly did not vanish in the WTO legal texts. In consequence, several formulas related to conciliation have been retained.¹³⁶ In short, regime-building in the area of dispute settlement advanced towards hyper-legalism without dispensing with at least some functional elements of its diplomatic inheritance.

66. Today, the WTO dispute settlement mechanism is not strictly speaking a judicial instrument, given that it comprises a number of *ad hoc* bodies together with one permanent body –panels and Appellate Body respectively– the reports of which require, as explained, approval by the DSB. In this regard, although the establishment of panels and the approval of reports is now automatic in practice –rejection requiring collective negative consensus–, both decisions still require adoption by the General Council, acting as DSB. However, the Appellate Body has imprinted a strong judicial orientation in its procedures and

¹²⁸ T. STEWART/ C. CALLAHAN, *The GATT Uruguay Round: A Negotiating History (1986-1992)*. Dispute Settlement Mechanism (Kluwer Law and Taxation Publishers 1993).

¹²⁹ R. SHELL, 'Trade legalism', *op.cit.* p.833.

¹³⁰ F. ABBOTT, 'Incomplete Rule Systems, System Incompatibilities and Suboptimal Solutions: Changing the Dynamic of Dispute Settlement and Avoidance in Trade Relations Between Japan and the United States', 16 *Arizona Journal of International and Comparative Law* (1999): 195-196.

¹³¹ In defence of this perception see, specially, O. Long, *Law and its Limitations*, *op.cit.* p.21 and 73 and K. Dam, *The GATT Law*, *op.cit.* p.358.

¹³² J. Jackson, *The World Trading System: Law and Policy of international economic relations* (MIT Press 1997) at 93.

¹³³ Evidently, this is not exclusive of the WTO. On this, see in particular M. Shapiro, *Courts: A Comparative and Institutional Analysis* (University of Chicago Press 1981) at 8 and 15.

¹³⁴ P. PESCATORE, 'The GATT Dispute Settlement Mechanism', *op.cit.* pp.37-38.

¹³⁵ E. CANAL FORGUES, *L'Institution de la conciliation dans le cadre du GATT: Contributions a l'etude de la structuration d'une mecanisme de reglement des differends* (Bruylant 1993).

¹³⁶ See E. CANAL FORGUES, 'Le système de règlement des différends de l'OMC', *La réorganisation mondiale des échanges* (Pedone 1996) at 285.

rulings since the very first case was appealed in 1995. Thus, there is a wide consensus among world trade experts on the judicialization of world trade dispute settlement.¹³⁷ As a result, the policy space for diplomacy/negotiation under such terms is not only inside but outside the mechanism, as WTO dispute settlement functions by default. Therefore, it would be reasonable to argue that diplomacy was not annulled but transformed by the current rule-based approach into rule-based diplomacy. That is, in practice, WTO rules and decisions have become strong arguments in bilateral trade relations nowadays, as the shadow of the WTO dispute settlement mechanism facilitates finding mutually acceptable solutions and arrangements.

¹³⁷ For some first reflections on this issue with regard to the GATT regime, see G. MALINVERNI, *Les Reglements des differends dans les organisations internationales economiques*, (IHHEI 1974) at 171.

VARIA

ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA Y MATRIMONIO POLIGÁMICO: ASPECTOS CRÍTICOS Y PRÁCTICOS

ACQUISITION OF SPANISH NATIONALITY AND POLYGAMIC MARRIAGE: CRITICAL AND PRACTICAL ASPECTS

HANI AL RACHED

Doctor en Derecho Internacional

ORCID ID: 0000-0001-5547-6055

Recibido: 18.06.2020 / Aceptado: 03.07.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5636>

Resumen: La nacionalidad genera un vínculo político, jurídico y social con el Estado que quiere solicitar su nacionalidad, y ello requiere que este vínculo abarque la permanencia en la tierra y la integración en las costumbres y el estilo de vida del país. Por eso, será denegada la petición de los solicitantes de la nacionalidad en los supuestos de poligamia, puesto que no cumplen el requisito de “suficiente grado de integración en la sociedad española”, exigido en el art.22.4.CC. El presente trabajo trata de estudiar la eficacia del matrimonio poligámico como motivo de la denegación de la nacionalidad, tal como se pronuncia la sentencia de la Audiencia Nacional de Madrid de 4 de febrero 2019.

Palabras clave: matrimonio polígamo, denegación de nacionalidad, integración en la sociedad.

Abstract: Nationality generates a political, legal and social link with the State that wants to apply for its nationality, and this requires that this link encompasses permanence in the land and integration into the customs and lifestyle of the country. Therefore, the request of the applicants for nationality in cases of polygamy will be denied, since they do not meet the requirement of “sufficient degree of integration into Spanish society”, required in art.22.4.CC. This paper tries to study the effectiveness of polygamous marriage as a reason for the denial of nationality, as pronounced by the ruling of the National Court of Madrid on February 4, 2019.

Keywords: polygamous marriage, denial of nationality, integration into society.

Sumario: I. Introducción. II. La poligamia en el Derecho musulmán, concepto y características. III. El reconocimiento de los tribunales españoles de los efectos del matrimonio poligámico y el orden público internacional atenuado. 1. El matrimonio poligámico contrasta con los principios del orden público. 2. El reconocimiento limitado de los efectos del matrimonio poligámico: una excepción del orden público internacional atenuado. IV. La eficacia del matrimonio poligámico en la denegación de la adquisición de la nacionalidad española. 1. Requisitos de la concesión de la nacionalidad en el Derecho español. 2. Análisis de la SAN de 4 de febrero de 2019: Denegación de la nacionalidad por insuficiente grado de integración en la sociedad por motivo de la poligamia. A) Los antecedentes de hecho de SAN de 4 de febrero de 2019. B) Resolución de la DGRN y las alegaciones del recurrente. C) Fundamentos de la SAN de Madrid de 4 de febrero de 2019. a) Insuficiente grado de integración en la sociedad española. b) La nacionalidad tiene carácter político y es algo más que la autorización de residencia y trabajo. c) Los informes del Fiscal y la Juez, Encargada del Registro Civil, no tienen efecto vinculante. d) Los requisitos de la concesión de la nacionalidad por residencia han de cumplirse y acreditarse en el momento de la presentación de la solicitud. V. Consideraciones finales.

I. Introducción

El matrimonio poligámico es rechazado y penalizado en los Códigos occidentales, puesto que «contrasta con los principios y valores de los ordenamientos occidentales»¹, en particular, con el principio de igualdad entre el hombre y la mujer. También los tribunales europeos aunque reconocen algunos de los efectos del matrimonio poligámico, como por ejemplo, las pensiones de viudedad y orfandad, lo consideran contrario al orden público. El presente trabajo tiene como objeto estudiar la posición de los tribunales españoles respecto a los efectos constitutivos o nucleares del matrimonio poligámico, en concreto, la eficacia de la poligamia a la denegación de la solicitud de la nacionalidad, tal como se pronuncia la sentencia de la Audiencia Nacional de Madrid de 4 de febrero 2019. Para aclarar el tema, el estudio ha utilizado el método analítico en cuanto a la sentencia objeto de estudio, también ha empleado el método jurídico comparado, entre la Audiencia Nacional de Madrid de 2019 con la posición de otras sentencias pronunciadas por los tribunales españoles. Por último, el trabajo intenta definir los criterios que la jurisprudencia española establece en cuanto a las peticiones de la nacionalidad por residencia a los sujetos que están ligados por un matrimonio poligámico.

En la primera parte de este trabajo se explican el concepto, las características y los fundamentos de la poligamia en el Derecho musulmán, ya que el conocimiento profundo de esta institución podría facilitar y proporcionar las soluciones adecuadas para aquellos conflictos que el matrimonio poligámico suscita ante los tribunales occidentales.

II. La poligamia en el Derecho musulmán, concepto y características

1. Es verdad que el Derecho musulmán permite al varón casarse con más de una esposa, no obstante, esta legalización no es absoluta ni tampoco se puede practicar en cualquier circunstancia y situación. Según la perspectiva musulmana la poligamia es una medida excepcional², que pretende resolver situaciones difíciles, como ocurre en casos de esterilidad y enfermedad de la esposa³. De acuerdo con los juristas musulmanes, si la primera esposa padece de una enfermedad crónica y por lo tanto no puede asumir sus responsabilidades matrimoniales, o bien en caso de que sufra problemas de infertilidad o tenga un impedimento congénito o patológico y no haya solución médica⁴; en todas las situaciones citadas el esposo puede casarse con otra mujer. Ya que, en las mismas situaciones citadas arriba, el divorcio es un derecho absoluto de la mujer si no quiere continuar la vida con su marido enfermo o impotente⁵. En este sentido, la *Mudawana* Marroquí de Familia establece que la esposa puede pedir la disolución del matrimonio por uno de los siguientes motivos, entre sí, "por la existencia de algún defecto y/o enfermedad de su marido que hace imposible la vida íntima entre ellos" (art.97.5).

2. Casi todas las leyes de familia en el mundo árabe conceden este derecho a la esposa, como ocurre en el Código sirio (art.105), el Derecho de familia argelino (art.53) y por último el artículo 112 del Código de Estatuto Personal de Emiratos Árabes Unidos. En resumen, el Derecho musulmán permite al varón celebrar otro segundo matrimonio si uno de los cónyuges está enfermo o estéril y el otro quiere una solución inmediata; mientras que, la mujer tiene derecho a solicitar el divorcio en caso de enfermedad, infertilidad o la impotencia de su esposo.

¹ M^a. L. LABACA ZABALA., "El matrimonio polígamo islámico y su repercusión en el Derecho español", *Revista jurídica de Castilla y León*, nº18, mayo 2009, p.267.

² ELHAM SHAHEEN., «Las opiniones de los sabios musulmanes respecto a la poligamia». Disponible en el periódico electrónico Alwakei, <<http://alwakei.com/news/14058/index.html>>. [Fecha de consulta: 04/08/2019].

³ WAHBA AL ZUHAYLI., *El Derecho musulmán y sus evidencias*, Capítulo: el Estatuto Personal, 2º Ed, Dar Al-Fiker, Damasco, 1985, p.170.

⁴ WAHBA AL ZUHAYLI., *El Derecho musulmán y sus evidencias*, Capítulo: el Estatuto Personal, *op.cit.*, pp.169- 170; MUHAMMAD MADANY., *Una Visión Nueva sobre el tema de la Poligamia*, Al-Risala, Egipto, 1958, p.20; MUHAMMAD ABU ZAHRA., *Clases en la conclusión del Matrimonio y sus efectos*, 2º Ed, Dar al-Fiker Al-Arabi, Cairo, 1971, p.136.

⁵ WAHBA AL ZUHAYLI., *El Derecho musulmán y sus evidencias*, Capítulo: el Estatuto Personal, *op.cit.*, pp.515-516.

3. A la luz de lo mencionado se puede decir que el fundamento que legaliza la poligamia en el Derecho musulmán está vinculado con las finalidades del casamiento musulmán, esto es, para satisfacer las necesidades sexuales y la procreación legítima⁶. La otra opción en este caso, esto es el divorcio, no es deseada ni permitida sin motivos razonables⁷, sino que es considerada como algo abominable⁸. Por eso, en el caso de enfermedad de la esposa el marido tiene responsabilidad moral y religiosa que le obliga a quedarse con su esposa y no divorciarse, salvo si ella misma solicita el divorcio. En este caso ella puede casarse con otro varón. En síntesis, la poligamia en la legislación musulmana es una medida excepcional, sólo se puede recurrir a ella en casos extraordinarios para mantener la familia unida y por lo tanto evitar recurrir al divorcio.

4. La poligamia no está restringida sólo por las circunstancias y situaciones citadas, sino que también se somete a varias condiciones necesarias. Según los juristas musulmanes, para contraer otro segundo matrimonio es necesario que cumplan dos requisitos: el trato igualitario a las esposas, es decir, ambas esposas deban recibir el mismo estatus y los mismos derechos sobre su esposo, como en el trato bondadoso, la vivienda, los regalos, la cohabitación nocturna y los aspectos materiales y gastos; y el segundo requisito es la estabilidad económica del esposo⁹. El matrimonio en el Derecho musulmán ante todo es una responsabilidad y requiere capacidad material, por eso, los varones que no pueden asumir esa responsabilidad o bien no tienen este tipo de capacidad no pueden casarse con otra esposa. Conforme a la *Mudawana* marroquí (art.42) y también la ley de familia argelino (art.8), el varón que quiera casarse con otra esposa debe acreditar su capacidad económica, además, debe presentar una solicitud de autorización ante el tribunal de familia, en la cual explica los motivos excepcionales para contraer otro casamiento¹⁰.

5. Respecto a la condición del trato igualitario entre las esposas, la *Mudawana* advierte que la poligamia será prohibida si el juez teme que con ella podría producir un trato injusto entre ambas esposas, también en caso de existencia de una cláusula en el contrato matrimonial establecida por la primera esposa de que su marido no puede casarse con otra (art.40)¹¹. Ahora bien, después de aclarar las circunstancias y los requisitos que deban existir para que la poligamia pudiera ser permitida. En las siguientes líneas se aborda los motivos detrás de legalizar el matrimonio polígamo en el Derecho musulmán.

6. Entre los 6236 versículos del Corán, sólo se encuentra un texto que autoriza la poligamia: «Y si teméis no ser justos con los huérfanos, casaos entonces, de entre las mujeres que sean buenas para vosotros, con dos, tres o cuatro. Pero si teméis no ser equitativos, entonces con una sólo»¹². Diversos

⁶ La vida conyugal en el Derecho musulmán de familia no se limita meramente a satisfacer el placer sexual, sino que responde a otras necesidades del ser humano, ya sean psicológicas como sociales. Junto a las finalidades mencionadas, el matrimonio musulmán tiene como objetivo principal es establecer una nueva familia entre un marido y una mujer, disfrutando ambos de su ternura recíproca. ESPOSITO JOHN señala que el casamiento musulmán está orientado para «la salvaguarda de la castidad y esencial para el crecimiento y la estabilidad de la familia, la unidad básica de la sociedad». JOHN. ESPOSITO., *Islam, pasado y presente de las comunidades musulmanas*, editorial Paidós, Barcelona, 2006, p.118.

⁷ MUHAMMAD ABU ZAHRA., Clases en la conclusión del Matrimonio y sus efectos, *op.cit.*, p.136.

⁸ WAHBA AL ZUHAYLI., El Derecho musulmán y sus evidencias, *op.cit.*, p.358; AHMAD FAEZ., *La familia en el Corán*, 6º Ed, Editorial Al-Risala, Beirut, 1992, pp.368 a 375.

⁹ WAHBA AL ZUHAYLI., El Derecho islámico y sus evidencias, *op.cit.*, p.168; MUHAMMAD ABU ZAHRA., Clases en la conclusión del Matrimonio y sus efectos, *op.cit.*, p.134; MUHAMMAD MUSTAFA SHALABI., *Las disposiciones de la familia en el Islam*, 4º Ed, Al-Dar Al-Jamyiah, Beirut, 1983, p.254.

¹⁰ En virtud del artículo 42 de la *Mudawana*: "Si no se ha pactado en el contrato de matrimonio la prohibición de la poligamia, el solicitante tendrá que pedir una autorización al Tribunal. La solicitud tendrá que exponer los motivos objetivos y excepcionales que la justifican y tendrá que ir acompañada de una declaración sobre la situación económica del solicitante". La nueva *Mudawana* marroquí: entre tradición y modernidad, traducción comentada del Código de familia, Junta de Andalucía, Consejería de empleo, 2004.

¹¹ En conformidad con el artículo 40 de la *Mudawana*: "se prohíbe la poligamia cuando puede tener lugar una injusticia entre las esposas. Está igualmente prohibida cuando la esposa haya establecido una cláusula en virtud de la cual el esposo se compromete a no tomar a otra esposa".

¹² El Corán, capítulo de las Mujeres, versículo 3. El Corán, Traducción y Comentario por ABDEL GHANI MELARA NAVIO. Disponible en: <<http://noblecoran.com/index.php/coran-traducido/traduccion-de-abdel-ghani-melara>>. [Fecha de consulta: 12/09/2019].

juristas musulmanes y occidentales confirman que la poligamia señalada en el texto anterior conlleva un sentido social y moral, esto es, para brindar protección a la mujer viuda y divorciada y sus hijos¹³. En este sentido, Catalá Santiago señala que el Islam «establece la monogamia, pero sin prohibir la poligamia, a la que da un sentido social y de protección de la mujer y de los niños de está»¹⁴. Por su parte, Candela Jadicha destaca que «el Islam ha permitido la poligamia como una solución a los males sociales y ha permitido un cierto grado de libertad a la naturaleza humana, pero sólo dentro del marco estrictamente definido de la ley»¹⁵. El discurso coránico, en el mismo versículo anterior, ordena a los musulmanes desposar con sólo una mujer para que eviten cometer alguna injusticia entre sus esposas: «...pero si teméis no ser equitativos, entonces con una sólo»¹⁶.

7. Entre las opiniones que apoyan la tendencia anterior, se destaca la interpretación dada por el jurista Muhammad Madany (1907-1968 d.C), uno de los sabios del Centro Religioso de *Al-Azhar* en Egipto. De acuerdo con Muhammad Madany «la razón principal detrás de la legalización de la poligamia en el versículo anterior es proteger y mantener a las viudas y los huérfanos sufridos en las épocas de las guerras»¹⁷. Esto es, en los primeros años de la aparición del Islam la comunidad musulmana era pequeña, y durante la cual sucedieron muchas guerras entre los musulmanes y las tribus árabes. La comunidad musulmana ha perdido muchas vidas y murieron muchos hombres dejando viudas y huérfanos sin sostén de la familia¹⁸. El jurista Muhammad Madany aclara que el texto coránico anterior no ordena a todos los varones musulmanes que se casan con dos mujeres o más, sino que recomienda a los tutores de huérfanos que se casen con sus madres viudas, o bien con las huérfanas mismas para que puedan cuidarlas y mantenerlas de forma correcta y completa¹⁹. En otras palabras, el cuidado ofrecido por los varones a las huérfanas y viudas, en condición de tutor, se convierte una responsabilidad conyugal que no puede ceder en cualquier caso.

8. Por tanto, la poligamia en este contexto viene como una de las medidas adoptadas por la legislación musulmana para cubrir las necesidades económicas de las viudas y sus hijos huérfanos en aquella época. Ya que, como es sabido, el varón en el Derecho musulmán es el único responsable de cubrir las necesidades económicas de toda la familia²⁰. Los juristas occidentales, como destacan Acuña Sara y Domínguez Rocío, también opinan que las razones detrás de permitir el matrimonio polígamo en el Derecho musulmán se arraigan en «cuidar y atender materialmente a los niños en caso de orfandad, concretamente a los huérfanos de hermanos o amigos, y la reforzada garantía de tutela que dogmáticamente se impone respecto de una viuda- de hermano o amigo íntimo- que la conforman en una cuasi obligación de vincularse con ella materialmente»²¹. En la misma línea, Mandirola Pablo señala que el Profeta Muhammad «pretendía evitar la desprotección de la mujer y los hijos, otorgándose una serie de derechos inalienables»²². En síntesis, se puede concluir que la poligamia en la legislación musulmana representa una medida excepcional, tiene sus motivos y garantías, mientras que otros textos coránicos enfatizan al matrimonio monógamo.

¹³ P. M. BRIEUX, *Introducción al Derecho islámico*, edición 1ª, Marcial Pons, Madrid, 1998, p.107; C. R. SANTIAGO., (Coord.), *Evolución del Derecho de familia en occidente*, Cuenca: Ediciones de la universidad de Castilla La mancha, 2006, p.274.; J., CANDELA CASTILLO, «La poligamia en el Derecho islámico». Disponible en: <http://www.webislam.com/articulos/18438-la_poligamia_en_el_derecho_islamico.html>, [Fecha de consulta: 18/06/2019].

¹⁴ C. R. SANTIAGO., (Coord.), *Evolución del Derecho de familia en occidente*, *op.cit.*, p.274.

¹⁵ J. CANDELA CASTILLO., *La poligamia en el Derecho islámico*, [Fecha de consulta: 18/06/2019].

¹⁶ El Corán, capítulo de las Mujeres, versículo 3. El Corán, Traducción y Comentario por A. G. MELARA NAVIO. Disponible en: <<http://noblecoran.com/index.php/coran-traducido/traduccion-de-abdel-ghani-melara>>. [Fecha de consulta: 12/09/2019].

¹⁷ MUHAMMAD MADANY., *Una Visión Nueva sobre la Poligamia*, *op.cit.*, p.27.

¹⁸ *Ibid.*, p.27.

¹⁹ MUHAMMAD MADANY., *Una Visión Nueva sobre la Poligamia*, *op.cit.*, p.18.

²⁰ [Las madres deberán amamantar a sus hijos durante dos años completos, si desea completar la lactancia. *Sustentarlas y vestirlos es responsabilidad del progenitor*]. El Corán, capítulo de la Vaca, versículo 233. Traducción y Comentario por A. G. MELARA NAVIO.

²¹ S. ACUÑA/R.DOMÍNGUEZ/P. LORENZO/A. MOTILLA (Coord.), *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español, El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2003, p.37.

²² P.M. BRIEUX., *Introducción al Derecho islámico*, *op.cit.*, p.107.

A continuación, se estudia el reconocimiento restringido de los ordenamientos occidentales de los efectos del matrimonio poligámico en base del orden público internacional atenuado.

III. El reconocimiento de los efectos del matrimonio poligámico y el orden público internacional atenuado

Abordar el conflicto que suscita el reconocimiento de los efectos generados del matrimonio poligámico, ya que éste puede resultar obstaculizado con los principios del orden público internacional.

1. El matrimonio poligámico contrasta con los principios del orden público

9. No cabe duda de que la poligamia representa la cuestión más polémica y criticada en el Derecho de familia musulmán. Diversos son los aspectos en los que el casamiento poligámico contrasta con la institución matrimonial en occidente. Por un lado, el matrimonio poligámico entra en conflicto con el carácter monogámico de la institución matrimonial de los Estados europeos, pues la monogamia representa uno de los elementos esenciales del casamiento²³. Por otro lado, la poligamia vulnera los principios y valores de los ordenamientos occidentales, esencialmente, el principio constitucional de igualdad entre el hombre y la mujer²⁴, tal como dispone el artículo 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y también la Constitución española en el art.14 en relación con el art.32.1 y el art.10.1.

10. Actualmente, los ordenamientos occidentales no permiten celebrar ni inscribir los matrimonios poligámicos en el Registro civil²⁵. En el ordenamiento español el matrimonio monogámico es la única forma reconocida legalmente, los que están ligados con vínculo matrimonial no pueden contraer matrimonio (art.46.2.Cc)²⁶. En este sentido, Carrascosa González y Valverde Martínez destacan que «el Derecho de Familia español arranca, en efecto, del principio básico de la monogamia matrimonial, de modo que la poligamia atenta contra la dignidad constitucional de la mujer»²⁷.

11. Respecto a la inscripción del casamiento polígamo, Juaréz Pérez afirma que el orden público internacional «impide, hoy por hoy, que accedan al Registro Civil español los matrimonios poligámicos válidamente celebrados en el extranjero»²⁸. El casamiento poligámico, incluso, es nulo y no produce efecto alguno ante las autoridades judiciales²⁹, tal como se refiere el apartado 2 del 73 del Código civil español. Asimismo, las legislaciones occidentales penalizan este tipo de casamiento con la pena de prisión, tal como señala el art.217 del Código penal español³⁰.

²³ P. JUÁREZ PÉREZ., "Jurisprudencia Española y poligamia islámica: ¿Un matrimonio forzoso? ", *Revista electrónica de estudios internacionales* (REEI), nº23, (2012), p.9.

²⁴ M. J. VALVERDE MARTÍNEZ; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ., "Poligamia en Marruecos y pensión de viudedad en España, El Tribunal Supremo y el orden público internacional atenuado", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.10, nº2, 2018, p.720.

²⁵ A.L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ., *Derecho Internacional Privado*, Vol.1, nº17, edición Comares, Granada, 2017, p.102 y p.105; M. V. GÓMEZ-URRUTIA., "Matrimonio poligámico, Orden público y Extranjería", *Revista Actualidad Laboral* (AL), nº33, 2003, p.5. Véase RDGRN de 4 de junio de 2011 (RJ. 2002/5494) y 11 de mayo 1994 (RJ. 1994/5022).

²⁶ C. M. DE AGUERRE ALDAZ., (coord.); P. P. CONTRERAS; M. Á. PÉREZ ÁLVAREZ., *Curso de Derecho civil (IV) Derecho de familia*, Colex, Madrid, 2007, p.113.

²⁷ M. J. VALVERDE MARTÍNEZ; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ., "Poligamia en Marruecos y pensión de viudedad en España, El Tribunal Supremo y el orden público internacional atenuado", *op.cit.*, p.720. En este sentido viene RDGRN de 8 de marzo de 1995 (RJ. 1995/2601).

²⁸ P. JUÁREZ PÉREZ., "La Consolidación de una lúcida Doctrina Judicial sobre poligamia y pensión de viudedad: La STSJ de Andalucía de 24 de Mayo de 2018", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol.11, nº1, 2019, p.804.

²⁹ S.ACUÑA/ R. DOMÍNGUEZ/ P. LORENZO; A. MOTILLA, (Coord.), *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español*, *op.cit.*, p.157.

³⁰ M. J. VALVERDE MARTÍNEZ; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ., *Poligamia en Marruecos y pensión de viudedad en España*, *op.cit.*, p.720.

12. La conservación del principio de unidad del vínculo matrimonial y la igualdad entre el hombre y la mujer, representan un obstáculo ante la admisión de los efectos de la poligamia como institución jurídica repugna estos principios. El motivo como aclara Labaca Zabala es que «el impedimento de ligamen y la prohibición de la poligamia, se configura en nuestro sistema matrimonial, como cuestiones de orden público directamente derivados del derecho constitucional a la dignidad personal»³¹. La sentencia de la Audiencia Nacional, eje de este estudio, enfatiza de los principios citados y que considera que el orden público constituye «el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico, resulta incuestionable la incompatibilidad con el mismo de la poligamia; y ello sencillamente porque la poligamia presupone la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquéllas a éstos». Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 2003 declara que "el delito de bigamia supone un ataque frontal a la institución familiar, en cuanto que la misma tiene su fundamento en el matrimonio y éste responde en nuestro país, al igual que en la mayoría de los países civilizados, a la concepción monógama, lo que lleva al legislador a criminalizar y sancionar la conducta del que, contrajere segundo o ulterior matrimonio sin hallarse legítimamente disuelto el anterior"³².

A pesar de la fuerte condena de la poligamia, si bien, algunas legislaciones occidentales tienden a reconocer algunos de los efectos del casamiento poligámico³³, en base de la teoría de "orden público atenuado".

2. El reconocimiento limitado de los efectos del matrimonio poligámico: una excepción del orden público internacional atenuado

13. En principio, en conformidad con las normas del Derecho internacional privado la ley extranjera que vulnera el orden público será rechazada y no hay cabida para su aplicación en ningún caso. En virtud del Código Civil español "en ningún caso tenderá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público" (art.12.3-CC). Los tribunales españoles también deciden que la institución de la poligamia es incompatible con el sistema jurídico y repugna al orden público. El Tribunal Supremo considera que "la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del derecho extranjero"³⁴. Carrascosa González y Valverde Martínez explican que «aplicar en su integridad en España la Ley marroquí que admite el matrimonio poligámico produciría un daño a los principios jurídicos básicos sobre los que se asienta la convivencia y cohesión de la sociedad española»³⁵.

14. No obstante, la aplicación estricta del orden internacional y el rechazo total de los efectos del casamiento poligámico no logra la seguridad jurídica, ya que deja a la viuda del polígamo y sus hijos sin cobertura económica y protección jurídica. Entonces, para evitar la desprotección económica y jurídica a la familia del polígamo ha surgido dentro de la doctrina y la jurisprudencia una tendencia hacia una interpretación más flexible y razonable del orden público. De hecho, los tribunales adoptaron un nuevo concepto respecto al matrimonio poligámico, esto es, "orden público atenuado o flexible"³⁶. En este sentido, Cervilla Garzón aclara que «los tribunales entienden que el concepto de orden público no es rígido,

³¹ L. M^a. LABACA ZABALA., El matrimonio poligámico islámico y su trascendencia en el ordenamiento jurídico español, *Cartapacio de Derecho: Revista Virtual de la Facultad de Derecho*, nº14, 2008, p.32.

³² Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 25 de marzo de 2003, F. J. 3º.

³³ L. M^a. LABACA ZABALA., "El matrimonio poligámico islámico y su trascendencia en el ordenamiento jurídico español", *op.cit.*, p.38.

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de los Contencioso-Administrativo, de 26 de febrero de 2010, nº 5507/2006, el Cuarto de los Fundamentos de Derecho.

³⁵ M. J. VALVERDE MARTÍNEZ/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ., Poligamia en Marruecos y pensión de viudedad en España, *op.cit.*, p.727.

³⁶ La teoría de "orden público atenuado", como es sabido, ha surgido como consecuencia de la resolución emitida por la Corte de Casación, el 17 de abril de 1953, tras la sentencia *Rivière* del Tribunal de Casación. A. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ., *Derecho Internacional Privado*, *op.cit.*, pp.628-630.

sino que puede flexibilizarse en función de las circunstancias concurrentes en el caso concreto y cuando se producen los presupuestos anteriormente mencionados», esto es, en caso de desprotección jurídica y económica de la familia del polígamo³⁷. Por su parte, Calvo Caravaca .A y Carrascosa González .J, opinan que «en el fondo, admitir en España ciertos efectos jurídicos de ese matrimonio polígamico, válidamente celebrado en el extranjero, no daña el orden público internacional español»³⁸. Según los mismos autores la solución más justa y equitativa³⁹ es «aceptar un orden público internacional "atenuado" que permite hacer valer en España algunos efectos jurídicos derivados del matrimonio polígamico»⁴⁰.

15. En la misma línea, Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo afirman que «los matrimonios polígamicos o poliándricos son, pues, contrarios al orden público español [...], aunque, tal y como ha señalado reiteradamente la DGRN, a menudo es deseable un efecto atenuado de dicha reserva, para garantice una adecuada protección jurídica y económica de la familia, reconociendo alimentos, derechos sucesorios o, incluso, pensiones de viudedad, a los sucesivos cónyuges»⁴¹. Se puede concluir que la admisión de ciertos efectos del casamiento polígamico no produce un daño fundamental a la sociedad española y no perjudica a ningún particular, sino que al contrario contribuyen a la instauración de la justicia formal⁴².

16. Actualmente, algunas legislaciones occidentales reconocen de ciertos efectos de las uniones polígamicas, siempre y cuando la ley de estatuto personal de ambos contrayentes permita la poligamia, y que el segundo matrimonio haya sido concluido en un país extranjero que permite la poligamia⁴³. «La legislación española reguladora de la Seguridad Social concede, en ciertas condiciones, una pensión de viudedad al cónyuge supérstite»⁴⁴. En los últimos años se destacan varias sentencias de los tribunales españoles en los que reconocen el derecho de la pensión de viudedad a la esposa del polígamo⁴⁵. Las últimas sentencias han sido del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla de 24/05/2018⁴⁶, y la del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 21 de Enero 2020. En ambas sentencias el Tribunal ha decidido distribuir la pensión de viudedad por partes iguales entre las esposas que hayan estado simultáneamente casadas con el mismo causante, y el fallecido es de origen marroquí. El hecho de no reconocer ciertos efectos del matrimonio polígamico podría llevar a consecuencias negativas, es decir, dejar en total desprotección a las esposas e hijos del polígamo. En suma, es admisible el reconocimiento de ciertos efectos del matrimonio polígamico, celebrado válidamente en el extranjero,

³⁷ M^a.J. CERVILLA GARZÓN., "Identidad islámica y orden público: los efectos del matrimonio polígamico en el sistema español de seguridad social", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.11, nº1, 2019, p.246.

³⁸ A. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ., *Derecho Internacional Privado*, *op.cit*, 102.

³⁹ M. J. VALVERDE MARTÍNEZ; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ., *Poligamia en Marruecos y pensión de viudedad en España*, *op.cit*, p.727.

⁴⁰ A. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ., *Derecho Internacional Privado*, *op.cit*, p.102.

⁴¹ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, 10^o Ed, Thomson Reuters, Pamplona, 2018, p.452.

⁴² M^a. J. CERVILLA GARZÓN., *Identidad islámica y orden público: los efectos del matrimonio polígamico en el sistema español de seguridad social*, *op.cit*, p.246.

⁴³ Concretamente, del ATS CA 8 enero 2018 (RJ/2018/16958), así como de la STS Núm.84/2018 de 24 enero (RJ/2018/130) y del ATS 21 MARZO 2017 (RJ/2017/73144), se desprende que, pese a no existir unanimidad de criterios, la postura mayoritaria de los Tribunales de Justicia de las CCAA se muestran a favor de aplicar la tesis de los efectos atenuados del orden público internacional. Así, aplicando dicha teoría, permiten que el matrimonio polígamico, sin ser reconocido, despliegue determinados efectos, como es el reconocimiento de la pensión de viudedad a las diferentes esposas de un varón polígamo, ya que ello no vulnera los principios fundamentales del ordenamiento español. Véase M^a. J. SÁNCHEZ CANO., "Poligamia y Derecho Internacional Privado ante el Tribunal Supremo", en A. L CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, (Dir.), *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*, Vol.2., Colección Derecho y Letras, Vol.I, Murcia, 2019, pp.529-544.

⁴⁴ M. J. VALVERDE MARTÍNEZ/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ., *Poligamia en Marruecos y pensión de viudedad en España*, *op.cit*, p.721.

⁴⁵ La primera sentencia que reconoció el derecho a la pensión de viudedad a dos esposas es la Sentencia del Juzgado de los Social (nº3) de la Coruña, (núm. 2001/1493), de 13 de julio de 1998. Luego, viene la sentencia del Tribunal Superior de Justicia Galicia, (núm. 2002/899), de 2 de abril de 2002. Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sentencia núm. 2002/3324 de 29 de julio 2002.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 1589/2018 de 24 mayo. Véase P. JUÁREZ PÉREZ., *La Consolidación de una lúcida Doctrina Judicial sobre poligamia y pensión de viudedad: La STSJ de Andalucía de 24 de Mayo de 2018*.

conforme al art.65.CC y el art. 256.RRC, aunque su estructura jurídica contravenga el orden público internacional (art.12.3.CC).

17. En cambio, las autoridades judiciales rechazaron otros efectos del matrimonio polígamico, como ocurre en varias ocasiones en la concesión de la nacionalidad⁴⁷. Según Juárez Pérez, existen varias sentencias que deniegan la nacionalidad al solicitante polígamo, el argumento común entre las resoluciones judiciales es la "falta de integración en la sociedad española"⁴⁸, como se destaca la sentencia de 4 de febrero de 2019 de la Audiencia Nacional de Madrid. Se puede afirmar que en casos de los polígamos que solicitan la nacionalidad española, como señala Sánchez Cano, «el orden público internacional opera en forma plena y de manera estricta»⁴⁹. Esto es, los polígamos que solicitan la nacionalidad española su petición siempre ha sido desestimada.

18. La posición oscilante de los tribunales europeos de admitir algunos efectos del casamiento polígamico y rechazar otros debe ser interpretada en la conservación de los principios y valores del orden público por un lado; y respetar los derechos establecidos en los Convenios y Acuerdos europeos de Derechos Humanos por otro lado, en este sentido, garantizar la protección económica y jurídica a la esposa y los hijos del marido polígamo⁵⁰. De todo lo mencionado se puede decir que los ordenamientos occidentales reconocen algunos efectos del matrimonio polígamico en base de la teoría del orden público internacional atenuado. Los efectos del matrimonio polígamico que podrían ser admitidos ante los tribunales europeos son los efectos periféricos, como ocurre en las pensiones de la viudedad. Mientras que, los efectos constitutivos o nucleares, como en el caso de la adquisición de la nacionalidad o inscribir el matrimonio polígamico en el Registro Civil, éstos serán rechazados totalmente⁵¹.

La última y tercera parte del estudio trata la denegación de la nacionalidad en caso de los solicitantes ligados por vínculo matrimonial polígamico, tal como se pronuncia en la sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de febrero de 2019.

IV. Eficacia del matrimonio polígamico a la denegación de la nacionalidad

19. A partir de los años 2001 y 2002 hasta la actualidad los tribunales españoles consideran que la poligamia representa un obstáculo para la concesión de la nacionalidad española por residencia, «por no satisfacer el requisito previsto en el artículo 22.4 del Código Civil referido al "suficiente grado de

⁴⁷ Entre las sentencias se destaca la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) de 26 de febrero de 2010. SAN de 6 de mayo de 2010 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, JUR\2010\174556). SSAN de 23 noviembre 2000 (JUR 2001\174948), 12 junio 2001 (JUR 294445), 11 junio 2002 (JUR 2003/58420), 27 enero 2005 (RJCA 2005\840), 8 marzo 2005 (JUR 2006\273879), 14 septiembre 2006 (JUR 2006\245537), 11 julio 2007 (JUR 2007\229136). Véase P. JUÁREZ PÉREZ., Jurisprudencia Española y poligamia islámica: ¿Un matrimonio forzoso?, *op.cit.*, p.27 y p.29.

⁴⁸ P. JUÁREZ PÉREZ., Jurisprudencia Española y poligamia islámica: ¿Un matrimonio forzoso?, *op.cit.*, p.27.

⁴⁹ M^a. J. SÁNCHEZ CANO., "Poligamia y Derecho Internacional Privado ante el Tribunal Supremo", en A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ., (Dir.), *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*, *op.cit.*, pp.529-544.

⁵⁰ Desde el punto de vista jurídico, no existe convención alguna que regula exclusivamente la condición de la mujer viuda del marido polígamo. Si bien, no se debe olvidar que las Declaraciones de las Naciones Unidas y los Convenios internacionales aluden en muchas ocasiones a los derechos de la mujer, y instan a los Estados Partes a tomar las medidas necesarias que garanticen estos derechos, entre sí, la seguridad económica. La Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada en 1948 establece en su artículo 25 el derecho de toda persona a la propiedad, el derecho a un nivel de vida adecuado, incluida la vivienda, y a seguro en caso de pérdida de sus medios de subsistencia. En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 viene a confirmar el derecho de toda persona, ya sea hombre o mujer, a un nivel de vida adecuado para sí y su familia. La Declaración Universal también confirma el derecho a toda persona a la seguridad social (art.22). De conformidad con los textos consagrados en los instrumentos de las Naciones Unidas y los Convenios y Tratados internacionales la mujer tiene diversos derechos garantizados por los Estados, sin distinguir entre una familia polígama o monógama. En otras palabras, el derecho de la mujer viuda del polígamo a una pensión justa y asegurada tiene base legal en el contexto de los Convenios y Tratados internacionales

⁵¹ A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ., *Derecho Internacional Privado*, *op.cit.*, p.102 a p.105.

integración" con los valores sociales y culturales de la sociedad española»⁵². La Audiencia Nacional de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 8ª) en su sentencia de 4 de febrero de 2019, desestima el recurso contencioso-administrativo, interpuesto contra la Resolución del Ministerio de Justicia que deniega la nacionalidad española a un ciudadano senegalés al no haber renunciado a la poligamia en el momento de la solicitud.

Antes de analizar la sentencia es necesario explicar las condiciones exigidas por la ley española para obtener la nacionalidad, en concreto, la condición relacionada con la acreditación de un suficiente grado de integración en la sociedad, ya que esta condición es el motivo de la denegación de la nacionalidad en la sentencia objeto de estudio.

1. Requisitos de la concesión de la nacionalidad en el Derecho español

20. Conforme a las normas del Código civil español, tal como disponen los artículos 21.2 y 22, para poder adquirir la nacionalidad por residencia es necesario que el solicitante reúna ciertos requisitos⁵³. El primero es que el interesado deba acreditar que haya residido en España de forma legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición, un periodo de un año, dos, cinco o diez años (22.Cc). En general, los ciudadanos procedentes de países árabes y musulmanes, donde la poligamia es permitida, como por ejemplo en Marruecos y Senegal, éstos deban acreditar en el momento de la presentación de la solicitud de la nacionalidad que hayan residido en España un periodo de diez años. En virtud del apartado 1 del artículo 22: «para la concesión de la nacionalidad por residencia se requiere que ésta haya durado diez años». La segunda de las condiciones se refiere al carácter de la residencia que el interesado debe cumplir en España, esto es, una residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición⁵⁴.

21. Junto a los dos requisitos mencionados, el artículo 22.CC añade otras dos condiciones necesarias, una buena conducta cívica y un suficiente grado de integración en la sociedad española. Conforme el apartado 4 del artículo 22.CC «el interesado deberá justificar en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española». En cuanto al tercer requisito, la ausencia de antecedentes penales o policiales no considera un elemento suficiente para justificar la buena conducta cívica, sino que es necesario tener en cuenta otros datos del comportamiento del peticionario. Espinar Vicente afirma que «ciertamente, buena conducta cívica no se acredita únicamente a través de certificaciones de las que se deduzca que el sujeto no ha realizado actividades penalizadas por la legislación criminal»⁵⁵. En la misma línea, Cobas Cobiella señala que «a la hora de hacer las valoraciones del civismo de quien solicita la adquisición de la nacionalidad española por residencia deben ponderarse cualesquiera otros datos positivos o negativos que, al margen de lo penal, puedan poner de manifiesto cuál es la actitud del solicitante en la sociedad»⁵⁶. El cuarto de entre los requisitos exigidos para obtener la nacionalidad española, es que el promotor de la solicitud deba acreditar "un suficiente grado de integración en la sociedad española". Todos los requisitos han de cumplirse y acreditarse en el momento de la solicitud para poder adquirir la nacionalidad española por residencia. El cuarto de entre los requisitos exigidos para obtener la nacionalidad española constituye el motivo principal de la denegación de la nacionalidad en la sentencia. A continuación, nos centramos en este requisito explicándose su contenido y significado.

⁵² A. M. ASÍN CABRERA., "La práctica judicial española ante la diversidad multicultural de la relaciones familiares", *Anuario de la inmigración en España*, 2015, p.307.

⁵³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ., "Adquisición de la nacionalidad española por residencia en España art.22", en M. PASQUAU LIAÑO., *Jurisprudencia Civil Comentada: Código Civil*, Comares editorial, Granada, Tomo I, 2000, p.454.

⁵⁴ El artículo 22 del Código civil, en su apartado 3, dispone que «en todos los casos, la residencia habrá de ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición».

⁵⁵ J. M. ESPINAR VICENTE., *Tratado Elemental de Derecho Internacional Privado*, Universidad de Alcalá, Madrid, 2008, pp.182-183.

⁵⁶ E. Mª. COBAS COBIELLA., "Una Mirada a los requisitos de la obtención de la nacionalidad española por residencia", *Barataria: Revista Castellano-Manchega de ciencias sociales*, Vol.17, nº17, p.238.

22. Los preceptos jurídicos citados en el apartado 4 «no contienen una definición legal comprensiva de los parámetros de determinación del grado de integración social de los solicitantes por lo que es incierta hasta su apreciación en sede judicial»⁵⁷. En otras palabras, los términos jurídicos del apartado 4 del artículo 22.CC no determinan cuáles son los criterios necesarios para cumplir la condición de "suficiente grado de integración en la sociedad española". Ahora bien, un estudio detenido de los informes y actas emitidos por las autoridades administrativas y judiciales, respecto a las solicitudes de nacionalidad presentadas por extranjeros, nos sugiere que existen diversos criterios que deban concurrir en el solicitante de la nacionalidad para poder decir que éste último cumpla este requisito. Esto es, las autoridades administrativas y judiciales a la hora de valorar las solicitudes de nacionalidad aplican varios criterios vinculados con aspectos legales, sociales, culturales y económicos. De acuerdo con Almargo Rodríguez «existe un núcleo de datos de comportamiento "españoles" que son siempre exigibles a todo sujeto extranjero que desea adquirir la nacionalidad española por residencia»⁵⁸.

23. El motivo que exige aplicar esta serie de criterios se encuentra en la gran diferencia entre los españoles y los extranjeros que pretenden adquirir la nacionalidad, en la mayoría de los casos pertenecen a otras culturas diferentes, en particular, los ciudadanos procedentes del mundo árabe o países musulmanes de África o Asia, turcos, senegaleses o marroquíes. Por otro lado, «la nacionalidad genera un vínculo político, jurídico y social con el Estado, y ello requiere que este vínculo abarque la permanencia en la tierra y la integración a la misma, a las costumbres del país, a la cultura a un estilo de vida determinado»⁵⁹. En palabras de Carrascosa González, el concepto de "suficiente grado de integración en la sociedad" exige «una fuerte vinculación y arraigo» entre el solicitante y la sociedad española⁶⁰.

24. A la luz de lo mencionado se puede concluir que las autoridades no se conforman sólo con los plazos establecidos para conceder la nacionalidad, es decir, "una residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición", sino que es necesario que el solicitante de la nacionalidad se integre con la sociedad, acepte sus normas y leyes y se adapte a sus costumbres y su cultura⁶¹. El manejo de la lengua representa uno de los parámetros más importantes que demuestran que el interesado está integrado en la sociedad española. La Espina Encarnación señala que «la práctica habitual en el Derecho comparado europeo es considerar el manejo del idioma como un elemento indispensable y revelador del nivel de integración social del extranjero que pretende obtener la nacionalidad del país en el que reside»⁶². El art.220 del Reglamento de la Ley del Registro Civil, sección 7ª de la nacionalidad, apartado 5º, exige en la solicitud de la nacionalidad si el extranjero «...habla castellano u otra lengua española; cualquier circunstancia de adaptación a la cultura y estilo de vida españoles, como estudios, actividades benéficas o sociales, y las demás que estime conveniente». El Tribunal Supremo en dos sentencias considera que «el conocimiento del idioma español se exige en la medida que el mismo resulta necesario para entablar relaciones sociales con terceros en grado suficiente para procurar una integración efectiva en la sociedad»⁶³.

25. Junto al manejo de la lengua, el desarrollo de actividades laborales por el solicitante a lo largo de su estancia en España se considera índice significativo de la integración del interesado en la sociedad. Por último, el solicitante de la nacionalidad para cumplir el requisito de la integración social es necesario

⁵⁷ E. Mª. LA SPINA., "Más allá de (ir)refutable nexos poligamia-desintegración social en la jurisprudencia Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº48, 2014, p.226.

⁵⁸ N. Mª. ALMARGO RODRÍGUEZ., "Comentario A la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 19 de junio de 2008, sobre denegación de la concesión de la nacionalidad española por poligamia", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.1, nº2, octubre, 2009, p.276.

⁵⁹ E. Mª. COBAS COBIELLA., Una Mirada a los requisitos de la obtención de la nacionalidad española por residencia, *op.cit.*, p.236.

⁶⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ., Adquisición de la nacionalidad española por residencia en España art.22, *op.cit.*, p.454.

⁶¹ E. Mª. COBAS COBIELLA., Una Mirada a los requisitos de la obtención de la nacionalidad española por residencia, *op.cit.*, p.236.

⁶² E. Mª. LA SPINA., Más allá de (ir)refutable nexos poligamia-desintegración social en la jurisprudencia Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo, *op.cit.*, p.225.

⁶³ STS de 25 de febrero de 2010, Sala de lo Contencioso-Administrativo, número 5507/2006, y STS de 18 de noviembre de 2010, Rec. 4729/2007.

que admita y respete las normas y disposiciones fundamentales del Estado previstas en su Constitución y sus leyes. Se puede decir que el requisito de "suficiente grado de integración en la sociedad española" no se limita a los elementos sociales y económicos sino también abarca el aspecto jurídico. En este sentido, la Audiencia Nacional en su sentencia de 4 de febrero de 2019, aclara que la jurisprudencia viene razonando que el requisito de "suficiente grado de integración en la sociedad" exige «la armonización del régimen de vida del solicitante con los principios y valores sociales, que en gran parte tienen reflejo constitucional, su grado de implicación en las relaciones económicas, sociales y culturales, así como su arraigo familiar, todo lo cual ha de justificarse por el interesado o desprenderse de las actuaciones reflejadas en el expediente administrativo»⁶⁴. De todo lo mencionado se puede concluir que el extranjero que quiere solicitar la nacionalidad ha de reunir una serie de requisitos formales legales, conforme al artículo 22.Cc. En cuanto el requisito de "suficiente grado de integración en la sociedad española", las autoridades aplican varios criterios vinculados con aspectos sociales y culturales, y otros conllevan carácter jurídico.

A continuación, se analiza la sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de febrero de 2019.

2. Análisis de la SAN de Madrid de 4 de febrero de 2019: Denegación de la nacionalidad por insuficiente grado de integración en la sociedad por motivo de la poligamia

A) Los antecedentes de hecho de la SAN de 4 de febrero de 2019

26. La Sentencia de la Audiencia Nacional de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava), de 4 de febrero de 2019, fue dictada como respuesta al recurso contencioso-administrativo, núm.1099/2017, presentado por un ciudadano nacional de la República de Senegal, contra la Resolución del Ministerio de Justicia, de fecha 15 de junio de 2017, sobre denegación de la nacionalidad por residencia. En la fecha de 16 de diciembre de 2010 el ciudadano José Ramón presentó su solicitud de nacionalidad española por residencia.

27. No obstante, en la fecha de 15/07/2015, la DGRN por delegación del Ministro de Justicia, no admitió la solicitud de nacionalidad por residencia. El motivo de la denegación fue que el interesado presentó entre los documentos de la solicitud de la nacionalidad un certificado de matrimonio de la República de Senegal, en el que se consignaba que contrajo matrimonio en la ciudad de Diourbel en la fecha de 13/02/1993, declarando las dos esposas, "poligamia".

28. Contra la resolución denegatoria de la nacionalidad del Director General de los Registros y del Notariado, el interesado interpuso recurso de reposición en el 03/12/2015, aportando un nuevo certificado matrimonial, actualizado, legalizado y traducido, donde se hace constar que ha optado, junto a su esposa, por acogerse al régimen matrimonial de comunidad de bienes, realizando una declaración expresa por acogerse a la monogamia y renunciando a la poligamia. Sin embargo, la DGRN desestimó el recurso de reposición con fecha 15 de junio de 2017, confirmando la resolución denegatoria de la nacionalidad.

29. Ante la confirmación de la denegación de la nacionalidad por la DGRN, el interesado presentó recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional. La Audiencia Nacional, en la sentencia de 4 de febrero de 2019, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución del Ministro de Justicia, confirmando la resolución de la DGRN.

B) Resolución de la DGRN y las alegaciones del recurrente

30. Según la DGRN el motivo de la denegación de la solicitud de la nacionalidad es que el recurrente no cumple el requisito del "suficiente grado de integración en la sociedad española" (art.22.4.CC).

⁶⁴ Apartado tercero de los Fundamentos de Derecho del fallo de la SAN de Madrid de 4 de febrero de 2019.

Conforme a la resolución del Director General de los Registros y del Notariado: «el interesado no ha justificado suficiente grado de integración en la sociedad española conforme a lo previsto en el artículo 22.4.CC, dado que se desprende del expediente que no descarta la poligamia, por cuanto en el certificado de matrimonio ya celebrado consta que el solicitante optó por el régimen de poligamia».

31. A pesar de que el recurrente demuestra suficiente asimilación del idioma y adaptación a la cultura española, tal como señala el acta de audiencia con el Juez-Encargado del Registro Civil, si bien, el recurrente practica la poligamia y esto significa que no respeta las disposiciones legales, entre ellas, el principio de unidad del vínculo matrimonial previsto en el Derecho español (art.46.2CC). Por lo tanto, el recurrente no cumple el requisito del "suficiente grado de integración en la sociedad española. La DGRN enfatiza que «la integración en cualquier sociedad exige la aceptación y seguimiento de sus principios sociales básicos, *especialmente aquellos recogidos en disposiciones legales que disciplinan los presupuestos esenciales de la convivencia entre ciudadanos*»⁶⁵.

32. La DGRN para fundamentar su resolución recurre a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que declara claramente que la poligamia es contraria al orden público. En este sentido, la DGRN señala que «la jurisprudencia ha declarado de forma reiterada que la poligamia es contraria al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del Derecho extranjero, por lo que resulta irrelevante que la poligamia esté admitida en el país de origen del solicitante, (SSTS de 14 de julio de 2004, 19 de junio de 2008 y 14 de julio de 2009, entre otras)»⁶⁶.

33. Por su parte, el recurrente invoca en su defensa que cumple todos los requisitos de los artículos 21 y 22.CC, todos ellos acreditados en el expediente administrativo. El interesado presentó en el expediente administrativo, como señala el apartado cuarto de los Fundamentos de Derecho de la sentencia, todos los documentos exigidos por la ley. Entre los otros documentos presentados, junto con la solicitud: certificado de nacimiento, certificado de inscripción consular en el Consulado de la República de Senegal en Canarias, pasaporte, permiso de residencia permanente, certificado de empadronamiento en el Ayuntamiento de Arona, certificado de buena conducta expedido por el Cónsul Honorario de la República de Senegal en Canarias, certificación acreditativa de carecer de antecedentes penales en su país y por último Informe de vida laboral.

34. Además, el Fiscal y la Juez, Encargada del Registro Civil, emitieron dos informes favorables a la concesión de la nacionalidad española al interesado. Por otro lado, el recurrente invoca que, tras la denegación de la nacionalidad por la DGRN, presentó escrito de ampliación y mejora del recurso de reposición presentado el 03/12/2015, adjuntado al mismo certificado de matrimonio actualizado, legalizado y traducido, donde se hace constar que ha optado, junto a su esposa, por acogerse al régimen matrimonial de comunidad de bienes, realizando una declaración expresa por acogerse a la monogamia, rechazando la poligamia. No obstante, la DGRN no ha tenido en cuenta el nuevo documento presentado en la que renuncia a la poligamia, confirmando la resolución denegatoria de la nacionalidad.

35. La Audiencia Nacional después de estudiar el recurso expuesto no ha admitido las alegaciones del recurrente en su defensa, y desestimó el recurso contencioso-administrativo por diversos motivos, tal como aparecen en los fundamentos del fallo.

⁶⁵ En el mismo sentido viene la Resolución de DGRN de 10 de noviembre de 2015: "Tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo exigen una palmaria claridad respecto a los vínculos matrimoniales que lleve a entender que el solicitante se encuentra acomodado a las costumbres españolas en la estructuración de sus relaciones familiares. La integración en cualquier sociedad exige la aceptación y seguimiento de sus principios sociales básicos, especialmente aquellos recogidos en disposiciones legales que disciplinan los presupuestos esenciales de la convivencia entre ciudadanos".

⁶⁶ STS de 14 de julio de 2004, 19 de junio de 2008 y 14 de julio de 2009.

C) Fundamentos de la SAN de Madrid de 4 de febrero de 2019

36. El motivo principal de desestimar el recurso contencioso-administrativo, interpuesto contra la Resolución denegatoria de la nacionalidad de la DGRN, es que el recurrente no cumple efectivamente el requisito del "suficiente grado de integración en la sociedad española". Si bien, la Audiencia Nacional alude a otros fundamentos importantes, sustanciales y formales, que refutan las alegaciones del recurrente.

a) Insuficiente grado de integración en la sociedad española

37. La concesión de la nacionalidad española por residencia, como señala la Audiencia Nacional en el tercero de los Fundamentos de Derecho, sujeta a dos tipos de requisitos: "unos de carácter definido, como son la formulación de la correspondiente solicitud y la residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición durante los plazos de diez, cinco, dos o un año, que según los casos se establece; y otros configurados como conceptos jurídicos indeterminados, bien de carácter positivo, como la justificación de buena conducta cívica y el suficiente grado de integración en la sociedad española, o bien de carácter negativo, como los motivos de orden público o interés nacional que pueden justificar su denegación".

38. En virtud de los artículos 21 y 22.CC, el peticionario reúne los requisitos exigidos para obtener la nacionalidad, salvo la condición relacionada con el "suficiente grado de integración en la sociedad española"; puesto que está ligado por un vínculo matrimonial poligámico y esto no demuestra una integración efectiva en la sociedad española. El solicitante, como mencionamos, presentó entre los documentos de la solicitud de la nacionalidad un certificado de matrimonio en el que se consigna que contrajo matrimonio en la fecha de 13/02/1993, declarando las dos esposas "poligamia". La Audiencia Nacional confirma que la resolución del Director General de los Registros y del Notariado "contiene una clara y suficiente motivación"⁶⁷. Esto es, el recurrente no ha acreditado suficiente grado de integración en la sociedad española, en virtud de lo previsto en el artículo 22.4.CC⁶⁸. En este sentido, Castellanos Ruiz indica que «el sujeto que ejerce la poligamia de forma efectiva no podrá adquirir la nacionalidad española por residencia, porque éste no demuestra un "suficiente grado de integración en la sociedad española"»⁶⁹.

39. Según la Audiencia Nacional el requisito de suficiente grado de integración social «exige la aceptación y seguimiento de sus principios sociales básicos, especialmente aquellos recogidos en disposiciones legales que disciplinan los presupuestos esenciales de la convivencia entre ciudadanos»⁷⁰. En este punto, el recurrente no respeta el principio de "unidad del vínculo matrimonial" previsto en el Derecho español (art.46.2.CC), pues, el matrimonio monogámico es la única forma reconocida legalmente. Por lo tanto, si la administración pública detectase que el interesado está ligado por un vínculo matrimonial poligámico, aunque el solicitante de la nacionalidad cumpla con el resto de los requisitos administrativos y legales, su petición será denegada.

40. La Audiencia Nacional confirma que la poligamia es una institución contraria al orden público español, tal como confirma diversas sentencias del Tribunal Supremo que declaran que «la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del derecho extranjero (artículo 12.3.CC)»⁷¹. Por eso, es ajustado a derecho que «la Administración española considere que alguien cuyo

⁶⁷ Apartado cuarto de los Fundamentos de Derecho del fallo de la SAN de Madrid de 4 de febrero de 2019.

⁶⁸ Apartado cuarto de los Fundamentos de Derecho del fallo de la SAN de Madrid de 4 de febrero de 2019.

⁶⁹ J. M^a. CASTELLANOS RUÍZ., "Denegación de la nacionalidad española por poligamia", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.10, n°1, 2018, p.119.

⁷⁰ Apartado primero de los Fundamentos de Derecho del fallo de la SAN de Madrid de 4 de febrero de 2019.

⁷¹ En el apartado primero de los Fundamentos de Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. 1982/2017, de 14 de diciembre (JUR\2017\313735); en el apartado primero de los Fundamentos de Derecho de la STS (Sala de

estado civil es atentatorio contra el orden público español no acredita un suficiente grado de integración en la sociedad española»⁷².

41. Por último, la Audiencia Nacional subraya que existen anteriores sentencias (Ss de 12 de junio de 2001, Rec.1105/2000 y 11 de junio de 2002, Rec.574/2001) que confirman «la imposibilidad de conceder la nacionalidad española en los supuestos de poligamia por falta del requisito de integración con los valores sociales, culturales y con nuestro propio ordenamiento jurídico»⁷³. En este sentido, la SAN de 16/03/2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) declara que: "...no sólo porque es sumamente dudoso que la poligamia no suponga un rasgo de diferenciación notable en una sociedad que, aunque abierta y tolerante con usos y costumbres diferentes, no reconoce sino la unión matrimonial monógama, y además porque la ley española así lo dispone, de modo que resultaría contradictorio el reconocimiento de que se disfruta de una situación familiar diferente en virtud de leyes o costumbres distintos a los españoles en un aspecto tan importante de la organización social, y que se está en disposición de someterse a la obediencia de la Constitución y de las leyes españolas que impiden contraer matrimonio a quien ya se encuentra unido por vínculo conyugal"⁷⁴. En suma, el recurrente en el presente caso está ligado por un vínculo matrimonial poligámico y esto no demuestra una integración efectiva en la sociedad española. En consecuencia, la carencia de este requisito exigido por el art.22.4.CC imposibilita obtener la nacionalidad.

b) La nacionalidad tiene carácter político y es algo más que la autorización de residencia y trabajo

42. La adquisición de la nacionalidad no se puede comparar en ningún caso con los efectos sociales y económicos derivados del matrimonio poligámico, esto es, los derechos concedidos por los tribunales españoles, como ocurre en la pensión de la viudedad y el derecho de alimentos. La adquisición de la nacionalidad tiene el carácter político de la soberanía del Estado. Por eso, los solicitantes de la nacionalidad deberían tener un mínimo conocimiento de las instituciones y organización política española. En este sentido, la Audiencia Nacional señala que en "el acta de audiencia ante el Encargado del Registro Civil en el que se consignan las concretas preguntas y cuestiones formuladas, no podemos valorar el grado de conocimiento de las instituciones y organización política española". No obstante, la Audiencia Nacional señala que «en el presente caso tal omisión no resulta relevante, pues, efectivamente, la denegación se fundamenta esencialmente en que el interesado aporta certificado de matrimonio, celebrado en Senegal, en el que consta que optó por el régimen de poligamia».

43. Tampoco se puede comparar la adquisición de la nacionalidad con la autorización de residencia y trabajo. Según el apartado tercero de la sentencia: «la nacionalidad constituye la máxima expresión jurídica de la integración de una persona en una comunidad estatal, y es algo más que la autorización de residencia y trabajo. Por ello, el nivel de exigencia de la adaptación a nuestra sociedad es superior para los solicitantes de la nacionalidad que el exigible a los extranjeros residentes, puesto

lo Contencioso-Administrativo) de 19 de diciembre de 2011 (RJ\2012\2876); en el apartado cuarto de los Fundamentos de la Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 26 de febrero de 2010 (RJ\2010\1571).

⁷² Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 20 Octubre 2014, Rec. 826/2013; Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 16 Diciembre 2014, Rec. 1103/2013; Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 8 Mayo 2013, Rec. 136/2011.

⁷³ Apartado quinto de los Fundamentos de Derecho del fallo de la SAN de Madrid de 4 de febrero de 2019.

⁷⁴ Apartado quinto de los Fundamentos de Derecho del fallo de la SAN de Madrid de 4 de febrero de 2019. También el apartado tercero de los Fundamentos de Derecho de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de junio de 2002 (JUR\2003\58420): esta es sentencia de la Audiencia Nacional recurrida, a raíz de la cual se dictó la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de junio de 2008 (RJ\2008\6478); apartado primero de los Fundamentos de Derecho de la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. 1982/2017, de 14 de diciembre (JUR\2017\313735) (ECLI:ES:TS:2017:4539): también haciendo referencia a la sentencia de la Audiencia Nacional recurrida, apartado cuarto de los Fundamentos de Derecho de la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 11 de noviembre de 2015 (JUR\2015\304188). J. M^a. CASTELLANOS RUIZ., Denegación de la nacionalidad española por poligamia: Análisis jurisprudencial, *op.cit.*, p.115.

que pretenden ser ciudadanos españoles»⁷⁵. La Audiencia Nacional explica que no es lo mismo residir en España que adquirir la nacionalidad española, que comporta toda una serie de derechos, incluidos el de sufragio activo y pasivo y el de acceder a los cargos y funciones públicas. La Audiencia Nacional destaca que «la adquisición de la nacionalidad convierte al peticionario en ciudadano español, lo cual supone que adquiere el derecho a participar en los asuntos públicos...y a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, como señala el artículo 23 de la Constitución». La Audiencia Nacional añade que «dicha participación en los asuntos públicos, como ciudadano español, abarca también la participación en el gobierno de las Entidades en que el Estado se organiza territorialmente, de acuerdo con el art.137 de la Constitución, más allá del derecho de sufragio como extranjeros residentes en los distintos municipios en las elecciones locales atendiendo a criterios de reciprocidad». El aspecto político de la adquisición de la nacionalidad, según la Audiencia Nacional, destaca también en que "la nacionalidad es la condición necesaria para acceder a la protección diplomática de los derechos de los nacionales de un país cuando se encuentran en el extranjero".

44. Por último, el ciudadano que obtiene la nacionalidad se convierte de un Estado miembro a ser Ciudadano de la Unión Europea «con los derechos reconocidos en las disposiciones del Derecho de la Unión relativas a la ciudadanía de la Unión, artículos 9 a 12 del Tratado de la Unión Europea (TUE), artículos 18 a 25 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), y capítulo V de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea». En resumen, el solicitante polígamo no podrá obtener la nacionalidad española, dado que la nacionalidad constituye la máxima expresión jurídica de la integración de una persona en una comunidad estatal, y el polígamo no satisface el nivel de integración exigido para los solicitantes de la nacionalidad.

c) Los informes del Fiscal y la Juez, Encargada del Registro Civil, no tienen efecto vinculante

45. El Fiscal y la Juez, Encargada del Registro Civil, como mencionamos, emitieron dos informes favorables a la concesión de la nacionalidad española al interesado. Conforme a los informes, el interesado ha demostrado suficiente asimilación del idioma y adaptación a la cultura española, tiene un buen nivel en lengua castellana y actividades laborales y aportó certificación de buena conducta cívica.

46. No obstante, la Audiencia Nacional ha destacado que tener un buen nivel de la lengua castellana junto con el desarrollo de actividades laborales por el interesado «son factores a tener en cuenta, pero no son los únicos ni son determinantes para acreditar un suficiente grado de integración social»⁷⁶. Según la Audiencia Nacional el requisito de suficiente grado de integración social «exige la aceptación y seguimiento de sus principios sociales básicos, especialmente aquellos recogidos en disposiciones legales que disciplinan los presupuestos esenciales de la convivencia entre ciudadanos»⁷⁷. En este caso, el recurrente practica la poligamia y por tanto no respeta las normas del Derecho español, en concreto, el principio de "unidad del vínculo matrimonial" previsto en el (art.46.2.CC).

47. La Audiencia Nacional sostiene que los informes emitidos por el Encargado del Registro Civil y el Ministerio Fiscal "no tienen efecto vinculante"⁷⁸. Esto quiere decir que los informes emitidos se tratan de una mera información o una simple propuesta para el Ministerio de Justicia, y no tienen carácter obligatorio ante los juzgados. «Tales informes deben contemplarse en el marco del procedimiento

⁷⁵ En el mismo sentido viene la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 26 de julio de 2004, en el apartado cuarto de los Fundamentos de Derecho de (RJ\2004\5546); y la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de junio de 2008, apartado tercero de los Fundamentos de Derecho de (RJ\2008\6478).

⁷⁶ Apartado quinto de los Fundamentos de Derecho del fallo de la SAN de Madrid de 4 de febrero de 2019.

⁷⁷ Apartado primero de los Fundamentos de Derecho del fallo de la SAN de Madrid de 4 de febrero de 2019.

⁷⁸ Conforme resulta con carácter general de los artículos 82 y 83 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (hoy 79 y 80 de la Ley 39/2016 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas)".

instructor, con los efectos que les son propios, sin desconocer que la decisión del procedimiento corresponde a la Dirección General de Registros y Notariado (artículos 221 y 22 RLRC)»⁷⁹.

d) Los requisitos de la concesión de la nacionalidad por residencia han de cumplirse y acreditarse en el momento de la presentación de la solicitud

48. El segundo motivo formal de desestimar el recurso por parte de la Audiencia Nacional se vincula con el nuevo certificado matrimonial presentado por el recurrente, en lo cual el interesado renuncia a la poligamia. En la demanda ante la Audiencia Nacional el recurrente alega que tras la denegación de la solicitud de nacionalidad y la interposición del recurso de reposición contra la resolución denegatoria, presentó escrito ampliatorio con el que aportó certificado de matrimonio actualizado renunciando a la poligamia. No obstante, la DGRN no tuvo en cuenta el nuevo documento presentado confirmando la resolución denegatoria de la nacionalidad.

49. La Audiencia Nacional después de revisar el recurso de reposición ha descubierto que el recurrente reside en España desde 1985, contrajo matrimonio en su país en febrero de 1993, optando por la poligamia, solicitó la nacionalidad en diciembre de 2010 y no es hasta 2015 cuando manifiesta renunciar a la poligamia y acogerse a la monogamia. Se puede afirmar que el recurrente era polígamo en el momento de presentar la solicitud de nacionalidad española en 2010, y no ha manifestado su voluntad de renunciar a la poligamia hasta 2015, cuando la Dirección le denegó la nacionalidad por motivo de la poligamia. Con lo que plantea dudas sobre su intención de renunciar al régimen de la poligamia. En resumen, el certificado de matrimonio que declara las dos esposas muestra, desde la perspectiva de las autoridades españolas, que el solicitante aún no estaba lo suficientemente integrado en la cultura española. En otras palabras, el interesado debía renunciar a la poligamia antes de la presentación de su solicitud de la nacionalidad en el año 2010 y no después de denegar su solicitud por la DGRN en 03/12/2015.

50. Por otro lado, el nuevo certificado de matrimonio aportado por el recurrente en el recurso de reposición no ha sido incorporado al expediente administrativo, por lo que no pudo ser valorado por la Administración. Por eso, la DGRN denegó el recurso en la fecha 15 de junio de 2017, confirmando su resolución denegatoria de la nacionalidad, puesto que los requisitos para ser acreedor a la concesión de la nacionalidad española por residencia han de cumplirse y acreditarse en el momento de la solicitud, cuestión relevante y concluyente que no se cumple en el presente caso.

51. El Tribunal Supremo en la sentencia de 4 de julio de 2011 subraya que la renuncia de la poligamia debería ser durante el período de residencia legal en España, para cumplir el requisito de integración social. Según el Tribunal Supremo: «la opción por la poligamia al contraer matrimonio en Senegal durante el período de residencia legal en España y el mantenimiento de esta situación aunque la opción no se haya hecho efectiva, revela una falta de integración en la sociedad española en el sentido exigido por el art.22.4.CC y de la jurisprudencia»⁸⁰.

52. En un caso contrario, en la sentencia de 16 de diciembre de 2014⁸¹ la Audiencia Nacional ha estimado el recurso presentado por un ciudadano de Gambia y se le ha concedido la nacionalidad española, en contra de la opinión de la DGRN. La DGRN denegó la nacionalidad al sujeto por no haber acreditado de nuevo su renuncia a la opción de poligamia. Efectivamente el interesado estaba casado con dos mujeres, sin embargo, en el momento de la solicitud de nacionalidad española se había divorciado de una de ellas, de modo que desde el 12 de diciembre de 2009 el sujeto era monógamo, fecha anterior de la solicitud de la nacionalidad, el 19 de noviembre de 2010. Por eso, la Sala ha declarado «que se debe tener

⁷⁹ Apartado sexto de los Fundamentos de Derecho del fallo de la SAN de Madrid de 4 de febrero de 2019.

⁸⁰ M^a. J. SÁNCHEZ CANO., Poligamia y Derecho Internacional Privado ante el Tribunal Supremo, *op.cit.*, pp.529-544.

⁸¹ SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 16 de diciembre de 2014 (JUR\2015\18559) (ECLI:ES:AN:2014: 5127).

en cuenta que el proceso de integración de los extranjeros en el país del que pretender ser nacionales, debe ser paulatina»⁸². Según la sentencia de la Audiencia Nacional «los usos de la sociedad en que pretenden integrarse deben asumirse, pero no puede exigirse a quien procede de un país, Gambia, donde la poligamia es legal y es socialmente aceptada, que deba no haber incurrido en tal costumbre. Lo cierto y averiguado es que el demandante solicitó la nacionalidad española el 19 de noviembre de 2010 y que en esa fecha era monógamo»⁸³. El tribunal considera que aunque la haya ejercido la poligamia, la ha dejado de ejercer, quedando probado de forma clara que cuando instó la solicitud de la nacionalidad era monógamo⁸⁴.

53. Se puede concluir que en el recurso presentado ante la Audiencia Nacional en este estudio expuesto, el interesado debía renunciar a la poligamia antes de la presentación de su solicitud de la nacionalidad en el año 2010 y no después de denegar su solicitud por la DGRN en 03/12/2015. El recurrente era polígamo en el momento de presentar la solicitud de nacionalidad española en 2010, y no ha manifestado su voluntad de renunciar a la poligamia hasta 2015.

54. Por todos los motivos mencionados la Audiencia Nacional desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución del Ministro de Justicia, que denegó la concesión de la nacionalidad española por falta de integración en la sociedad española, por haber sido ajustada a Derecho, con condena en costas a la parte recurrente, hasta el límite de 1000 €, por todos los conceptos, confirmando así la resolución recurrida por haber sido ajustada a Derecho. La sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación.

Concluimos la exposición de este estudio, destacando las consideraciones finales.

V. Consideraciones finales

55. La sentencia de la Audiencia Nacional de Madrid de 4 de febrero de 2019 coincide con otras sentencias anteriores dictadas por el Tribunal Supremo. Los juzgados deniegan la concesión de la nacionalidad por residencia a los sujetos que están ligados por un matrimonio poligámico, (y aún sin estarlo, cuando no conste la renuncia a la opción por la poligamia). El motivo de la denegación es el mismo, esto es, "insuficiente grado de integración en la sociedad española". El polígamo no satisface el nivel mínimo exigido de integración para los solicitantes de la nacionalidad, y por lo tanto su solicitud será denegada. El concepto de "suficiente grado de integración en la sociedad española" no deriva sólo del idioma y el desarrollo de actividades laborales por el solicitante, sino exige del solicitante una convivencia con los principios y valores sociales y culturales, y así, respetar las normas y leyes del Estado que solicita su nacionalidad, entre sí, el principio de la unidad del vínculo matrimonial.

56. La nacionalidad constituye la máxima expresión jurídica de la integración de una persona en una comunidad estatal, tal como deciden los tribunales españoles en diversas sentencias. Por eso, si el ciudadano extranjero no renuncia a la poligamia antes de presentar su solicitud, esto puede entenderse como un elemento indicador de la ausencia de voluntad de integración en la sociedad. En este ámbito, la adquisición de la nacionalidad no se puede comparar con la concesión de los derechos sociales y económicos confirmados por los tribunales en diversas sentencias, como la pensión de la viudedad. La adquisición de la nacionalidad tiene el carácter político de la soberanía del Estado, la cual implica una serie de derechos y responsabilidades relevantes, como por ejemplo acceder a los cargos públicos y la participación en el gobierno de las Entidades en que el Estado se organiza territorialmente.

⁸² J. M^a. CASTELLANOS RUIZ., Denegación de la nacionalidad española por poligamia: Análisis jurisprudencial, *op.cit.*, p.104.

⁸³ Apartado tercero de los Fundamentos de Derecho de la SAN, (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 16 de diciembre de 2014 (JUR\2015\18559) (ECLI:ES:AN: 2014:5127).

⁸⁴ J. M^a. CASTELLANOS RUIZ., Denegación de la nacionalidad española por poligamia: Análisis jurisprudencial, *op.cit.*, p.105.

57. Un análisis de las sentencias de los tribunales destaca que adoptan respecto a los efectos generados del matrimonio poligámico una doctrina selectiva y estricta. Es decir, en los juicios vinculados con efectos producidos del matrimonio poligámico y solicitados por la esposa, como ocurre en caso de la pensión de la viudedad, la tendencia jurisdiccional es tolerante y respalda a los derechos de la mujer y los hijos del polígamo. Mientras que, en caso del esposo polígamo, la perspectiva administrativa y jurisdiccional es estricta y sancionadora. Dado que, el marido polígamo viola las normas del orden público y por ende comete un delito castigado por el Código penal. Por lo tanto, no puede beneficiar en cualquier caso de un sistema contraria al orden público internacional español, sino al contrario, debería asumir todas las consecuencias negativas de su acto ilícito, esto es, la denegación de su solicitud de la nacionalidad.

58. Ciertamente la poligamia constituye un reto y una carga ante los ordenamientos occidentales, con el aumento de las reclamaciones judiciales de derechos vinculados con el matrimonio poligámico. Ahora bien, la tendencia hacia una interpretación más flexible y razonable del orden público representa una necesidad que los ordenamientos europeos no pueden ignorar, siempre que el caso se vincula con la viuda, la esposa y los hijos del polígamo, sujetos de una institución, que aún siendo efectivamente contraria al orden público, no siempre genera efectos que contravengan los principios fundamentales del foro. En esta materia las autoridades judiciales podrían acudir a los Convenios de Derecho Humanos y los Tratados internacionales, ratificados por todos los Estados europeos, para garantizar la protección jurídica y económica de la mujer del polígamo (y por supuesto a sus hijos), ya sea en condición de esposa, viuda o divorciada.

59. En nuestro modo de ver, la posición de los tribunales europeos, incluidos los españoles, respecto a los efectos derivados del casamiento poligámico aun no está clara y determinante, no hay unanimidad judicial en las cuestiones relacionadas con el matrimonio poligámico. Habrá que esperar las futuras decisiones de los tribunales, esto es, para conocer cuáles su postura definitiva en esta materia tan polémica.

DE LA TUTELA EN ORIGEN A LA GUARDA DE HECHO
EN DESTINO: RECONOCIMIENTO DE LA INSTITUCIÓN
DESCONOCIDA. A PROPÓSITO DEL AUTO N.º 209/2020
(PROCEDIMIENTO DE EXEQUÁTUR) DEL JUZGADO
DE PRIMERA INSTANCIA N.º 6 DE SAN SEBASTIÁN

FROM GUARDIANSHIP AT ORIGIN TO THE FACT GUARD
IN DESTINATION: RECOGNITION OF THE UNKNOWN
INSTITUTION. A PURPOSE OF ORDER NO. 209/2020
(IN PROCEDURE OF EXEQUÁTUR) OF THE COURT
OF FIRST INSTANCE NO. 6 OF SAN SEBASTIÁN

LAURA ÁLVAREZ AGOUÉS

*Investigadora Becaria predoctoral. Gobierno Vasco
Universidad del País Vasco. UPV/EHU*

Recibido: 12.06.2020 / Aceptado: 13.07.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5637>

Resumen: El Auto del Juzgado de Primera Instancia nº6 de Donostia/San Sebastián de 19 de febrero de 2020 (Exequátur 1406/2019), valida la demanda de exequatur para el reconocimiento de resolución judicial extranjera proveniente de los tribunales de Uganda por la que en origen se acuerda la constitución de la tutela de un menor a favor de los demandantes, de nacionalidad y residencia española. En este caso, el Tribunal, en aplicación del art. 44.4 de la LCJIMC, se muestra a favor de reconocer una institución desconocida para nuestro ordenamiento como es la coexistencia entre la tutela y la patria potestad, y en su labor de calificación estima que la guarda de hecho es la institución de nuestro ordenamiento jurídico a la que se adapta la resolución extranjera ahora reconocida por no contravenir el orden público español.

Palabras clave: reconocimiento, institución desconocida, interés del menor, tutela, cooperación judicial internacional.

Abstract: The order of the Court of First Instance nº6 of Donostia / San Sebastián of February 19, 2020 (Exequatur 1406/2019), validates the demand of exequatur for the recognition of foreign judicial resolution coming from the courts of Uganda by which it was originally agrees the constitution of the guardianship of a minor in favor of the plaintiffs, of Spanish nationality and residence. In this case, the Court, in application of art. 44.4 of the “Law on international legal cooperation in civil matters” (LCJIMC) is in favor of recognizing an institution unknown to our legal system, such as coexistence between guardianship and parental authority, and in its qualification work it considers that guardianship is in fact the institution of our legal system to the that the now recognized foreign resolution is adapted for not contravening the Spanish public order.

Keywords: recognition, unknown institution, interest of the minor, guardianship, international judicial cooperation.

Sumario: I. Consideraciones introductorias. II. Supuesto de hecho. III. Contextualización de la resolución judicial favorable al exequátur. 1. La Resolución dictada en el Estado de origen no es contraria al orden público. 2. Adaptación de instituciones jurídicas desconocidas en nuestro ordenamiento jurídico español. IV. Consideraciones finales.

I. Consideraciones introductorias

1. El Auto n.º 209/2020, de 19 de febrero de 2020 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Donostia-San Sebastián, exequátur 1406/2019, tiene por objeto una petición de demanda de exequátur en la que se solicita el reconocimiento de la Sentencia de fecha 28 de octubre de 2014, dictada por el Tribunal Superior de Uganda con sede en Jinja, adoptada en el marco del procedimiento judicial de tutela n.º 36/2014, por el cual se acordó la constitución de la tutela del menor I.K. a favor de la familia solicitante, integrada por una pareja de nacionalidad española y con residencia en San Sebastián.

2. La demanda de exequátur planteada ante los tribunales españoles (y desde la vertiente territorial interna ante los Juzgados de San Sebastián, domicilio de los demandantes de exequátur y residencia habitual del menor I.K.), plantea como objeto principal de debate jurídico la interpretación del sentido, extensión y alcance del artículo 44.4 de la Ley 29/2015, de 30 de julio de cooperación jurídica internacional en materia civil (en adelante, LCJIMC) así como también la relativa a las previsiones contenidas en el artículo 12 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV). Atendiendo a los potenciales bloques normativos en presencia, y tras descartarse por razón del tribunal de origen (Uganda) la aplicación de los Reglamentos Europeos, y en ausencia de Convenio internacional multilateral o bilateral aplicable en relación a la materia suscitada entre España y Uganda, deviene aplicable la normativa interna española. La Ley Orgánica 1/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) en su artículo 22.5 atribuye la competencia judicial de los tribunales españoles en materia de exequátur, al disponer que,

Artículo 22.

Con carácter exclusivo, los Tribunales españoles serán competentes en todo caso y con preferencia de cualquier otro, para conocer de las pretensiones relativas a las siguientes materias:

- a) Derechos reales y arrendamientos de bienes inmuebles que se hallen en España. No obstante, en materia de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles celebrados para un uso particular durante un plazo máximo de seis meses consecutivos, serán igualmente competentes los órganos jurisdiccionales españoles si el demandado estuviera domiciliado en España, siempre que el arrendatario sea una persona física y que éste y el propietario estén domiciliados en el mismo Estado.*
- b) Constitución, validez, nulidad o disolución de sociedades o personas jurídicas que tengan su domicilio en territorio español, así como respecto de los acuerdos y decisiones de sus órganos.*
- c) Validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un registro español.*
- d) Inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos y otros derechos sometidos a depósito o registro, cuando se hubiera solicitado o efectuado en España el depósito o el registro.*
- e) Reconocimiento y ejecución en territorio español de sentencias y demás resoluciones judiciales, decisiones arbitrales y acuerdos de mediación dictados en el extranjero.*

3. La petición de exequátur fue presentada a raíz de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Uganda antes citada y por la que se concedió la tutela del menor I.K. a favor de los solicitantes y con el fin de reconocer dicha Sentencia en España, invocándose la aplicación del artículo 44.4 de la LCJIMC. El supuesto parte de una premisa calificatoria clave: nos encontramos ante una institución jurídica desconocida en nuestro ordenamiento jurídico interno español, en concreto la institución extranjera de tutela (atribución de funciones propias de la tutela sin implicar privación de la patria potestad de los padres biológicos, residentes en el Estado de origen de la decisión judicial, Uganda). Ante tal controversia inter-

pretativa, el Tribunal español procede a reconocer la resolución judicial extranjera adaptando una medida conocida y existente en nuestro ordenamiento jurídico español, la institución de la guarda de hecho, al estimar que estando presididas ambas por finalidades o *ratios* legislativas similares atienden a intereses también equiparables (interés superior del menor), y puede afirmarse que tienen efectos equivalentes.

II. Supuesto de hecho

4. Los solicitantes (casados y ambos nacionales españoles) tienen a su vez un hijo biológico en común, residen en Donostia-San Sebastián y son miembros de una ONG creada por ellos mismos para atender las necesidades odontológicas en Uganda. Respecto al menor I.K., que en la actualidad tiene quince años, nació en Butagaya (distrito de Jinja, Uganda) y convivía con sus padres y otros diecisiete niños en una misma casa (su padre se hacía cargo de todos ellos con dificultades para satisfacer las mínimas necesidades materiales y viviendo en situación de extrema pobreza). En el año 2009 los solicitantes entraron en contacto con la familia del menor (que contaba entonces con tres años de edad) y su familia. Durante los siguientes años los demandantes viajaron con frecuencia a Uganda, donde costearon los estudios del menor en inglés y planificaron durante este tiempo, de mutuo acuerdo con los padres biológicos del menor, la posibilidad de que éste recibiera una educación escolar mejor en España hasta concluir los estudios universitarios, surgiendo a raíz de ese permanente contacto interfamiliar una estrecha relación de amistad con la familia africana.

5. Desde el 30 de octubre de 2014, el menor reside con los solicitantes en Donostia, donde figura empadronado y donde los solicitantes obtuvieron los visados correspondientes de estancia e informes favorables desde el curso del 2014 hasta el 2017, cursando 3º, 4º y 5º de Educación Primaria en una escuela pública). Mediante Resolución de fecha 8 de junio de 2019 el subdelegado del Gobierno en Guipúzcoa acordó conceder a I.K. una prórroga de autorización de estancia por estudios y en la actualidad ha finalizado el primer curso de la E.S.O. Todos estos hechos constatan que durante todos estos años los solicitantes han atendido y dado cobertura a las necesidades del menor, incluyendo su bienestar general, su mantenimiento y sus gastos generales.

6. Con carácter previo al desplazamiento del menor a Donostia, los demandantes solicitaron ante el Tribunal Superior de Uganda en Jinja, la tutela de I.K. con el visto bueno y el consentimiento expreso de los padres biológicos, y en el marco del procedimiento judicial nº 36/2014 se dictó sentencia el 28 de octubre de 2014 fijando orden judicial de tutela por la que se otorgaba la tutela del menor y se nombraba a los solicitantes tutores legales del menor, fijando además una serie de exigencias o condiciones burocráticas, tales como que se registrara el nombramiento en la Oficina de Servicios de Registro de Uganda, Ministerio de Justicia y Asuntos Constitucionales, que se aportara al Consulado español en África Oriental una copia del nombramiento y el cumplimiento de la condición, orientada a que el menor no perdiera el contacto con su familia biológica, de que éste pasara unas vacaciones con su familia biológica en su casa de Uganda al menos una vez cada tres años a cargo de los demandantes.

7. A su vez, los progenitores biológicos de I.K. visitaron a su hijo en España el año 2018, permaneciendo en Donostia-San Sebastián durante el plazo de dos meses; con ocasión de dicha estancia formalizaron una declaración jurada notarial en la que reiteraban su voluntad y deseo que se reconociera en favor de los solicitantes la tutela sobre su hijo acordada ya en origen, en Uganda, por la citada sentencia.

III. Contextualización de la Resolución judicial favorable al exequátur

8. En relación la cuestión de fondo planteada en el marco del procedimiento de exequátur, centrada en cómo lograr reconocer efectos en España en relación a una institución jurídica inexistente como tal en nuestro ordenamiento jurídico español, los solicitantes fundamentan su solicitud principalmente

en la Ley 29/2015, de 30 de julio de cooperación jurídica internacional en materia civil (LCJIMC), en particular aludiendo al tenor de su art. 44.4 y con el objetivo de proyectar así su operatividad sobre el supuesto concreto derivado de la sentencia de los tribunales de Uganda: la resolución adoptada en origen, sin implicar privación de la patria potestad a los progenitores biológicos, acuerda la atribución de funciones propias de la tutela a los solicitantes (matrimonio español), siendo desconocida en nuestro ordenamiento la coexistencia simultánea de ambas instituciones.

La argumentación jurídica sostenida ante tribunal español combina la inexistencia de vulneración del orden público interno español con la invocación de que la medida acordada en Uganda por su Tribunal Superior debe ser adaptada a una institución jurídica española que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares, todo ello atendiendo al tenor del art. 44.4 de la LCJIMC.

9. Junto a la normativa específicamente vinculada a la solicitud procedimental de exequátur, y en apoyo argumental sustantivo o material cabría tener presente las siguientes normas jurídicas: la Constitución Española (artículo 39.4 apelando al interés superior del menor, al señalar que *“Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”*), la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de fecha 2 de Septiembre de 1990, la Carta Europea de los Derechos del niño de fecha 21 de Septiembre de 1992, el Convenio Europeo sobre el ejercicio de los Derechos de los niños de fecha 1 de Diciembre de 2009, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de fecha 1 de Diciembre de 2009, que en su artículo 24 prevé que *“ Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tomada en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez. 2. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial. 3. Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses”* y el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños con arreglo al cual *“1. El presente Convenio tiene por objeto: a) determinar el Estado cuyas autoridades son competentes para tomar las medidas de protección de la persona o de los bienes del niño b) determinar la ley aplicable por estas autoridades en el ejercicio de su competencia; c) determinar la ley aplicable a la responsabilidad parental; d) asegurar el reconocimiento y la ejecución de las medidas de protección en todos los Estados contratantes; e) establecer entre las autoridades de los Estados contratantes la cooperación necesaria para conseguir los objetivos del Convenio. 2. A los fines del Convenio, la expresión «responsabilidad parental» comprende la autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño”*.

10. Respecto al sistema de fuente normativa autónoma o interna española, y junto a la normativa específica de Derecho internacional privado antes citada (LOPJ, LCJIMC y LJV) cabría tener presente desde una vertiente argumental de Derecho sustantivo o material el siguiente elenco normativo. Es aplicable la siguiente legislación: los artículos 92, 96 y 193 del Código Civil y los arts. 2 y 11.2 a) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 julio, conforme a los cuales *“Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor”* y *“Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores: a) La supremacía de su interés superior”*.

1. La resolución dictada en el Estado de origen no es contraria al orden público

11. Dispone el art. 41.2 de la LCJIC que serán susceptibles de reconocimiento y ejecución en España las resoluciones extranjeras firmes recaídas en un procedimiento contencioso, reconocimiento que, según el artículo 44, tendrá lugar respecto de aquellas resoluciones extranjeras que cumplan con los requisitos establecidos en la misma ley. Las causas de denegación del reconocimiento de la sentencia extranjera son tasadas y se encuentran reguladas en el art. 46 LCJI, a cuyo tenor,

“Las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán:

- a) Cuando fueran contrarias al orden público.*
- b) Cuando la resolución se hubiera dictado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes. Si la resolución se hubiera dictado en rebeldía, se entiende que concurrir una manifiesta infracción de los derechos de defensa si no se entregó al demandado cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse.*
- c) Cuando la resolución extranjera se hubiere pronunciado sobre una materia respecto a la cual fueren exclusivamente competentes los órganos jurisdiccionales españoles o, respecto a las demás materias, si la competencia del juez de origen no obedeciere a una conexión razonable. Se presumirá la existencia de una conexión razonable con el litigio cuando el órgano jurisdiccional extranjero hubiere basado su competencia judicial internacional en criterios similares a los previstos en la legislación española.*
- d) Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada en España.*
- e) Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado, cuando esta última resolución reuniera las condiciones necesarias para su reconocimiento en España.*
- f) Cuando existiera un litigio pendiente en España entre las mismas partes y con el mismo objeto, iniciado con anterioridad al proceso en el extranjero”.*

A su vez, el art. 12.3 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria dispone que:

“El reconocimiento en España de los actos de jurisdicción voluntaria acordados por las autoridades extranjeras sólo se denegará en estos casos:

- a) Si el acto hubiera sido acordado por autoridad extranjera manifiestamente incompetente. Se considerará que la autoridad extranjera es competente si el supuesto presenta vínculos fundados con el Estado extranjero cuyas autoridades han otorgado dicho acto. Se considerará, en todo caso, que las autoridades extranjeras son manifiestamente incompetentes cuando el supuesto afecte a una materia cuya competencia exclusiva corresponda a los órganos judiciales o autoridades españolas.*
- b) Si el acto hubiera sido acordado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de los implicados.*
- c) Si el reconocimiento del acto produjera efectos manifiestamente contrarios al orden público español.*
- d) Si el reconocimiento del acto implicara la violación de un derecho fundamental o libertad pública de nuestro ordenamiento jurídico”.*

12. Cabe recordar que el art. 46 de la LCJIMC establece las causas de denegación del exequatur, entre las que destaca en su apartado a) si es contraria al orden público español. El tenor del precepto contrasta con la formulación prevista en el art. 12.3 de la LJV, ya que en esta segunda norma se prevé que la denegación procederá en aquellos supuestos en los que se aprecie que sus efectos sean manifiestamente contrarios al orden público español, (apartado c) o cuando se trate de una violación de los derechos fundamentales y las libertades públicas en nuestro ordenamiento jurídico (apartado d); este último apartado d puede ser calificado como redundante e innecesario, porque en realidad ese concepto

de “derechos fundamentales y las libertades públicas” quedan en realidad adscritos al ámbito del propio orden público español¹.

13. El art. 222 del Código Civil español señala que “*estarán sujetos a tutela: los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad.; los incapacitados cuando la sentencia lo haya establecido.; los sujetos a patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela.; los menores que se hallen en situación de desamparo*”.

14. La patria potestad de los padres, con relación a sus hijos menores se considera un derecho-función que trasciende del ámbito privado y hace que su ejercicio sea obligatorio, y no facultativo, para su titular; por lo que no se puede disponer de la misma e impide, a quien la ostenta, abandonarla. Solo se puede extinguir por causas legales. El ordenamiento jurídico español prevé la posibilidad de que sea un tercero el que ejerza las funciones propias de la potestad parental, cuando lo acuerde la autoridad judicial o la entidad pública, ésta última, incluso, a petición de los propios progenitores, pero la patria potestad es intransferible por los progenitores.

15. En otra sentencia, el TS 1442/2018, de 14 marzo², identifica el orden público con los derechos y garantías establecidas en el art. 24 de la CE³, que promueve la tutela judicial efectiva. En las sentencias del TC, es evidente que “el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público”⁴.

16. Tal y como muy acertadamente han señalado Calvo Caravaca y Carrascosa González, la expresión del art 46.1 LCJIMC es en realidad desafortunada⁵ porque la contrariedad debe apreciarse entre el reconocimiento de la resolución y el orden público del Estado de destino, no contra el orden público de manera genérica, como señala la LCJIMC. Cabría reorientar la interpretación del precepto atendiendo a los cánones hermenéuticos derivados del tenor del RBI bis.

17. En efecto, en los casos en que se aprecie que el reconocimiento/exequatur de una sentencia extranjera pueda dañar un interés público español el recurso a la excepción del orden público internacional habrá de conducir al rechazo del reconocimiento/exequatur, de lo que se desprende que la dicción del precepto no es muy acertada. Asimismo, es muy relevante el área jurídica afectada por la resolución extranjera. Así, deben considerarse, como principios pertenecientes al orden público internacional, en

¹ En tal sentido, vid. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Coordinación de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil con la legislación especial”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Sección Foro Vol. 68/1, enero-junio 2016, Madrid, pp. 106-107; Efectivamente, tales derechos y libertades son el núcleo del contenido del orden público español, lo que hace que el apartado d) del art. 12.3 LJV, la cuarta causa de denegación, resulte injustificada. En cualquier caso, llama poderosamente la atención que la formulación de estas causas de denegación, que se aprobaron con una diferencia de días, sean distintas de las que prevé el art. 46.1 LCJIMC. Es necesario coordinar la aplicación de las normas generales de la LCJIMC con las normas específicas de la LJV. Los arts. 11 y 12 LJV, que contienen “normas específicas para el reconocimiento y eficacia en España de los actos de jurisdicción voluntaria acordados por autoridades extranjeras” son de aplicación preferente, pero, sin embargo, estos arts. 11 y 12 LJV se caracterizan por su poca precisión y falta de rigor terminológico.

² STS de 14 marzo 2018 (RJ 1442/2018).

³ F. GASCÓN INCHAUSTI, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2015, Vol. 7, Nº 2, pp. 178-179; La tutela judicial efectiva se reconoce en la SAP Girona de 25 de enero 2017 (RJ 33/2017); en la STC de 22 de abril 1981 (RJ 13/1981); en la STC de 26 de diciembre 1984 (RJ 126/1984); en la STC de 19 de abril 1993 (RJ 120/1993); en la STC de 14 de junio 1999 (RJ 115/1999); en la STC de 3 de junio 1997 (RJ 112/1997), y en la STC de 13 de marzo 2000 (RJ 61/2000).

⁴ STC de 13 de febrero 1985 (RJ 19/1985); J. C. MONTALVO ABIOL, “Concepto de orden público en las democracias contemporáneas”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid RJUAM*, nº 22, 2010-II, p. 220.

⁵ A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, volumen I, 16ª edición, Comares, Granada, 2016, p. 784. Tal y como señalan, “El orden público internacional español solo se ve perjudicado y dañado si causa un perjuicio a la estructura jurídica básica de la sociedad española”. El orden público internacional español “debe ser la excepción, y no la regla”.

el sector del Derecho de menores, los principios de “interés superior del menor, pudiendo evaluarse a efectos denegatorios del exequatur si no es así”⁶.

18. Por todo ello cabe afirmar que la denegación de un reconocimiento/exequatur por causa de orden público internacional debe quedar sujeto a unos criterios de interpretación restrictivos⁷ porque el orden público internacional debe ser la excepción y las normas de reconocimiento de decisiones extranjeras que operan en el DIPr. Español (de fuente interna o autónoma y europea) debe ser la “regla general”⁸. Por ello cabe concluir que la orientación del Juzgado de San Sebastián es, sin duda, acertada.

19. Dentro del núcleo troncal del orden público⁹ integrado por los principios fundamentales del Derecho español ocupa lugar preferente el relativo al “interés del menor”, que se incorpora a la Constitución española en los arts. 39.4 y el art. 10. El principio del interés superior del menor aparece, también, en la Convención sobre los derechos del niño, de 20 noviembre 1989 (en el artículo 3.1), y en la Carta de los derechos fundamentales de la UE (artículo 24.2).

20. Cabe recordar que, conforme al propio ordenamiento civil español, el Juez tendrá discrecionalidad para designar como tutor o curador a la persona más adecuada (art. 234 Código civil), valorando las circunstancias del caso concreto y sobre todo, anteponiendo los intereses del menor.

21. Aplicando la doctrina jurisprudencial al caso que nos ocupa, cabe mencionar, entre otras, las siguientes sentencias:

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de febrero 1989 (RJ 54\1989), que indica:

“Como señaló la STC 43/1986, aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que garantiza la Constitución sólo alcanza plena eficacia allí donde se ejerce la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras (incluidas también las judiciales) que supongan vulneración de aquellos derechos y libertades públicas. El orden público del foro ha adquirido así un contenido peculiar impregnado por las exigencias de la Constitución y, en particular, para lo que aquí interesa, por las que impone su art. 24. Estas exigencias no suponen sólo que la resolución extranjera no haya sido dictada en rebeldía (art. 954.2 LEC). Requiere también en aplicación del apartado 3.º del mismo art. 954 de la LEC que el Tribunal español, a la hora de decidir sobre la ejecución en España de una resolución judicial extranjera, tenga en cuenta las garantías contenidas en el art. 24 de la Constitución, de forma que dicha ejecución no se convierta en un medio para enervar la efectividad de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución”.

22. Destacamos igualmente el Auto del mismo TC de 9 de junio 1998 (RJ 1998\5323):

“El Alto Tribunal ha precisado, asimismo, que el concepto del orden público del foro, como límite al reconocimiento y ejecución de las decisiones extranjeras, ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978, en el que, sin discusión, penetra el conjunto de principios que inspiran nuestro ordenamiento constitucional y entre ellos, muy especialmente, los derechos fundamentales y libertades públicas, adquiriendo así un contenido peculiar impregnado por las exigencias de la Constitución y, en particular, por las exigencias que impone el artículo 24 CE”.

⁶ Preámbulo VIII, LCJIMC; A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, volumen I, 16ª edición, Comares, Granada, 2016, p. 786.

⁷ Sentencia BGH Alemania 10 diciembre 2014, caso XII ZB 463/13.

⁸ A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2015), Vol. 7, Nº 2, pp. 105-106.

⁹ A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2015), Vol. 7, Nº 2, p. 107.

23. Cabe citar, entre otros, el Auto de la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de mayo 2018 (Aranzadi JUR 2018\52675): *“para que el orden público sea un obstáculo al reconocimiento de una resolución extranjera, es necesario que lo acordado en la misma suponga un grave menoscabo a los principios y valores jurídicos, políticos o morales que por ser fundamentales merecen la consideración de irrenunciables y se entiende como instrumento al servicio de los destinatarios de las normas y de la protección de los derechos individuales más que como instrumento destinado al respecto en abstracto de los ordenamientos jurídicos. Es decir, como sostiene doctrina cualificada, el orden público entendido como salvaguarda de un determinado modelo de familia viene desapareciendo progresivamente y orientándose hacia un orden público de protección entendido como salvaguarda de los derechos de las personas”*.

24. ¿Es factible proyectar la anterior doctrina jurisprudencial sobre el supuesto derivado del contenido de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Uganda?; ¿Cabe estimar que el reconocimiento en España de tal decisión judicial no contraviene el orden público español ateniendo al argumento principal de que la sentencia, al atribuir la tutela a los solicitantes con funciones propia de la patria potestad, no atenta contra los principios rectores del derecho de familia español vigentes en esta materia de responsabilidad parental?; ¿cabe por tanto admitir que si no se aprecia la existencia de tal vulneración del orden público español podrían adoptarse medidas por parte de la autoridad judicial española similares en cuanto a sus efectos en relación a la protección de menores, sin que tampoco dicha resolución menoscabe principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico?

25. ¿Existe fundamento jurídico sustantivo o material en el derecho civil español que permita identificar esa figura o institución que garantice efectos equivalentes a la institución extranjera validada judicialmente en origen (en este caso, la medida de tutela adoptada por el Tribunal Superior de Uganda)? Para resolver esta cuestión no estrictamente ius internacional privatista sino puramente civil cabría atender a lo previsto en los arts. 154, 222, 172 y 173 del CC.

El artículo 154 del CC prevé lo siguiente:

“Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

- 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.*
- 2.º Representarlos y administrar sus bienes.*

Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad”.

El artículo 222 del CC respecto a la figura de la tutela señala que

“Estarán sujetos a tutela:

- 1.º Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad.*
- 2.º Los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido.*
- 3.º Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela.*
- 4.º Los menores que se hallen en situación de desamparo”*.

Por último, los artículos 172 y 173 del CC regulan la figura de la guarda y acogimiento de menores.

26. Del tenor de tales preceptos cabe inferir la conclusión de que el derecho civil español sí autoriza o prevé la posibilidad de que sea un tercero ajeno a los progenitores biológicos quien ejerza las

funciones propias de la patria potestad cuando lo acuerde la autoridad judicial o la Entidad pública, ésta última incluso a petición de los propios progenitores.

2. Adaptación de instituciones jurídicas desconocidas en nuestro ordenamiento jurídico español

27. Si analizamos los términos de la sentencia del tribunal superior de Uganda y confrontamos su tenor con el contenido de los preceptos normativos internos españoles antes citados cabe llegar a la conclusión de que la tutela en los términos recogidos en la resolución del Tribunal Superior de Uganda resultaba en si misma incompatible o inconciliable (si mediara una operación de adaptación) con las previsiones de nuestro ordenamiento jurídico civil español, ya que existen unos progenitores biológicos que ni han sido privados ni suspendidos en el ejercicio de la patria potestad.

Por ello, resultaba obligado proceder a la adaptación de tal medida dictada en origen a una institución jurídica conocida y admitida en nuestro ordenamiento jurídico español que a su vez tuviera efectos equivalentes a la dictada en Uganda y persiga una finalidad e intereses similares. Éste es el objetivo, la *ratio* última del art. 44.4 de la LCJIC, con arreglo a cuyo contenido,

“Si una resolución contiene una medida que es desconocida en el ordenamiento jurídico español, se adaptará a una medida conocida que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares, si bien tal adaptación no tendrá más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado de origen. Cualquiera de las partes podrá impugnar la adaptación de la medida”.

28. En este contexto, fue el Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I bis) quien introdujo en su artículo 54.1 esta figura por primera vez:

“Si una resolución contiene una medida o una orden que no es conocida en el ordenamiento jurídico del Estado miembro requerido, la medida o la orden se adaptará, en lo posible, a una medida u orden conocida en el ordenamiento jurídico de dicho Estado miembro que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares. Dicha adaptación no tendrá más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado miembro de origen”.

La LCJIMC, de igual manera, ha optado por adaptar instituciones jurídicas desconocidas en nuestro ordenamiento.

29. En realidad supone una proyección de la clásica teoría o técnica de la *extensión de los efectos*, y su objetivo es poder materializar la traslación extraterritorial de las previsiones de la sentencia dictada en el Estado de origen, de forma que sus previsiones y efectos sean operativas y trasladables a España. La novedosa redacción incorpora dos salvaguardas, como son: a) la adaptación no les dará más efectos que los que tuvieran en el Estado de origen; y b) la adaptación se podrá impugnar¹⁰.

30. Tal y como acertadamente ha señalado Gascón Inchausti, la adaptación de medidas o instituciones desconocidas (art. 54 RBI bis y arts. 44.4, 57 y 61 de la LCJIMC) pretende evitar la denegación del reconocimiento/ejecución de una resolución judicial procedente de otro Estado; y de esta manera, “obligar a los tribunales españoles a realizar las labores necesarias para alcanzar el resultado material que se desprende de ella”¹¹.

¹⁰ F. GASCÓN INCHAUSTI, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2015, Vol. 7, Nº 2, p. 163.

¹¹ F. GASCÓN INCHAUSTI, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2015, Vol. 7, Nº 2, p. 164; A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2015), Vol. 7, Nº 2, pp. 105-106.

En ese sentido, tal y como sentenció la Audiencia Provincial de Cádiz: “Si una institución como la «*kafala*» es desconocida en el ordenamiento jurídico español, se adaptará a una medida conocida que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares”¹².

31. Por su parte, el artículo 57 de la LJCIC se refiere, en términos similares, a la «adecuación» de instituciones jurídicas extranjeras que habrá de realizarse por notarios y funcionarios públicos españoles cuando sea necesario para la correcta ejecución de documentos públicos extranjeros. Finalmente, la referida Ley vuelve a abordar la adaptación en el artículo 61, esta vez al ocuparse de la inscripción en registros públicos de resoluciones o documentos públicos extranjeros.

32. Visto lo anterior, es importante destacar que esta necesidad de adaptación se puede plantear principalmente en dos ámbitos diversos: por un lado y teniendo en cuenta la diferente regulación existente en cada ordenamiento relativa a la tutela provisional o cautelar, las medidas provisionales y cautelares, con medidas cuyo contenido y eficacia pueden variar de un Estado a otro. En concreto, un juez español puede tener problemas o dificultades para ejecutar una medida cautelar o provisional, si ésta no coincide con alguna de las previstas en nuestro ordenamiento interno –tanto en su denominación como, sobre todo, en su contenido concreto–. Esto es lo que sucedió en el asunto resuelto por la Resolución de la DGRN de 12 de mayo de 1992, que confirmó la negativa del Registrador de la Propiedad a inscribir una inscripción hipotecaria judicial provisoria acordada por un tribunal francés, a pesar de que la resolución judicial había recibido el exequátur y a pesar, también, de que la inscripción hipotecaria judicial provisoria francesa es prácticamente equivalente al embargo preventivo garantizado mediante anotación preventiva. Y algo similar se repitió en el asunto resuelto por la Resolución de la DGRN de 23 de febrero de 2004, esta vez con una «hipoteca asegurativa» acordada por un tribunal alemán y cuya inscripción fue denegada por el Registrador «por no reconocer el derecho español la figura de la hipoteca asegurativa tal como se recoge en el ordenamiento de procedencia». Mayores aún pueden ser los problemas si lo que se trata de ejecutar en España es una medida cautelar que opere *in personam*, como las *freezing orders* y *Mareva injunctions* de los sistemas de *common law*.

33. De otro lado, la adaptación de instituciones jurídicas desconocidas puede ser necesaria para la ejecución de condenas no dinerarias. De hecho, éste parece ser el ámbito que sirvió de base para la introducción de la regla de adaptación en el artículo 54 del Reglamento Bruselas I bis. En efecto, su origen ha de vincularse con la STJUE de 12 de abril de 2011 en el asunto *DHL Express France*, C-223/15, EU:C:2016:71 respecto de las dificultades que podría suscitar la ejecución de una *astreinte* (sanciones convertidas en dinero (económicas) contra el deudor que demora el cumplimiento de una orden judicial, y que son requeridas por el juez a razón de una suma de dinero por cada día, cada semana o cada mes en que un deudor retarda el cumplimiento de una obligación determinada) dictada por un tribunal francés como complemento de una orden judicial de cesar en la infracción de una marca comunitaria. Se da la singularidad de que la *astreinte* francesa es una multa coercitiva cuyo acreedor es el sujeto perjudicado por la conducta infractora, mientras que en otros ordenamientos, por el contrario, son los Estados quienes ingresan el importe de las multas coercitivas impuestas en caso de infracción de condenas no dinerarias; además, en algunos sistemas jurídicos ni siquiera es posible establecer el importe de la multa coercitiva en la propia sentencia de condena a no hacer, sino que sólo cabrá hacerlo en ejecución, una vez constatado el incumplimiento. Por ese motivo, antes de dictar sentencia firme que contuviera una orden de cesación/prohibición acompañada de una *astreinte*, la *Cour de Cassation* francesa planteó cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, para determinar si resulta posible por su parte incluir en su resolución una medida coercitiva llamada a producir efectos en Estados en los que ese tipo de medidas no existen. Para el Tribunal de Justicia, lo relevante no es tanto la ejecución *stricto sensu* de la *astreinte* francesa, tal como está regulada, sino más bien la consecución del objetivo perseguido por la orden judicial de cesar en la comisión de actos de violación de la marca comunitaria.

¹² Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 6 de julio 2018 (RJ 489/2019).

34. Ante esto, nos situamos en que la introducción de una regla de adaptación de medidas o instituciones desconocidas tiene una **finalidad doble**: por un lado, impedir la denegación del reconocimiento o de la ejecución de una resolución judicial procedente de otro Estado miembro con el único argumento de que la medida u orden que se contiene en la resolución de origen es desconocida en España; y, en aplicación de lo anterior, obligar a los jueces/tribunales españoles a realizar el trabajo necesario para alcanzar el resultado material que se desprende de ella.

35. Ahora bien, cabe recordar que la adaptación no significa necesariamente conversión: la LCJIC no exige que de modo forzoso el tribunal requerido deba convertir la orden o la medida de origen en una orden o en una medida nacional; en efecto, si esa conversión fuera posible sin alterar su naturaleza y su eficacia jurídica no estaríamos ante un problema de adaptación, sino de traducción. Es obvio, sin embargo, que esa conversión resultará posible y adecuada si con ella se consigue dar encaje a la figura extranjera en una figura nacional que le permita desplegar efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares –y sin darle, tampoco, más efectos que los que tenía en origen. Es función del tribunal o de la autoridad requerida hacer lo necesario para que el litigante que solicita el reconocimiento, la ejecución o la inscripción obtenga la tutela que pretende, con los medios, eso sí, que le ofrece su propio ordenamiento.

IV. Consideraciones finales

26. La valoración positiva que cabe inferir de la decisión judicial analizada se fundamenta en que contiene una acertada aplicación del art 44.4 de la LCJIMC, y en que interpreta de forma muy correcta la excepcionalidad del orden público y su obligada interpretación restrictiva, además de interpretar el indeterminado concepto jurídico de “interés superior del menor” de forma coherente y atinada en atención a los diferentes intereses en presencia.

27. Cabe compartir plenamente el punto de vista del Juzgado, al considerar que la concesión o autorización del exequátur no menoscaba el ordenamiento jurídico español, puesto que lo que solicita la sentencia extranjera, no atenta, ni menoscaba los valores fundacionales de nuestro orden público español.

28. La causa de denegación del reconocimiento/exequatur basada en el orden público previsto en el art. 46.1 de la LCJIMC y el art. 12.3 de la LJV debe ser la excepción, y nunca la norma general, y más, valorando el bien jurídico objeto de protección, que es el de una menor. Como acertadamente señalan Calvo Caravaca y Carrascosa González, “lo relevante es la defensa del bienestar psicológico, emocional y físico del menor, su protección, su defensa jurídica, la promoción del libre desarrollo de su personalidad, la preservación de su vida privada y de su identidad por encima de las fronteras y la salvaguarda de su vida familiar”.

29. Por último, cabe destacar la compleja interacción entre dos normas (la LCJIMC y la LJV) que regulan la misma materia, resultando un uso combinativo de dichas leyes complejo en su proyección práctica.

Respecto a las causas de denegación del reconocimiento de una sentencia extranjera, la LCJIMC en su artículo 46 prevé que

“1. Las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán:

- a) Cuando fueran contrarias al orden público.*
- b) Cuando la resolución se hubiera dictado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes. Si la resolución se hubiera dictado en rebeldía, se entiende que concurrir una manifiesta infracción de los derechos de defensa si no se entregó al demandado cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse.*

- c) *Cuando la resolución extranjera se hubiere pronunciado sobre una materia respecto a la cual fueren exclusivamente competentes los órganos jurisdiccionales españoles o, respecto a las demás materias, si la competencia del juez de origen no obedeciere a una conexión razonable. Se presumirá la existencia de una conexión razonable con el litigio cuando el órgano jurisdiccional extranjero hubiere basado su competencia judicial internacional en criterios similares a los previstos en la legislación española.*
- d) *Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada en España.*
- e) *Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado, cuando esta última resolución reuniera las condiciones necesarias para su reconocimiento en España.*
- f) *Cuando existiera un litigio pendiente en España entre las mismas partes y con el mismo objeto, iniciado con anterioridad al proceso en el extranjero.*

Por su parte, la LJV en su artículo 12.3 regula las siguientes causas de denegación:

“3. El reconocimiento en España de los actos de jurisdicción voluntaria acordados por las autoridades extranjeras sólo se denegará en estos casos:

- a) *Si el acto hubiera sido acordado por autoridad extranjera manifiestamente incompetente. Se considerará que la autoridad extranjera es competente si el supuesto presenta vínculos fundados con el Estado extranjero cuyas autoridades han otorgado dicho acto. Se considerará, en todo caso, que las autoridades extranjeras son manifiestamente incompetentes cuando el supuesto afecte a una materia cuya competencia exclusiva corresponda a los órganos judiciales o autoridades españolas.*
- b) *Si el acto hubiera sido acordado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de los implicados.*
- c) *Si el reconocimiento del acto produjera efectos manifiestamente contrarios al orden público español.*
- d) *Si el reconocimiento del acto implicara la violación de un derecho fundamental o libertad pública de nuestro ordenamiento jurídico.*

Es necesario coordinar la aplicación de las normas generales de la LCJIMC con las normas específicas de la LJV. Los arts. 11 y 12 LJV, que contienen “normas específicas para el reconocimiento y eficacia en España de los actos de jurisdicción voluntaria acordados por autoridades extranjeras” son de aplicación preferente, pero, sin embargo, estos arts. 11 y 12 LJV se caracterizan por su poca precisión y falta de rigor terminológico. Y de todo ello cabe inferir en qué medida la interacción entre ambas normas deviene compleja para los operadores jurídicos.

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIAL LABORAL INTERNACIONAL 2019

CHRONICLE OF INTERNATIONAL LABOR JURISPRUDENCE 2019

ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Extremadura*

Recibido: 08.06.2020 / Aceptado: 15.06.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5638>

Resumen: En el período de referencia no se han dictado resoluciones relevantes del Comité de Libertad Sindical, ni tampoco se ha pronunciado el TEDH en asuntos que afecten al estado español. Sin embargo sí contamos con numerosas resoluciones del TJUE que afectan al estado Español que pasamos a exponer, junto con tres resoluciones del Tribunal afectantes a otros ordenamientos que por su interés también reseñamos.

La **STJUE de 22 de enero de 2019 [C-193/17] *Cresco Investigation GmbH y M.A.*** aborda un problema de discriminación religiosa porque el ordenamiento jurídico concede un día adicional de descanso laboral a los miembros de determinadas confesiones religiosas. Aun no afectando al ordenamiento jurídico español se ha considerado interesante comentarla.

El **ATJUE de 19 de marzo de 2019 [C-293/18] *CCOO de Galicia y Universidad de Santiago de Compostela***, cuestiona la adecuación a la legalidad comunitaria de una norma nacional que no prevé indemnización por finalización de contrato de trabajo en modalidades de contratación predoctoral para tareas de investigación.

En la **STJUE de 26 de marzo [C-377/16] *Reino de España c. Parlamento Europeo***, se debate la legalidad de una oferta de empleo del Parlamento que exige que los candidatos conozcan como segunda lengua exclusivamente el alemán, el inglés o el francés.

La **STJUE de 11 de abril de 2019 [C-29/18, C-30/18 y C-44/18] *Cobra Servicios c. J. D. Sánchez y otros***, aborda un tema muy conocido, la diferente indemnización que proceden por la extinción de contratos de trabajo de diferente naturaleza, por finalización de una contrata para los de obra o servicio vinculados, y por causa económica para los de naturaleza fija.

La **STJUE de 8 de mayo de 2019 [C-161/18] *Villar Láz c. INSS y TGSS***, trata sobre la discriminación indirecta por razón de sexo que provoca la norma que regula el cálculo de la pensión a tiempo parcial.

La muy interesante, aunque poco efectiva dada la modificación legislativa operada entre el planteamiento de la cuestión y su resolución, **STJUE de 14 de mayo de 2020 [C-55/18] *Federación de Servicios CC.OO. c. Deutsche Bank*** aborda una cuestión comprometida, el control de la jornada laboral empleando para ello un mecanismo ideado únicamente para el control de las horas extraordinarias.

El **ATJUE de 12 de junio de 2019 [C-367/18] *María Teresa Aragón Carrasco y otros c. Administración del Estado*** entiende que no contradice el ordenamiento comunitario la norma interno que no patrocina indemnización alguna por la extinción de contratos eventuales de confianza.

La **STJUE de 20 de junio de 2019 [C-72/18] *Daniel Ustariz Aróstegui c. Dto. Educación Gobierno de Navarra*** aprecia que es contrario a la normativa comunitaria el establecimiento de un complemento económico vinculado a la condición del funcionario en el sector de la enseñanza.

La tutela antidiscriminatoria por embarazo no es patrimonio del ordenamiento patrio. Tiene una nueva versión con la **STJUE de 20 de junio de 2019 [C-404/18] *Jamina Hakelbracht y Tine Vandebon c. WTG Retail BVBA***, en la que se otorga la tutela normativa a un testigo no formal del proceso de no contratación de una trabajadora por estar embarazada.

Aunque ha perdido actualidad por la supresión en nuestro ordenamiento jurídico del despido objetivo por absentismo la **STJUE de 11 de septiembre de 2019 [C-397/8] *DW c. Nobel Plastiques Ibérica*** analiza si las ausencias al trabajo por enfermedad relacionada con la discapacidad que padece el trabajador pueden considerarse computables a efectos del despido objetivo por absentismo.

En la **STJUE de 18 de septiembre de 2019 [C-366/18] *Ortiz Mesonero c. UTE Luz Madrid***, se discutía si el trabajador que trabaja en una empresa a turnos puede elegir la adscripción al turno de mañana con el objeto de favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral.

El **ATJUE de 15 de octubre de 2019 [C-439/18 y C-472/18] *OH y ER c. AEAT*** entiende irrazonable la exclusión de los períodos no trabajados por los trabajadores fijos-discontinuos del cómputo de la antigüedad a efectos del percibo de complementos retributivos.

La interesante **STJUE de 7 de noviembre de 2019 [C-396/18] *Gennaro Cafaro c. DQ*** estudia un tema siempre interesante como lo es la discriminación laboral por motivos de edad, y aunque no afecta al ordenamiento español se ha considerado oportuno tratarla.

La **STJUE de 5 de diciembre de 2019 [C-398/18 y C-428/18] *Bocero Torrico y Fritz Bode c. INSS y TGSS*** trata sobre la cuantía mínima de la jubilación anticipada, entendiéndose que las normas de la Unión se oponen a que para concederla se exija que su cuantía tenga que ser superior a la que recibiría cuando cumpliera la edad ordinaria de jubilación.

La última sentencia comentada de este año es la **STJUE de 12 de diciembre de 2019 [C-450/18] *WA c. INSS*** que entiende que el complemento de maternidad que idea la LGSS para complementar las prestaciones de las mujeres que han sido madres debe interpretarse en el sentido de no excluir de su percibo a los varones que se encuentren en idéntica situación.

Palabras clave: Discriminación laboral por motivos religiosos, indemnización por finalización de contrato predoctoral para tareas de investigación, discriminación por motivos lingüísticos en una contratación por la Unión Europea, diferente indemnización por finalización de los contratos por obra o servicio vinculada a contratos versus fijos por causa económica, control de la jornada de trabajo, horas extraordinarias, no indemnización por extinción de contrato eventual de confianza, complemento económico sólo perceptible por funcionarios, tutela antidiscriminatoria en supuestos de embarazo, despido objetivo por absentismo y enfermedad, conciliación de la vida familiar y adscripción a un concreto turno de trabajo, trabajadores fijos-discontinuos y complementos de antigüedad, discriminación laboral por motivos de edad, cuantía mínima de la pensión de jubilación anticipada, complemento de maternidad y discriminación a los varones que se encuentren en idéntica situación.

Abstract: During the reference period, no relevant resolutions of the Committee on Freedom of Association have been issued, nor has the ECtHR ruled on matters affecting the Spanish state. However, we do have numerous resolutions of the CJEU that affect the Spanish state that we are going to present, along with three resolutions of the Court that affect other legal systems that we also reviewed for your interest.

The **STJUE of January 22, 2019 [C-193/17] *Cresco Investigation GmbH and M.A.***, addresses a problem of religious discrimination because the legal system grants an additional day off from work to members of certain religious denominations. Even without affecting the Spanish legal system, it has been considered interesting to comment on it.

The **ATJUE of March 19, 2019 [C-293/18] *CCOO of Galicia and the University of Santiago de Compostela***, questions the adequacy of a national law that does not provide for compensation for termination of employment contract in terms of employment predoctoral for research tasks.

In the **STJUE of March 26 [C-377/16] *Kingdom of Spain c. European Parliament***, the legality of a job offer from Parliament is being debated, which requires that candidates only know German, English or French as a second language.

The **STJUE of April 11, 2019 [C-29/18, C-30/18 and C-44/18] *Cobra Servicios c. J. D. Sánchez and others***, deals with a well-known topic, the different compensation that comes from the termi-

nation of employment contracts of different nature, for the termination of a contract for those of related work or service, and for economic reasons for those of a fixed nature.

The **STJUE of May 8, 2019 [C-161/18] *Villar Láz c. INSS and TGSS***, deals with indirect discrimination based on sex caused by the norm that regulates the calculation of the part-time pension.

The very interesting, although ineffective given the legislative amendment made between the approach to the issue and its resolution, **STJUE of May 14, 2020 [C-55/18] *Federation of Services CC.OO. c. Deutsche Bank*** addresses a compromised issue, the control of working hours using a mechanism designed solely for the control of overtime.

The **ATJUE of June 12, 2019 [C-367/18] *María Teresa Aragón Carrasco and others c. The State Administration*** understands that the community law does not contradict the internal norm that does not sponsor any compensation for the termination of possible trust contracts.

The **STJUE of June 20, 2019 [C-72/18] *Daniel Ustariz Aróstegui c. disc. Education The Government of Navarra*** appreciates that the establishment of an economic supplement linked to the status of civil servant in the education sector is contrary to Community regulations.

Anti-discrimination guardianship for pregnancy is not the patrimony of the national order. It has a new version with the **STJUE of June 20, 2019 [C-404/18] *Jamina Hakelbracht and Tine Vandenberg c. WTG Retail BVBA***, in which the normative guardianship is granted to an informal witness of the process of not hiring a worker for being pregnant.

Although the **STJUE of September 11, 2019 [C-397/8] *DW c. Nobel Plastiques Ibérica*** its relevance due to the suppression in our legal system of the objective dismissal for absenteeism. Nobel Plastiques Ibérica analyzes whether absences from work due to illness related to the disability suffered by the worker can be considered computable for the purposes of objective dismissal due to absenteeism.

In the **STJUE of September 18, 2019 [C-366/18] *Ortiz Mesonero c. UTE Luz Madrid***, it was discussed whether the worker who works in a shift company can choose to join the morning shift in order to favor the reconciliation of family and work life.

The **ATJUE of October 15, 2019 [C-439/18 and C-472/18] *OH and ER c. AEAT*** considers unreasonable the exclusion of periods not worked by permanent-discontinuous workers from the calculation of seniority for the purposes of receiving remuneration supplements.

The interesting **STJUE of November 7, 2019 [C-396/18] *Gennaro Cafaro c. DQ*** studies an always interesting topic such as employment discrimination on the grounds of age, and although it does not affect the Spanish law, it has been considered appropriate to deal with it.

The **STJUE of December 5, 2019 [C-398/18 and C-428/18] *Bocero Torrico and Fritz Bode c. INSS and TGSS*** deals with the minimum amount of early retirement, understanding that the Union regulations preclude the granting of this requirement that its amount must be higher than what it would receive when it reached the ordinary retirement age.

The last annotated sentence of this year is the **STJUE of December 12, 2019 [C-450/18] *WA c. INSS*** that understands that the maternity supplement devised by the LGSS to complement the benefits of women who have been mothers must be interpreted in the sense of not excluding from their receipt men who are in the same situation.

Keywords: Labor discrimination on religious grounds, compensation for completion of predoc-toral contract for re-search tasks, discrimination on linguistic grounds in recruitment by the European Union, different com-pensation for termination of contracts for work or service linked to contracts versus fixed for economic reasons, control of the working day, extraordinary hours, no compensation for termi-nation of eventual trust contract, completely economic only perceivable by officials, anti-discrimination guardianship in cases of pregnancy, objective dismissal for absenteeism and illness, reconciliation of fa-mily life and as-signment to a specific work shift, fixed-discontinuous workers and seniority accessories, employment dis-crimination on the grounds of age, minimum amount of the early retirement pension, maternity supple-ment and discrimination against men who are in the same situation.

Sumario: I. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.1. STJUE de 22 de enero de 2019 [C-193/17]. *Cresco Investigation GmbH y M.A.* Discriminación directa por motivos

religiosos al conceder días de permiso laboral retribuido únicamente a miembros de determinadas confesiones religiosas.2. ATJUE de 19 de marzo de 2019 [C-293/18] *CC.OO. de Galicia y Universidad de Santiago de Compostela*. Pretendida discriminación en contratos predoctorales de investigación que no prevén indemnización a su término.3. STJUE de 26 de marzo de 2019 [C-377/16] *Reino de España c. Parlamento Europeo*. Oferta de empleo del Parlamento Europeo y conocimiento de dos lenguas de la Unión por los candidatos.4. STJUE de 11 de abril de 2019 [C-29/18, C-30/18 y C-44/18] *Cobra Servicios c. J. D. Sánchez y otros*. Diferente indemnización por finalización de contrata que por extinción objetiva por causa económica.5. STJUE de 8 de mayo de 2019 [C-161/18] *Villar Láz c. INSS y TGSS*. Discriminación indirecta por razón de sexo en el cálculo de la pensión de jubilación a tiempo parcial.6. STJUE de 14 de mayo de 2020 [C-55/18] *Federación de Servicios CC.OO. c. Deutsche Bank*. Control de la jornada diaria de trabajo, no sólo de las horas extraordinarias.7. ATJUE de 12 de junio de 2019 [C-367/18] *María Teresa Aragón Carrasco y otros c. Administración del Estado*. No indemnización por extinción de contratos eventuales de confianza.8. STJUE de 20 de junio de 2019 [C-72/18] *Daniel Ustariz Aróstegui c. Dto. Educación Gobierno de Navarra*. La percepción de un complemento retributivo en el sector de la enseñanza sólo por funcionarios es contrario a la normativa comunitaria.9. STJUE de 20 de junio de 2019 [C-404/18] *Jamina Hakelbracht y Tine Vandenbon c. WTG Retail BVBA*. Tutela antidiscriminatoria refleja por embarazo a testigos del proceso de contratación.10. STJUE de 11 de septiembre de 2019 [C-397/8] *DW c. Nobel Plastiques Ibérica*. Absentismo por motivos de discapacidad y despido por faltas de asistencia al trabajo.11. STJUE de 18 de septiembre de 2019 [C-366/18] *Ortiz Mesonero c. UTE Luz Madrid*. Adscripción a turno de trabajo para la conciliación de la vida familiar y laboral.12. ATJUE de 15 de octubre de 2019 [C-439/18 y C-472/18] *OH y ER c. AEAT*. Devengo de trienios de fijos-discontinuos.13. STJUE de 7 de noviembre de 2019 [C-396/18] *Gennaro Cafaro c. DQ*. Discriminación laboral por motivos de edad.14. STJUE de 5 de diciembre de 2019 [C-398/18 y C-428/18] *Bocero Torrico y Fritz Bode c. INSS y TGSS*. Pensión de jubilación anticipada y cuantía mínima.15. STJUE de 12 de diciembre de 2019 [C-450/18] *WA c. INSS*. El complemento de maternidad no debe excluir de su percibo a los varones que se encuentre en idéntica situación.

I. Tribunal de justicia de la Unión Europea

1. La jurisprudencial analizada en esta crónica de resoluciones del TJUE en las que España ha sido parte, o que tengan especial relevancia para al ámbito social del derecho, ha sido extraída de la base de datos oficial del Tribunal (InfoCuria) en atención a los siguientes tesauros conceptuales: *Derechos fundamentales; Empleo; Libre circulación de los trabajadores; No discriminación, Política social, y Seguridad Social*.

Se reseñan todos los asuntos que afectan directamente a España en el período temporal referenciado, y también dos resoluciones sobre ética religiosa en el trabajo y sobre la traducción del disfrute de vacaciones en indemnización económica en caso de fallecimiento sin haberlas disfrutado en su debido tiempo que, aunque no afecten a España son interesantes desde el punto de vista laboral.

1. STJUE de 22 de enero de 2019 [C-193/17] *Cresco Investigation GmbH y M.A.* Discriminación directa por motivos religiosos al conceder días de permiso laboral retribuido únicamente a miembros de determinadas confesiones religiosas

A) Hechos del litigio principal

2. El derecho laboral Austríaco prevé, al margen de la normativa laboral general aplicable a todos los trabajadores, la concesión de un día adicional de descanso laboral en Viernes Santo, con carácter remunerado, pero exclusivamente para cuatro confesiones religiosas: los miembros de las Iglesias Evangélicas de la confesión de Augsburgo, de la confesión Helvética, y de la confesión metodista, y a los miembros de la Iglesia Católica Antigua.

El señor A es un trabajador por cuenta ajena, pero no pertenece a ninguna de las referidas iglesias. Solicitó el abono del día concreto pero no se le concedió por la empresa, considerando, en definitiva, que la decisión empresarial es discriminatoria

Después de varias vicisitudes llega el asunto a la instancia superior que precisa dos cuestiones con carácter previo al planteamiento de la cuestión prejudicial: que los días festivos en la normativa austriaca son considerados como laborales y retribuidos, y que los días adicionales discutidos se incorporan en una norma singular para favorecer la práctica de la religión en los concretos días discutidos.

B) Cuestión jurídica debatida

3. Pero el Tribunal no tiene claro si la concesión de ese día adicional únicamente a los trabajadores de una concreta religión puede considerarse acorde al derecho de la Unión Europea, pudiendo apreciarse como un tratamiento discriminatorio en contra de los trabajadores que no profesan esa fe, pues las personas que no pertenecen a esas confesiones religiosas disfrutan a lo largo del año de un día remunerado menos que los que sí pertenecen a estas confesiones.

La cuestión prejudicial se circunscribe a determinar, por tanto, si se opone al ordenamiento de la Unión Europea una regla técnica laboral que entiende que el Viernes Santo únicamente se considera festivo para trabajadores que profesen una determinada religión, y que el trabajador de las mismas que efectivamente trabaje ese día tiene derecho a una retribución adicional por el trabajo realizado, además de la que le corresponde por el día festivo no trabajador, mientras que dicho abono no le percibe el trabajador que no pertenezca a esas confesiones.

De manera complementaria se pregunta, únicamente para el supuesto de que efectivamente se haya considerado que la medida es discriminatoria, si hasta que la legislación austriaca se modifique los empleadores privados se encuentra obligados a conceder a los trabajadores que no profesen esas religiones el derecho al día festivo por Viernes Santo, y a abonar, en el caso de que trabajen ese concreto día, la remuneración correspondiente.

Se está cuestionando, en definitiva, si estamos en presencia de una discriminación directa por motivos religiosos.

C) Normativa UE en presencia

4. Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

D) Resolución del Tribunal

5. El TJUE no duda, ni por un momento, que efectivamente la norma cuestionada trata de diferente manera a los trabajadores por motivos religiosos (§ 50), ni tampoco de que la concesión de ese día adicional de descanso y el abono salarial del día en caso de que efectivamente trabaje un miembro de esas confesiones persigue una finalidad amparable bajo la óptica del derecho nacional (§ 57), legítima por tanto bajo el prisma de la Unión Europea.

Queda por apreciar si la norma laboral interna que privilegia a los trabajadores de determinadas confesiones religiosas es necesaria para el fin pretendido (§ 59), porque, se recuerda por el Tribunal, el derecho de la Unión ampara normativas internas a priori discriminatorias destinadas a suprimir o minimizar las desigualdades fácticas que eventualmente pudieran existir en la realidad social (§ 64) por lo que el análisis de la utilidad de la norma en su contexto se revela como elemento fundamental de su legalidad comunitaria, teniendo en consideración, naturalmente, el principio de proporcionalidad que patrocina que el régimen de excepción a la norma general sea objetivo, razonable y se establezca para la tutela de un fin legítimo (§ 65).

El Tribunal entiende que la normativa cuestionada establece “una diferencia de trato entre trabajadores sometidos a obligaciones religiosas análogas” (§ 68), diferencia de trabajo que no es acorde al principio de igualdad comunitario.

En definitiva, el Tribunal entiende discriminatoria la normativa nacional que por motivos religiosos concede un día de descanso retribuido en Viernes Santos únicamente a los trabajadores que profesen unas determinadas religiones, abonándose dicho día de manera adicional si efectivamente deben trabajar ese concreto día, no entendiendo que estemos en presencia de una norma necesaria para la protección específica de los derechos en presencia (§ 69).

Aunque es una cuestión colateral, y de muy limitada trascendencia, conviene precisar que el Tribunal entiende que efectivamente los empleadores privados hasta que se modifique la norma nacional interna sí tienen la obligación de conceder a todos los trabajadores el derecho al día festivo de Viernes Santo, siempre que lo hayan solicitado, y a abonar el complemento por trabajo realizado en el supuesto de que efectivamente trabajasen (§§ 70 y 89).

E) Apunte final

6. La resolución objeto de comentario se trae a esta tribuna por dos motivos. En primer lugar, porque no son frecuentes en el ámbito Europeo las discriminaciones por motivos religiosos, y, en segundo, lugar porque aunque no es una cuestión especialmente problemática en España los planes gubernamentales de modificar el Estatuto de los Trabajadores para introducir festividades religiosas en él pueden poner en breve sobre la mesa el *status quo* actualmente existente¹.

Recuérdese que esta cuestión hoy en día se regula en los respectivos arts. 12 de la Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España, y de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España. En ambos preceptos se dispone: “Las festividades que a continuación se expresan, que según” la Ley y la tradición judías / Ley Islámica “tienen el carácter de religiosas, podrán sustituir a las establecidas con carácter general por el Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 37.2, con el mismo carácter de retribuidas y no recuperables, a petición de las personas a que se refiere el número anterior, y en los términos previstos en el mismo”.

2. ATJUE de 19 de marzo de 2019 [C-293/18] CC.OO. de Galicia y Universidad de Santiago de Compostela. Pretendida discriminación en contratos predoctorales de investigación que no prevén indemnización a su término.

A) Hechos del litigio principal

7. La Universidad pública referenciada formaliza varios “contratos predoctorales” con investigadores en el marco de un proyecto concreto para realizar, específicamente, tareas de investigación. El sindicato referenciado intima una demanda colectiva contra la Universidad solicitando el resarcimiento económico derivado de la finalización del contrato prevista en la normativa laboral común, al entender que existe una diferencia de trato con los trabajadores del régimen laboral común.

La Universidad solicitó, por su parte, la desestimación de la demanda, apoyándose en dos argumentos: que los trabajadores contratados en formación son estructuralmente empleados de duración determinada, que su situación no es comparable con los trabajadores indefinidos, y que estos trabajadores sí tienen derecho a la indemnización en supuestos de despido disciplinario improcedente y de extinción objetiva por causa económica.

¹ Así, al parecer, se ha descartado meter “en el calendario laboral de 2020 el final de Ramadán”. Véase la noticia, entre otros periódicos que se hacen eco de ella, en: <https://elfarodeceuta.es/gobierno-no-mete-calendario-laboral-2020-final-ramadan/>

El Tribunal interno competente suspende el procedimiento y plantea la ahora resuelta cuestión prejudicial.

La resolución da respuesta, en definitiva, a la cuestión prejudicial que le plantea el Tribunal nacional en la que se planteaba el derecho del personal investigador predoctoral en formación contratado por una Universidad pública a percibir una indemnización por finalización de contrato.

B) Cuestión jurídica debatida

8. La normativa específica que rige esta modalidad de contratación no prevé expresamente una indemnización por su terminación. La norma laboral común, el ET, mantiene como principio técnico de proyección hacia todas las modalidades contractuales de duración temporal o determinada: tendrán los mismos derechos que los contratos de duración indefinida, permitiéndose, no obstante, singularidades específicas en materia de extinción en relación con los contratos de carácter formativo.

El Tribunal proponente de la cuestión aprecia que el caso difiere del que dio lugar a la sentencia de 14 de septiembre de 2016 [C596/14] De Diego Porras (EU:C:2016:683), básicamente porque la duración del contrato se establece objetivamente en la norma que disciplina el régimen jurídico de la contratación, considerándolo claramente de carácter temporal, sin que se prevea indemnización por su finalización (§ 21).

El Tribunal nacional pregunta, básicamente, si este tipo de trabajadores se encuentran incluidos en la Directiva 1999/70/CE y si le es aplicable la indemnización por finalización de contrato, para lo cual formula cuatro cuestiones concretas (§ 23).

C) Normativa UE en presencia

9. Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

La norma jurídica interna controvertida es la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, especialmente el art. 21 que regula el régimen jurídico del “contrato predoctoral”.

D) Resolución del Tribunal

10. No tiene dudas el Tribunal en entender que estos trabajadores sí se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva referenciada (§ 34). Aprecia que tanto de los dictados normativos de la misma (§ 29) como de la jurisprudencia evacuada sobre su interpretación (§ 28) no puede deducirse otra conclusión, pues la Directiva no excluye a ningún sector de actividad (§ 30).

El problema jurídico, por tanto, no pivota sobre si la norma comunitaria es o no aplicable, que lo es, sino sobre si puede apreciar una diferencia de trato en el momento de la extinción del contrato en relación con los trabajadores indefinidos.

El Tribunal recuerda que uno de los principios clave en la materia es el de no discriminación de los trabajadores con duración determinada (§ 38), no consistiendo en tratos diferenciales que no se encuentren “objetivamente justificados” (§ 42).

Para la resolución del asunto se centra, básicamente, en apreciar si los trabajadores controvertidos desempeñaban las mismas funciones que los trabajadores contratados indefinidos por el mismo empresario (§ 45). El Tribunal proponente de la cuestión entiende que, efectivamente, los trabajadores contratados para la modalidad predoctoral se encuentran en una situación comparable a los contratados por tiempo indefinido, por lo que el debate se desplaza hacia la consideración justificada o no de la diferencia de trato en relación con la extinción por fin de contrato (§ 46), basada en “elementos precisos y concretos” que verifiquen que “dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica” (§ 47).

El Tribunal de justicia entiende que la finalización de un contrato por el vencimiento del término se produce en un “*contexto sensiblemente diferente, desde los puntos de vista fáctico y jurídico*” que el de un trabajador fijo cuyo contrato finaliza por el advenimiento de las causas objetivamente previstas en la normativa nacional (§ 48).

En la contratación controvertida estamos en presencia de un tipo de contrato temporal en el que las partes contratantes “*conocen, desde el momento de su celebración, la fecha o el hecho que determina su término*” (§ 49), circunstancia determinante del diferente régimen jurídico en relación a los contratos indefinidos, pues en estos últimos la indemnización por finalización pretende “*compensar el carácter imprevisto de la ruptura de la relación de trabajo*” (§ 50).

El Tribunal de Justicia entiende, en definitiva, que la Directiva invocada no se opone a la regulación de unos contratos como estos predoctorales que no prevén indemnización alguna por la llegada del término final previsto en la propia normativa (§ 53), aunque sí se conceda dicha indemnización a los trabajadores indefinidos.

E) Apunte final

11. Una resolución más, de las muchas ya dictadas, sobre indemnización en supuestos de contratación temporal. En este caso en relación a algunas de las modalidades de contratación que se emplean por las Universidades Públicas.

Siendo razonable la solución a la que llega el Tribunal de Justicia, se echa de menos una argumentación más potente sobre la naturaleza temporal de la actividad de investigación que se desarrolla bajo la modalidad “predoctoral” cuestionada. El Tribunal escora esta cuestión, centrándose en la eficacia de la condición resolutoria, con lo que deja imprejuizada la cuestión desde el punto de vista sustancial, porque lo mollar, lo verdaderamente trascendente en cuestionar si la actividad desarrollada se adecua al carácter temporal del contrato signado. El planteamiento de la cuestión determinan, qué duda cabe, los límites de discusión y resolución del Tribunal que, entendemos, debería haber sido configurados para dar cabida a este aspecto no tratado.

3. STJUE de 26 de marzo de 2019 [C-377/16] *Reino de España c. Parlamento Europeo. Oferta de empleo del Parlamento Europeo y conocimiento de dos lenguas de la Unión por los candidatos*

A) Hechos del litigio principal

12. El reino de España impugna ante el Tribunal de Justicia una convocatoria del Parlamento Europeo de “*manifestaciones de interés*” para confeccionar una base de datos de candidatos para ser contratados como “*agentes contractuales para el ejercicio de la función de conductores*” (§ 18). Los puestos de trabajo ofertados son, aproximadamente, ciento diez teniendo como lugar de trabajo Bruselas.

En la convocatoria se especifica, en el apartado relativo a las “*Condiciones de admisión*”, otras exigencias, que los candidatos debe conocer dos lenguas oficiales de la Unión. De una de las veinticuatro lenguas oficiales debe poseer un “*profundo conocimiento*”. De la segunda lengua debe tener un “*conocimiento satisfactorio*”. Pero esa segunda lengua, de manera obligatoria, tiene que ser una de las siguientes: alemán, inglés o francés (§ 20).

Se justifica la restricción con respecto a la segunda lengua, en el sentido de que necesariamente tengan que ser alguna de las tres mencionadas por razones de funcionalidad operativa, de práctica y realización inmediata de las tareas laborales encomendadas (§ 22).

La particularidad del caso, que se aprecia más fácilmente en la lectura de la fundamentos jurídicos que en la exposición de los hechos, es que el formulario que obligatoriamente deben los candidatos rellenar, siempre on line, sólo puede protocolizarse empleando algunas de las tres lenguas referidas (alemán, inglés o francés), estando cuestionado este punto porque el propio formulario no indica que puede “*cumplimentarse en cualquier lengua oficial de la Unión*” y porque precisamente por eso los candidatos

podrían razonablemente presumir “*que debía cumplimentarse obligatoriamente en una de aquellas tres lenguas*” (§ 44).

B) Cuestión jurídica debatida

13. El Reino de España solicita la anulación de la convocatoria por cuatro motivos. En primer lugar, porque considera ilegal la restricción que se realiza en la convocatoria en relación a las lenguas que deben emplearse en el procedimiento de comunicación entre el órgano seleccionador de personal y los candidatos. La convocatoria exige que dicha comunicación se efectúe exclusivamente en alguna de estas tres lenguas: inglés, francés o alemán (§ 30).

En segundo lugar, entiende incorrecta la exigencia lingüística de la convocatoria de conocer una segunda lengua en relación con las funciones que tienen que desempeñar los futuros trabajadores (§ 31).

En tercer y cuarto lugar entiende que la limitación a las tres lenguas referidas en la acreditación del “*conocimiento suficiente*” de la segunda lengua es ilegal (§ 32).

C) Normativa UE en presencia

14. Reglamento núm. 1 del Consejo, de 15 de abril de 1958, por el que se fija el régimen lingüístico de la Comunidad Económica Europea, en su versión modificada por el Reglamento núm. 517/2013 del Consejo, de 13 de mayo de 2013.

Reglamento núm. 259/68 del Consejo, de 29 de febrero de 1968, por el que se establece el Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades Europeas y el Régimen aplicable a los otros agentes de estas Comunidades y por el que se establecen medidas específicas aplicables temporalmente a los funcionarios de la Comisión, en su versión modificada por el Reglamento núm. 1023/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013.

D) Resolución del Tribunal

15. Con respecto a la primera alegación del Reino de España, la relativa a que los candidatos debe poder presentar la solicitud y mantener comunicación con la oficina de selección de personal en la lengua oficial de la Unión que de desee (§§ 33 y 34).

El Tribunal entiende, después de reconocer el derecho a la diversidad lingüística (§ 36) y que ese principio no puede llevarse al extremo de consentir que se permita elegir cualquier lengua para la redacción de cualquier tipo de comunicación, pues existen excepciones razonables según las circunstancias de cada caso (§ 37), que el hecho de que ‘pareciera’ que el formulario sólo podía rellenarse en alguna de las tres lenguas referenciadas puede razonablemente entenderse lesivo de sus intereses (§ 46). En definitiva que la indisponibilidad del formulario para la convocatoria en todos los idiomas puede considerarse que somete a los candidatos cuya lengua preferida sea distinta a algunas de las tres referenciadas es someter a dichos candidatos a “*un trato menos favorable que el reservado a los candidatos cuya lengua oficial preferida correspondía a una de esas tres*” (§ 47).

Se estima, en definitiva, el primer motivo de impugnación (§ 52).

La segunda alegación cuestiona que sea exigible que estos trabajadores concretos deben conocer una segunda lengua pues “*no resulta necesario para el ejercicio de las funciones que los candidatos seleccionados tienen que desempeñar*” (§ 53). El Tribunal desestima dicha alegación, entendiendo que el Reglamento del Estatuto de los Funcionarios exige el conocimiento de una segunda lengua (§ 59).

La tercera y cuarta alegación cuestionan la restricción de conocimiento de la segunda lengua a las tres referenciadas, pues dicha limitación -a juicio del Reino de España- no protege un “*objetivo legítimo de interés general*”, no siendo una restricción profesional (§ 61).

El Tribunal entiende, sin demasiada argumentación artificiosa, que esta limitación “*constituye una diferencia de trato por razón de la lengua*” (§ 66).

Se trata ahora de apreciar si dicha restricción responde a un “*interés legítimo*” (§ 67) en el sentido de acreditar que dicha “*limitación es efectivamente apta para responder a necesidades reales y efectivas*” (§ 69).

El Tribunal entiende que la convocatoria de la oferta de empleo “*no aborda en modo alguno la justificación de esta limitación con respecto a las necesidades lingüísticas concretas relativas a las funciones que los conductores contratados tendrán que desempeñar*” (§ 74).

Estimadas las cuestiones principales la convocatoria debe anularse, como también la base de datos formalizada con las solicitudes efectuadas (§§ 80 y 88).

E) Apunte final

16. La resolución plantea un tema que no está siempre bien resuelto en un ordenamiento jurídico como el nuestro que cuenta con varias lenguas cooficiales en determinadas Comunidades Autónomas, y que es común que se incorpore, en las ofertas de empleo público de las Comunidades Autónomas, la exigencia de conocer varias lenguas cooficiales, con un claro propósito discriminatorio contra los ciudadanos que sólo conocer la lengua mayoritaria usada en el país.

Pues bien, en atención a los criterios que se deducen de esta resolución, que ha sido reiterada por la STJUE de 8 de mayo de 2020 [C-243/18 P] *Empresa Común Europea c. Yosu Galocha*, la exigencia de conocer varios idiomas, *mutatis mutandis* varias lenguas cooficiales, debe venir justificada en razones que se relacionen con el servicio que se va a prestar una vez contratado y la necesidad de prestarlo, precisamente, en la lengua cooficial, pudiendo deducirse, en caso contrario, un trato discriminatorio.

4. STJUE de 11 de abril de 2019 [C-29/18, C-30/18 y C-44/18] *Cobra Servicios c. J. D. Sánchez y otros*. Diferente indemnización por finalización de contrata que por extinción objetiva por causa económica

A) Hechos del litigio principal

17. Las cuestiones prejudiciales acumuladas se han presentado en el contexto de tres litigios entre la empresa y tres trabajadores y el Fondo de Garantía Salarial.

La empresa demandada firmó en agosto de 2011 una contrata con una gran empresa distribuidoras (no demandada en este procedimiento) de suministros (electricidad y gas) para la prestación del servicio de lectura de contadores en una provincia concreta. En base a esa contrata la empresa Cobra contrató a los trabajadores ahora demandantes.

En febrero de 2015 la empresa suministradora resolvió la contrata con efectos de marzo de ese mismo año. Comunicó seguidamente a los trabajadores que sus contratos de trabajo finalizaban, precisamente por la terminación de la contrata. A todos los trabajadores se les comunicó que recibirían la indemnización económica que procede en el ordenamiento jurídico español por terminación de un contrato de trabajo de carácter temporal (art. 49.1.c) ET).

Seguidamente, y por la misma causa, intimó un expediente de regulación de empleo que afectaba a otros 72 trabajadores con contrato de trabajo indefinido “*que efectuaban también tareas en el marco de la ejecución de la contrata*” (§ 19).

Esta es la particularidad que acontece en este asunto, que un mismo hecho fáctico con consecuencias jurídicas -la terminación de la contrata- provoca dos tipos de extinciones distintas: la relacionada con los contratos de trabajo por obra o servicio determinados celebrados al amparo de la contrata celebrada con la empresa principal de suministros, y, también apoyándose en esas circunstancias, la extinción mediante un expediente de regulación de empleo por causa económica de los trabajadores fijos de la empresa.

Las acciones judiciales impetradas por los trabajadores devinieron en una sentencia del Juzgado de lo Social competente que entendió que los contratos de trabajo se había realizado en fraude de ley,

condenando a la empresa Cobra a la readmisión de los trabajadores o al abono de la indemnización por despido disciplinario improcedente (art. 56.1 ET).

La decisión fue recurrida y el Tribunal Superior de Justicia competente que entiende que no se encuentra suscrito en fraude de ley el contrato de trabajo por obra o servicio que se suscribe al amparo de una contrata (§ 24). Entiende, por ello, que el contrato de trabajo se vincula a la existencia de la contrata, que puede ser de duración incierta (§ 26). Sigue así el camino natural y trillado en nuestro ordenamiento jurídico. Ninguna novedad al respecto.

Entiende el Tribunal, y esta es la singularidad de la resolución, que los trabajadores fijos de la empresa incluidos en ese expediente de regulación de empleo deben ser indemnizados mediante la indemnización que el ordenamiento prevé para el despido objetivo procedente (art. 53.1.b) ET), es decir, 20 días por años de servicio trabajado, mientras que los trabajadores con este contrato de trabajo temporal, es decir, con un contrato de trabajo vinculado a una contrata deben ser indemnizados con la cantidad prevista para la extinción de los contratos por obra o servicio determinado (art. 49.1.c) ET), es decir, con 12 días por años de servicio (§ 28), deduciendo de esta diferencia una discriminación en el trato que el ordenamiento dispensa a ambos tipos de trabajadores (§ 29), preguntándose, en definitiva, si existe una justificación, objetiva y razonable, que consienta esa diferencia de trato (§ 30).

B) Cuestión jurídica debatida

18. El Tribunal nacional pregunta, básicamente, si la normativa de referencia se opone a una norma nacional que prevé para el mismo supuesto de hecho, la finalización de la contrata, diferentes tipos de indemnizaciones según el tipo de contrato que tengan los trabajadores, menores para el de obra y servicio vinculado a la contrata, y mayores para el fijo extinguido en virtud de la operatividad de una causa económica apreciada de manera colectiva (§ 32).

C) Normativa UE en presencia

19. Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el Trabajo de Duración Determinada

D) Resolución del Tribunal

20. El Tribunal de Justicia no entiende peyorativa esta diferente indemnización para diferentes tipos de contratos (§ 56), siguiendo la estela de otros pronunciamientos en sentido similar.

Después de recordar el propósito (§ 35) y operatividad (§ 36) del Acuerdo Marco, y su funcionalidad (§§ 38 y 39) subraya que lo esencial para determinar si existe discriminación en el trato dispensado a los diferentes tipos de trabajadores es apreciar si el tratamiento jurídico de ambas situaciones se encuentra “objetivamente justificado” (§ 40), para lo que tendrá que apreciar que se encuentra en situación comparable (§ 42) en relación con las funciones que desempeñan (§ 43) unos y otros tipos de trabajadores.

Aprecia, sin ningún género de duda, que ambos tipos de trabajadores -por obra o servicio vinculado por una contrata, e indefinidos de la empresa- desarrollan idéntica función laboral (§ 44), por lo que el debate se desplaza hacia la apreciación de si existe una causa objetiva y razonable que justifique la diferencia de trabajo desde el punto de vista indemnizatorio al finalizar ambos tipos de contratos (§ 45).

El Gobierno español justifica la diferencia de trato en que con el abono de la indemnización que procede en la finalización del contrato por obra o servicio se indemniza un acontecimiento “que el trabajador podía anticipar cuando se celebró su contrato de trabajo de duración determinada”, cual era la finalización de la contrata. Sin embargo la indemnización que procede en la extinción económica pretende “compensar la frustración de las expectativas legítimas de un trabajador relativas a la con-

tinuidad de la relación laboral” (§ 47). Es el diferente contexto en el que se firman y desenvuelven los contratos de trabajo lo que justifica el diferente trato indemnizatorio.

Ambos tipos de contratos, reconoce el Tribunal de Justicia, se desarrollan “*en un contexto sensiblemente distinto*” (§ 48), básicamente porque el de duración determinada conocía desde el comienzo de la relación laboral tanto su carácter temporal, como que su finalización se produciría por la terminación de la contrata suscrita entre el empleador contratante y la empresa suministradora de servicios (§ 49), aspectos y circunstancias que desconocía el trabajador fijo de la empresa (§ 50).

El Tribunal, como se ha comentado, reitera que la normativa referenciada no se opone a dicha diferencia indemnizatoria (§§ 54 y 56), aunque entiende que corresponde al Tribunal nacional determinar si la finalización de los contratos por obra o servicio terminan por la finalización de la contrata o por la causa económica, porque, y este argumento es esencial a nuestro juicio, la indemnización que procede en la apreciación de una causa económica no diferencia entre el tipo de trabajador, determinado o indefinido (§ 51).

E) Apunte final

21. Es probable, más antes que después, que el futuro ET prevea idéntica indemnización por finalización del contrato de trabajo, con independencia del tipo de vinculación contractual que una al trabajador con la empresa. Será únicamente su período de permanencia en la misma el que determinar la indemnización por su extinción, por más matices y justificaciones pretendidamente objetivas y razonables que se quieran apreciar, difícilmente encajables en una dinámica normativa que pretende la no discriminación por el tipo de contrato de trabajo que se desarrolle.

En este caso la cuestión se complica sobremanera al convivir los trabajadores fijos de la empresa con contratados al abrigo de una contrata. Sobre este tema recientemente se ha dictado la STS-SOC 783/2018, de 19 de julio de 2018 que modula y matiza las consecuencias de la consideración de trabajador temporal para aquellos trabajadores que permanente vinculados a la empresa por un contrato por obra o servicio al amparo de una contrata por un período de tiempo muy dilatado (14 años) en los que han acaecido diversas vicisitudes de la vida de dicha contrata².

5. STJUE de 8 de mayo de 2019 [C-161/18] *Villar Láz* c. *INSS y TGSS*. Discriminación indirecta por razón de sexo en el cálculo de la pensión de jubilación a tiempo parcial

A) Hechos del litigio principal

22. La petición de decisión prejudicial comunitaria se plantea en el contexto de un pleito de seguridad social por el cálculo de una pensión de jubilación.

El INSS reconoció pensión de jubilación, en un importe del 53 % de la base reguladora. Queda acreditado que la trabajadora había desarrollado su actividad laboral a tiempo parcial “*durante una parte importante de su vida laboral*” (§ 18).

La trabajadora pretende que se le aplique un porcentaje del 80,04 % tomando para ello en consideración los períodos que trabajo a tiempo parcial como si hubieran sido “*períodos de trabajo a tiempo completo*” (§ 20). La solicitud fue desestimada en vía administrativa.

Tras ello intimó en el órgano jurisdiccional competente una demanda judicial en la que básicamente exponía que la norma por la que se calcula su pensión era discriminatoria, en la medida en que producía “*una discriminación indirecta por razón de sexo, ya que la mayoría de trabajadores a tiempo parcial eran mujeres*” (§ 21). La petición fue desestimada en primera instancia, recurriendo ante el órgano superior funcionalmente competente, que es el que plantea la cuestión prejudicial ahora resuelta.

² Comentada por M^a A. VICENTE PALACIO, “Contrato para obra o servicio determinado vinculado a la duración de la contrata (cambio de doctrina)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 1/2019, que puede visitarse, de manera abierta y gratuita en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2019-00000000325

El Tribunal centra el problema al apreciar que los períodos cotizados a tiempo parcial no se computan completos para los trabajadores que pretende jubilarse con períodos cotizados a tiempo parcial, sino únicamente en proporción a la parcialidad de la jornada que efectivamente se ha trabajado. Para ello se emplee un coeficiente de parcialidad, que pretende reflejar el porcentaje que representa la jornada efectivamente trabajada a tiempo parcial en relación con la jornada desarrollada a tiempo completo. Luego, más tarde, a los días efectivamente cotizados se le aplica un efecto multiplicador del 1,5 para averiguar los días de trabajo que se tienen en consideración para el cálculo de la pensión.

Según el proponente de la cuestión prejudicial esta reglas provocan efectos perjudiciales sobre los trabajadores a tiempo parcial, pues únicamente es técnicamente neutra para aquellos trabajadores a tiempo parcial que realizan su trabajo en un coeficiente de parcialidad igual o superior a dos tercios del tiempo completo comparable.

Puede apreciarse, estadísticamente hablando, que esta reglas de cálculo de la pensión a tiempo parcial se aplican prioritariamente a las mujeres, pues el 75 % de los trabajadores jubilados habiendo trabajado a tiempo parcial son mujeres.

B) Cuestión jurídica debatida

23. El Tribunal proponente de la cuestión formula una pregunta muy directa, si la norma técnica prevista en el art. 247.a) LGSS provoca una discriminación indirecta por razón de sexo.

Lo que pretende esa norma es ‘traducir’ los horas de trabajo a tiempo parcial trabajadas en días cotizados, pues la norma de cálculo de la pensión se proyecta sobre los días completos cotizados, no sobre los días en que se cotizó a tiempo parcial.

Para ello utiliza un criterio, que es el denominado “coeficiente de parcialidad”, que es, básicamente un dato: el porcentaje de jornada realizada a tiempo parcial en relación un trabajador idéntico a tiempo completo comparable. Ese porcentaje de jornada se aplicará sobre todos los períodos de tiempo en los que el trabajador ha estado dado de alta con contratos a tiempo parcial averiguando así el número de días efectivamente cotizados. Al número de días resultante se le aplica el multiplicador del 1,5 previsto en el art. 248.3 LGSS para averiguar los días que se tiene por cotizados para calcular la pensión de jubilación. Ese número de días finalmente cotizados es determinante de la cuantía líquida de pensión que se percibe pues cuanto mayor es más elevado el porcentaje que se aplica sobre la base reguladora, sobre la cuantía económica de lo cotizado.

Lo que cuestiona el Tribunal interno es si esta regla técnica es contraria a las normas enunciadas y, más concretamente si estas normas exigen que el número de años cotizados tenidos en consideración para determinar el porcentaje aplicable para el cálculo de la pensión se determine de la misma manera para los trabajadores a tiempo completo que para los trabajadores a tiempo parcial.

Lo que se cuestiona, en definitiva, es la forma técnica de averiguación del periodo de tiempo cotizado en trabajadores a tiempo parcial.

C) Normativa UE en presencia

24. Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materias de seguridad social.

Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

D) Resolución del Tribunal

25. Descartada la existencia de una discriminación directa (§ 36) el Tribunal de Justicia se centra en apreciar si existe discriminación indirecta, con el propósito de apreciar si las reglas jurídicas, apa-

rentemente neutras, “*sitúan a persona de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo*” (§ 37), para lo que se tiene en consideración las estadísticas que acreditan que la norma “*afecta negativamente a una proporción de personas de un sexo significativamente más alta que la de los personal del otro sexo*” (§§ 38 y 39).

Respetando la competencia del órgano jurisdiccional nacional para apreciar si los datos estadísticos son ciertos (§ 40 y § 45) y si se ha producido una discriminación directa o indirecta (§ 46), parece poco dudoso concluir que la mayoría de trabajadores a tiempo parcial en España son mujeres (§ 42).

El Tribunal subraya por un lado que no se considera contrario al derecho de la Unión la aplicación de una regla de jubilación “*pro rata temporis*” que consienta el abono de pensión de jubilación en cuantía inferior al tiempo completo (§ 50) recuerda, y esta es la clave de bóveda de todo este asunto, que una regla técnica -como la aquí discutida- “*que implique una reducción del importe de una pensión de jubilación de un trabajador en una proporción mayor a la correspondiente a los períodos de ocupación a tiempo parcial no puede considerarse objetivamente justificada por el hecho de que la pensión sea, en ese caso, la contraprestación de una prestación de trabajo de menor entidad*” (§ 51).

El problema en nuestro caso no es que la base reguladora del trabajador a tiempo parcial se calcule en relación con lo cotizado, que como es menor que en un contrato a tiempo completo necesariamente va a resultar menor, sino, sobre todo, y este es el dato normativo controvertido, la aplicación al número de días cotizado del coeficiente de parcialidad, que es el factor que refleja la relación existente entre el tiempo de trabajo a tiempo parcial trabajado en proporción a trabajo realizado por un trabajador a tiempo completo comparable (§ 52). Es claro que la dureza de esta última regla se suaviza multiplicando el número de días cotizados según el coeficiente de parcialidad por 1.5 (§ 53), pero no lo es menos que la utilización de este coeficiente de parcialidad “*va más allá de lo necesario para alcanzar tal objetivo y representa.../...una reducción del importe de la pensión de jubilación superior a la que resultaría únicamente de tomar en consideración su jornada de trabajo pro rata temporis*” (§ 55).

Por ello el Tribunal entiende que efectivamente sí se opone a la normativa comunitaria la norma interna que calcula el importe de la pensión de jubilación de un trabajador a tiempo parcial “*multiplicando una base reguladora.../...por un porcentaje que depende de la duración del período de cotización*” que, a su vez, depende del “*coeficiente de parcialidad*” que se averigua por la relación existente en entra la jornada a tiempo parcial con la del trabajador a tiempo completo comparable, “*en que esta normativa perjudique en particular a las trabajadoras respecto de los trabajadores de sexo masculino*” (58).

E) Apunte final

26. Las cosas mal resueltas mal resueltas están. La problemática de la jubilación a tiempo parcial desde la perspectiva de la normativa comunitaria no es nueva. Sobre este tema ya el Tribunal de Justicia dictó la sentencia de 22 de noviembre de 2012 [C-385/11] *Elbal Moreno c. INSS*, cuya secuela fue la importante S TC 61/2013, de 14 de marzo, cuya doctrina fue afirmada por las SSTC 71/2013 y 72/2013, de 8 de abril, y 116/2013 y 117/2013, de 20 de mayo (a las que hay que añadir su precuela: S TC 253/2004, de 22 de diciembre). La cuestión jurídica sigue siendo la misma, -antes con *Elba Moreno* y ahora con *Villar Láiz*- la aplicación de la regla “*pro rata temporis*” deje descolgadas a las mujeres en el acceso a una pensión digna, por más que el Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial u otras medidas urgentes en el orden económico y social intentara, sin conseguirlo, como vemos, arreglar las cosas.

6. STJUE de 14 de mayo de 2020 [C-55/18] *Federación de Servicios CC.OO. c. Deutsche Bank. Control de la jornada diaria de trabajo, no sólo de las horas extraordinarias*

A) Hechos del litigio principal

27. La cuestión prejudicial ha sido planteada en un conflicto colectivo en el que se debatía la inexistencia de un sistema de control de la jornada diaria realizada por los trabajadores que pudiese acre-

ditar fielmente tanto el horario efectivamente trabajado por cada trabajador, como, en su caso, la práctica de horas extraordinarias (§ 19 y § 22).

El sistema implantado por la empresa sí detecta las ausencias totales a los días de trabajo, así como otras incidencias como las vacaciones y los permisos retribuidos, pero no es operativo en este nivel de detalle.

La norma española interna, el art. 35.5 ET obliga a llevar un cómputo de las horas extraordinarias, pero no a apuntar fielmente el volumen de jornada realizada por cada trabajador, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende que esos sistemas de cómputo de las horas extraordinarias no pueden ser utilizados para el cálculo de la jornada, en la medida en que el ET solo lo habilita para la computación de las referidas horas extraordinarias (§§ 24 y 25).

La Audiencia Nacional expresa sus dudas con respecto a la adecuación al ordenamiento comunitario del referido artículo del ET, apoyándose, básicamente, en dos argumentos. En primer lugar en la existencia de estadísticas fiables que acreditan que en España más de la mitad de trabajadores realizan horas extraordinarias que no se registran y, en segundo lugar, que existen informes del Ministerio de Empleo que indican que para combatir esa práctica perniciosa es necesario poder contar con un instrumento fiable de medición de la jornada del trabajador.

Entiende, más concretamente, que la interpretación que realiza el Tribunal Supremo de la exigencia de apuntar únicamente las horas extraordinarias *“priva en la práctica, por un lado, a los trabajadores de un medio probatorio esencial para acreditar que su jornada laboral ha superado la duración máxima del tiempo de trabajo y, por otro, a los representantes de aquellos de un medio necesario para comprobar si se respetan las normas aplicables en la materia, lo que comporta dejar en manos del empresario el control del cumplimiento de la jornada laboral y de la observancia de los períodos de descanso”* (§ 26).

B) Cuestión jurídica debatida

28. Se cuestiona si la normativa española de control de las horas extraordinarias es suficiente para garantizar las limitaciones de la duración de la jornada queridas por las normas comunitarias (§ 28), preguntando adicionalmente si no cabe deducir de dichas normas comunitarias la exigencia de implementar empresarialmente un mecanismo *“de registro de la jornada diaria efectiva de trabajo”*, con el propósito de garantizar *“garantizar el respeto efectivo de la duración máxima del tiempo de trabajo semanal y de los períodos mínimos de descanso diaria y semanal”* (§ 46).

C) Normativa UE en presencia

29. Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.

D) Resolución del Tribunal

30. El Tribunal entiende que la normativa comunitaria se opone a una norma nacional que *“no impone a los empresarios la obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador”* (§ 72).

Para llegar a esa conclusión parte de la necesaria eficacia general de los mecanismos de limitación de la jornada de trabajo (§ 30 y § 33) y de las medidas dirigidas a mejorar las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores (§ 36), relacionando ambos aspectos con la salud laboral y la prevención de riesgos laborales (§ 37), y siendo conscientes de la dificultad que experimenta el trabajador para disfrutar

efectivamente de las limitaciones horarias establecidas sin la implementación de sistemas objetivos de control (§§ 47 y 48). Dificultad que no se aminora porque el ordenamiento laboral prevea un mecanismo de cómputo de las horas extraordinarias (§ 52).

En definitiva que “*sin un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador, nada garantiza.../...que se asegure plenamente a los trabajadores el respeto efectivo del derecho a la limitación de la duración máxima del tiempo de trabajo y a períodos mínimos de descanso...*” (§ 58), por lo que se patrocina que los Estados miembros impongan “*a los empresarios la obligación de implantar un sistema objetivo, fiable y accesible que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador*” (§ 60), enmarcándose dicha exigencia en los propósitos generales de las normas comunitarias de limitación de jornada y protección de la salud laboral (§ 62). Obviamente, corresponde a cada estado miembro definir “*los criterios concretos de aplicación de tal sistema*” (§ 63)

E) Apunte final

31. El problema cuestionado perdió interés tras la promulgación del Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo. Dicha norma incorpora en el art. 34.9 ET un sistema “*de registro diario de jornada*”, que necesariamente debe incluir la concreción del “*horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora*”. No exento de problemas y dificultades la verificación del tiempo de trabajo ha pasado de proyectarse hacia toda la jornada, lo cual favorece la conciliación de la vida personal y familiar, garantizando el cumplimiento en sus propios términos de las obligaciones que dimanen del contrato de trabajo.

Una sentencia que hubiera tenido una mayor proyección y operatividad en ausencia de respuesta normativa, pero que refuerza la opción política legislativa implantada.

7. ATJUE de 12 de junio de 2019 [C-367/18] *María Teresa Aragón Carrasco y otros c. Administración del Estado*. No indemnización por extinción de contratos eventuales de confianza

A) Hechos del litigio principal

32. La cuestión prejudicial comunitaria se plantea en un pleito por la denegación del abono de una indemnización por el cese “*libre*” de las funciones que ejercían los pleiteantes como “*personal eventual*” con destino en los gabinetes de Presidencia, Vicepresidente y miembros del Consejo General del Poder Judicial (§ 15).

Tras solicitar la indemnización que según el ET corresponde a todos los trabajadores temporales que ven extinguido su contrato de trabajo y ver denegada su reclamación por el propio CGPJ, interponen el correspondiente procedimiento jurisdiccional impugnando dicho acuerdo en la vía Contencioso-Administrativa.

B) Cuestión jurídica debatida

33. Los pleiteantes entienden que la negativa a indemnizar a los trabajadores eventuales por cese de la relación laboral “*constituye una discriminación entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos*” (§ 17), citando como criterio de autoridad la STJUE de 14 de septiembre de 2016 [C-596/14] *De Diego Porras*.

La particularidad de este caso es que la cesación de los contratos se ha debido a “*razones propias de los trabajadores con contrato de duración determinada*” (§ 18), cuestionando si estos trabajadores “*pueden quedar excluidos de la indemnización concedida con ocasión del vencimiento del término por el que se celebraron los contratos de duración determinada*” (§ 19).

El Tribunal proponente de la cuestión se expresa en comentar y precisar qué tipo de funciones realizan los trabajadores eventuales, dedicados no sólo a funciones prestaciones básicas, sino que asumen “*funciones de gobierno que desarrollan determinados órganos del Estado*” implicando “*el ejercicio de funciones que, por requerir un nivel de confianza o unos conocimientos especiales, aconsejan una singular vinculación personal con el titular del órgano de gobierno que recibe la colaboración o acudir directamente a las personas que garanticen dichos conocimientos especiales*” (§ 20).

Pregunta, en esencia, si la normativa comunitaria se opone a la norma española que permite el libre cese sin indemnización de este tipo de personal eventual, entendiendo discriminatorio dicho trato en relación al dispensado a otros trabajadores temporales (§ 24).

C) Normativa UE en presencia

34. Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el Trabajo de Duración Determinada.

D) Resolución del Tribunal

35. El Tribunal de Justicia aprecia que la normativa comunitaria no se opone a la normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna con ocasión del cese libre del personal eventual que ejerce sus funciones de confianza o asesoramiento. Se entiende que no es una situación idéntica a la que acontece con el personal laboral fijo con ocasión de la extinción de su vínculo por causa objetiva (§ 61).

Tras recordar la vigencia del principio de no discriminación entre trabajadores con contrato de duración determinada en relación con otros empleados con contratos por tiempo indefinido (§ 26 y § 31), recuerda que, en realidad, estamos en presencia de trabajadores de la Administración Pública con contratos de duración determinada (§ 33) que han sido cesados de manera libre, cuestión sobre la que hay jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia, por lo que se puede resolverse la cuestión prejudicial mediante auto (§ 29), que es lo hace (§ 30).

Subraya que el principio de no discriminación exige que no se trate de manera diferente a trabajadores en situaciones comparables (§ 34), por lo que procede analizar si efectivamente ambas situaciones son comparable, para lo que procede analizar “*la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales*” (§ 35).

Es el Tribunal remitente de la cuestión el único competente para determinar si estamos en presencia de situaciones comparables entre los trabajadores eventuales cesado libremente y los contratados por esas misma Administración Pública de manera fija (§ 37), porque si apreciase que las funciones “*no eran idénticas o similares*” (§ 39) debería apreciar que ambas situaciones no son comparables. Posteriormente deberá apreciarse, en caso de que efectivamente existen diferencias de trato, si estas diferencias se encuentran objetivamente justificadas (§ 41).

Sobre este punto aprecia que los trabajadores eventuales “*no pueden albergar ninguna expectativa legítima en lo que respecta a la estabilidad de su relación de servicio, dado que son plenamente conscientes, desde el momento de su nombramiento, de la existencia de la posibilidad de ser cesados libremente en sus funciones, así como del hecho de que dicha relación concluirá, a más tardar, al final del mandato de dicha autoridad*” (§ 43).

Aprecia, por último, que el contexto en el que se produce el cese de estos trabajadores eventuales es sensiblemente diferente al que procede con la extinción de los trabajadores fijos (§ 44), por lo que el abono de la indemnización para los trabajadores fijos sí constituye “*una razón objetiva que justifica la diferencia de trato*” discutida (§ 47), por lo que se concluye que no existe contradicción del ordenamiento comunitario de la norma interna (§ 48).

E) Apunte final

36. La convivencia de diferentes modalidades contractuales para la realización de un trabajo idéntico o similar suele generar diferencias de trato proclive a judicializar las extinciones producidas. El problema técnico no es la diferencia de trato que puede propiciar esa judicialización. No se trata de centrar el punto de atención en encontrar y justificar la diferencia de trato. Lo razonable, lo procedente desde un punto de vista laboral, sería que no nos encontrásemos en situaciones comparables. Es decir, que se negase el primer término de comparación. Diferentes actividades laborales se encuentran servidas por diferentes tipos de contratos. Lo esencial, por tanto, es diferenciar claramente el tipo de funciones de las que se encargan los trabajadores eventuales en relación con los fijos que trabajan para la misma Administración Pública. Con ello se conseguiría evitar los problemas de comparación que suele provocar la contratación eventual.

8. STJUE de 20 de junio de 2019 [C-72/18] *Daniel Ustariz Aróstegui c. Dto. Educación Gobierno de Navarra*. La percepción de un complemento retributivo en el sector de la enseñanza sólo por funcionarios es contrario a la normativa comunitaria

A) Hechos del litigio principal

37. El trabajador que da nombre a la resolución trabajaba, desde 2007, para el empleador con un contrato de derecho administrativo de duración determinada en varios centros docentes. En 2016 solicita el abono con efectos retroactivos de cuatro años del “*complemento retributivo del grado*” que perciben únicamente los profesores funcionarios con la misma antigüedad, según la norma autonómica que lo regula (§ 15). Tras ver desestimada su pretensión en vía administrativa recurre jurisdiccionalmente.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo competente entiende que el recurrente sí cumple con los requisitos objetivos de la convocatoria del complemento, pero “*no cumple el requisito subjetivo relativo a la condición de funcionario*” (§ 19), aunque repara en que “*no existe ninguna diferencia entre las funciones, los servicios y las obligaciones profesionales asumidos por un profesor funcionario y los asumidos por un profesor contratado*” en régimen de derecho Administrativo (§ 20).

B) Cuestión jurídica debatida

38. El Magistrado pregunta, en esencia, si la norma patria que reserva el percibo del complemento económico únicamente a los funcionarios se opone a la norma comunitaria, o si, por el contrario, dicho complemento constituye una retribución de la carrera profesional propia y exclusiva de los funcionarios.

C) Normativa UE en presencia

39. Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el Trabajo de Duración Determinada.

D) Resolución del Tribunal

40. El Tribunal de Justicia entiende que la norma autonómica que reserva el derecho a un complemento retributivo únicamente a los funcionarios de carrera, excluyendo a los trabajadores contratados en otro régimen (Administrativo, en este caso) es contraria a la normativa comunitaria

El Tribunal de Justicia afirma, después de recordar que la no discriminación en las condiciones de trabajo es un principio del derecho comunitario (§ 23) y que las cuestiones salariales se consideran condición de trabajo (§ 25), que el hecho de que el único requisito objetivo para el percibo del complemento sea “*haber cubierto un tiempo de servicio*” determina que “*este se abona precisamente por razón de la relación de servicio*” (§ 27).

Las líneas de defensa del Gobierno de Navarra y del Gobierno Español muestra hasta qué punto falta camino por recorrer en estas cuestiones, pues se centran, respectivamente, en afirmar que efectivamente el complemento está previsto únicamente para funcionarios (§ 29 y § 42) y que del complemento también están excluidos los “docentes empleados por tiempo indefinido” (§ 30).

La línea argumentativa el Tribunal pasa, como en otros casos similares a este, en cuestionar si estamos en presencia de situaciones comparables (§ 33), y si, una vez afirmado que efectivamente se está en presencia de situaciones comparables, si existe alguna razón objetiva que justifica la diferencia de trato (§ 39).

El Tribunal precisa que los Estados sí pueden, en usos de sus competencias, establecer requisitos de antigüedad para acceder a determinados puestos de trabajo (§ 43) pero implementar “un requisito genérico y abstracto según el cual una persona debe ser funcionario de carrera para poder tener derecho a una condición de trabajo como la controvertida en el litigio principal, sin que se tomen en consideración, especialmente, la naturaleza particular de las tareas que se han de realizar ni las características inherentes a ellas, no se corresponde con las exigencias de la jurisprudencia” comunitaria evacuada en relación a la Directiva de tiempo de trabajo determinada alegada (§ 44).

En definitiva, se entiende que no existe “*ninguna razón objetiva*” que permita “justificar la exclusión de los contratados administrativos que hayan cubierto el tiempo de servicios requerido del derecho al complemento retributivo controvertido” (§ 49).

E) Apunte final

41. La implementación de determinados complementos económicos que sólo tengan en consideración el tiempo de permanencia en la empresa debe, razonablemente, beneficiar a todos los trabajadores que cumplan objetivamente dichas condiciones temporales, sin reparar en las particularidades del sistema de contratación de dichas funciones, sea en régimen de derecho Administrativo, laboral o funcional. O dicho de otra manera, si lo que se pretende es implementar un complemento retributivo que sólo alcance a los funcionarios debe organizarse desde los diferentes tipos de actividades profesionales que ellos realicen: responsabilidad, organización del servicio, etc., no desde parámetros objetivos que puedan cumplir otros trabajadores de diferente tipo.

9. STJUE de 20 de junio de 2019 [C-404/18] *Jamina Hakelbracht y Tine Vandenbon c. WTG Retail BVBA*. Tutela antidiscriminatoria refleja por embarazo a testigos del proceso de contratación

A) Hechos del litigio principal

42. La cuestión prejudicial que resuelve esta sentencia tiene por objeto la concesión de una indemnización por despido en el ordenamiento jurídico belga. La señora Vandebon es empleada de WTG y en dicha condición entrevista a la señora Hakelbracht para un puesto de trabajo en junio de 2015 en cuyo desarrollo comenta que se encuentra embarazada. A pesar de ello entiende que es la candidata idónea para el puesto e informa a la mercantil WTG de ello. La gestión administrativa de la contratación informa a la señora Vandenbon que no va a ser contratada “*debido a su embarazo*” (§ 11).

La señora Vandenbon informa su empresa de que la ley belga prohíbe que se rechace una contratación por esta circunstancia (§ 12), pasando posteriormente a informar a la señora Hakelbracht de que no ha sido contratada precisamente por encontrarse embarazada. Acto seguido la señora Hakelbracht se pone en contacto con WTG informando a la mercantil de que va a recurrir la decisión de no contratarla,

al entenderla irregular. Después de una entrevista con el responsable de WTG (§ 15) en octubre de 2015 decide interponer acciones legales contra la empresa.

En abril de 2016 la señora Vandebon fue despedida por WTG (§ 17). En la reclamación que intima la trabajadora la empresa WTG justifica la extinción en motivos estrictamente laborales.

Tanto la señora Vandebon como la señora Hakelbracht intiman de la empresa WTG el abono de una indemnización a tanto alzado en la cuantía de seis meses de salario. No se alcanza un acuerdo y se acude a los tribunales. En el procedimiento jurisdiccional se acredita que la señora Hakelbracht ha sufrido una “*discriminación directa por razón de sexo*” por lo que se le otorga una indemnización reparadora (§ 19).

La pretensión de la señora Vandebon se justifica en la norma interna Belga de lucha contra la discriminación entre hombre y mujeres que entiende como una medida perjudicial “*la ruptura de la relación laboral*” (§ 9) entendiéndolo que ha sido su condición de testigo en el expediente extintivo de la señora Hakelbracht el que ha propiciado la extinción unilateral por parte del empresario de su contrato de trabajo (§ 20). El Tribunal proponente de la cuestión prejudicial aprecia que no se dan, según la definición que emplea la norma Belga, las condiciones para amparar a la señora Vandebon como testigo, pues esta “*no puede presentar ningún documento fechado y firmado relativo a su testimonio*” (§ 20).

B) Cuestión jurídica debatida

43. El Tribunal Belga se pregunta si la protección dispensada por la norma Belga no es más restrictiva que la Comunitaria que, en su opinión, protege no sólo a los “*testigos oficiales*” sino que también debe “*extenderse a las personas que defiendan o apoyan a la persona que ha presentado una reclamación por discriminación por razón de sexo*” (§ 21).

La cuestión prejudicial pregunta si la norma comunitaria se opone a la nacional con concede protección a las personas que intervengan como testigos “*exclusivamente a las personas que.../...ponen en conocimiento de la persona contra la que se han presentado la reclamación, en un documento firmado y fechado, los hechos que ellas mismas han visto u oído*” (§ 22).

C) Normativa UE en presencia

44. Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

D) Resolución del Tribunal

45. El Tribunal de Justicia aprecia que la normativa comunitaria sí se opone a la nacional que solamente protege al trabajador testigo que ha prestado apoyo en un procedimiento de discriminación por razón de sexo de manera formal, considerando, en definitiva, que la tutela antirepresalia también alcanza al tipo de testimonio prestado en este procedimiento (§ 38).

Considera el Tribunal, en primera lugar, que la no selección de la candidata al puesto de trabajo por estar embarazada efectivamente debe considerarse como un trato menos favorable (§ 25), precisando que la categoría de trabajadores que pueden acogerse a la norma comunitaria debe entenderse en sentido amplio, incluyendo “*a todos los trabajadores que pueden ser objeto de medidas de represalia tomadas por el empresario como reacción a una reclamación presentada por una discriminación basada en el sexo*” (§ 27), interpretación amplia que se ve corroborada por el objetivo de la propia norma comunitaria (§ 30).

Precisa el Tribunal que la norma comunitaria que pretende la eliminación de las discriminaciones laborales basadas en el sexo carecería de eficacia si no “*cubriera las medidas que un empresario podría tomar contra trabajadores que, de manera formal o informal, hubieran defendido a la persona protegida o hubieran declarado como testigos a su favor*” (§ 34)

E) Apunte final

46. La consecuencia que se extrae de la resolución es que la tutela antidiscriminatoria pretendida por las normas -comunitarias y nacionales de los estados miembros- así como las garantías jurídico técnicas implementadas para la protección de los trabajadores puede abarcar no sólo a los trabajadores o trabajadores directamente susceptibles de ser discriminados por sus circunstancias (personales, culturales, sociales, etc.) sino también a quienes coadyuvan a la consecución de los objetivos de las antidiscriminatorias, especialmente los testigos o cooperadores del empresario en el ámbito laboral.

La doctrina recuerda ligeramente a la que en similar sentido se deduce de la STJUE de 17 de julio de 2008 [C-303/06] *Coleman c. Attridge Law y Steve Law*, en un supuesto de discriminación por discapacidad a una trabajadora que no era discapacidad pero sí tenía un hijo que sí era discapacitado, precisando que el ámbito de protección de la norma también alcanza a quien no siendo discapacitado tiene que ocuparse de un familiar que sí lo es. Una especie de tutela ‘refleja’ que ahora se reitera para otros sujetos no amparados directamente por la norma.

10. STJUE de 11 de septiembre de 2019 [C-397/8] DW c. Nobel Plasquiques Ibérica. Absentismo por motivos de discapacidad y despido por faltas de asistencia al trabajo

A) Hechos del litigio principal

47. El caso que resuelve esta resolución ha perdido toda su importancia, porque el legislador español ha derogado en febrero de 2020 el precepto que regulaba la modalidad de despido cuestionada en esta resolución.

Con todo la explicación de que ha sucedido tiene interés y relevancia, sobre todo para encajar y comprender la trascendencia de la modificación legislativa y explicar el devenir de los acontecimientos jurídicos que se sucedieron³.

La sentencia objeto de comentario resuelve una cuestión prejudicial planteada por el JS núm. 3 de Barcelona mediante auto de 30 de mayo de 2018 en un litigio por despido por causas objetivas entre la trabajadora DW y la empresa *Nobel Plastiques*.

La trabajadora DW fue contratada por *Nobel Plastiques Ibérica* en 2004. Siete años más tarde se le diagnosticó epicondilitis, dolencia de la que fue intervenida al año siguiente. La lesión tiene la consideración de enfermedad profesional, y desde que enfermó se la ha reconocido como “*trabajadora especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo*” según las previsiones de la LPRL.

Desde la fecha en la que enfermó hasta 2014 la trabajadora estuvo en varias ocasiones en incapacidad temporal, diagnosticándole también algunos episodios de “*trastorno de ansiedad*” relacionados con su dolencia. En varias ocasiones intimó tanto al servicio médico como a la empresa que se adecuara su puesto de trabajo a la condición física que padecía, no obteniendo una respuesta satisfactoria.

La empresa formaliza un despido por causas objetivas, en cuyo devenir jurisdiccional se plantea la cuestión prejudicial ahora resuelta por la sentencia objeto de comentario.

³ Un comentario a la resolución puede verse en A.ARIAS DOMÍNGUEZ, “¿Puede ser considerada persona con discapacidad la trabajadora que tiene la consideración de especialmente sensible frente a los riesgos derivados del trabajo?”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 8/2019, en el sitio web: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2019-00000000706

B) Cuestión jurídica debatida

48. Concretamente se cuestiona si el concepto de “*trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos*”, en la caracterización técnica que se deduce del art. 25 LPRL, es asimilable al concepto de “*discapacidad*” que emplea la Directiva 2000/78. Porque si efectivamente tuviese esa consideración su inclusión en el expediente extintivo quedaría en entredicho.

Desde otro punto de vista, aunque inextricablemente unido con esta argumentación, también se cuestiona la validez de los criterios que se han implementado por la empresa para determinar qué trabajadores van a ser incluidos en dicho expediente, especialmente si tienen en consideración los elementos que se relacionan con los ajustes razonables que debían proporcionarse para facilitar la adaptación al puesto de trabajo de trabajadores especialmente sensibles a los riesgos laborales. El Magistrado proponente de la cuestión asume que uno de los criterios utilizados, el referido al puesto de trabajo que desarrolla, es objetivo y neutro, y no provoca discriminación alguna. Sin embargo los otros tres empleados (el relativo a la productividad durante el año 2016, el referido a la polivalencia en el puesto de trabajo, y el que mide el nivel de absentismo en el año 2016) sí pueden provocar -a su juicio- una discriminación indirecta.

Plantea, en definitiva, cuatro cuestiones prejudiciales, reconducibles a las dos principales siguientes.

En primer lugar, si puede ser considerada persona con discapacidad (desde la perspectiva de la aplicación de la Directiva 2000/78) la persona trabajadora calificada como especialmente sensibles a los riesgos del trabajo.

Y, para el supuesto de que efectivamente así se considerase, plantea el proponente otras tres cuestiones, reconducibles a un único enunciado, que es como lo resuelve la sentencia comentada: ¿Constituye un acto de discriminación la decisión de despedir a una trabajadora (por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción), cuando tiene reconocida una discapacidad precisamente por haber sido categorizada como especialmente sensible a los riesgos laborales por causa de las dolencias físicas que le han provocado períodos de ausencias por baja médica antes del despido?.

C) Normativa UE en presencia

49. Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

D) Resolución del Tribunal

50. El Tribunal entiende que el trabajador especialmente sensible a los riesgos laborales solo se considera trabajador discapacitado desde la óptica de la Directiva 2000/78 en el caso de que el estado de salud implique una limitación de su capacidad que puedan impedir la participación plena y efectiva del trabajador en la vida profesional en igualdad de condiciones con otros trabajadores, correspondiendo al órgano jurisdiccional nacional corroborar si en el asunto sometido a su jurisdicción concurren tales circunstancias.

La concreción de los elementos que se tienen en consideración para la determinación de los trabajadores especialmente sensible a los riesgos del trabajo se organizan sobre parámetros diferentes a los que se emplean para apreciar la discapacidad del sujeto, por lo que la equiparación de ambas situaciones jurídicas no es del todo homogénea, de lo que seduce que no siempre y en todo caso el trabajador especialmente sensible tiene que ser considerado persona con discapacidad desde la perspectiva de la Directiva europea.

Los cuatro criterios implementados empresarialmente para organizar el despido por circunstancias económicas técnicas organizativas y de producción son aparentemente neutros. Sin embargo uno de ellos, el relacionado con el absentismo, puede, indirectamente, dañar al trabajador discapacitado ya que este tipo de trabajadores están más expuestos al riesgo de tener un índice elevado de absentismo que un trabajador sin discapacidad. También el criterio que se relaciona con la productividad está en cuestión

pues, por la misma razón, los trabajadores discapacitados tienen limitaciones que pueden concretarse en una menor productividad.

La Directiva exige, por último, que el empresario realice ajustes razonables para permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, mantenerlo y desarrollarlo sin limitaciones, siempre que eso no suponga “una carga excesiva para el empresario”, circunstancia cuya apreciación corresponde al juez nacional.

E) Apunte final

51. La doctrina que emana de esta resolución ha perdido todo su interés tras la promulgación del Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero, por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

A pesar de que la operatividad del motivo se integraba por más causas que la enfermedad del trabajador y del rol que jugaba de contención del absentismo en la empresa la fuerza política de una promesa electoral obró el efecto. Probablemente los acontecimientos se precipitaron tras la desafortunada STC 118/2019, de 16 de octubre. En ella, dictada en un caso completamente diferente a éste, se mantiene, básicamente, que la posibilidad de extinguir un contrato de trabajo por enfermedad del trabajador encuentra acomodo constitucional en la salvaguarda de la productividad de la empresa. No es una resolución muy afortunada, no tanto por la conclusión a la que llega, la constitucionalidad del despido objetivo por absentismo, sino por la argumentación que emplea, que no es la más afortunada.

Con la derogación del art. 52.d) ET se conseguían, en definitiva, dos objetivos: canalizar el rédito político de la lucha contra la reforma laboral de 2012, sabiamente orquestada por los medios periodísticos gubernamentales a pesar de constituir una abierta mentira jurídica, y detener la imaginaria Lawfare que había comenzado, según las imaginaciones calenturientas gubernamentales, el Tribunal Constitucional. El embuste jurídico tendrá el recorrido que dure el reconocimiento como despido improcedente de las extinciones basada por estas causas, porque el legislador no quiso considerar a este supuesto como un caso de nulidad del despido. Eso sí hubiera tenido eficacia para la consecución del objetivo político que se decía perseguir, aunque hubiera sido difícil orquestarlo técnicamente y venderlo mediáticamente. El análisis de su operatividad para el mercado de trabajo poco importa, pero a lo más que se ha llegado es a encarecer la extinción por enfermedad del trabajador.

11. STJUE de 18 de septiembre de 2019 [C-366/18] *Ortiz Mesonero c. UTE Luz Madrid*. Adscripción a turno de trabajo para la conciliación de la vida familiar y laboral

A) Hechos del litigio principal

52. El señor Ortiz Mesonero trabaja para la mercantil UTE Luz Madrid. Solicita de su empresa el establecimiento de un horario de trabajo fijo para poder dedicarse al cuidado de sus hijos, pues la empresa ha implementado, con carácter general, un régimen de trabajo a turnos en tres turnos en el que el demandante va rotando en un horario variable (§ 15).

El trabajador solicita, en definitiva, que se le adscriba “*exclusivamente en el turno de mañana*” con las mismas condiciones salariales y el mantenimiento del mismo volumen de horas de trabajo, siendo denegada su solicitud por el empresario (§ 16) e interponiendo seguidamente el correspondiente procedimiento judicial en el curso del cual se ha planteado la presente cuestión prejudicial.

De manera un tanto peculiar el juez competente muta el objeto de la pretensión (*uria novit curia*) y en vez de resolver el asunto sometido a su jurisdicción con apoyo en el art. 34.8 ET alegado por el trabajador que trata de organizar la distribución de jornada, entiende que lo que el demandante solicita, en realidad, es una reducción de jornada regulada en el art. 37.6 ET con el objeto de conciliar vida familiar y laboral (§§ 18 y 19), pues aprecia que el ordenamiento patrio no permite acoger una

pretensión como la intimada por el demandante, es decir que el ordenamiento no regula la adscripción a un régimen concreto del sistema de turnos por motivos familiares sin llevar aparejada, siempre y en todo caso, una reducción de jornada, con la consiguiente reducción del salario (§ 20). Se trata, por tanto, de un problema de ausencia de regulación, de una cuestión no regulada en la Ley, a la que, dicho sea de paso, tampoco el Convenio Colectivo dedica atención alguna regulando, como puede hacerlo, la forma técnica de satisfacer esa necesidad de conciliar vida familiar y trabajo.

El órgano jurisdiccional aporta a la cuestión que plantea estadísticas sobre el volumen de varones que solicitan medidas laborales de conciliación (§ 21) con el objeto de cuestionar si la aplicación técnica de la norma española provoca una discriminación indirecta por razón de sexo (§ 22).

B) Cuestión jurídica debatida

53. El problema jurídico debatido versa sobre si se opone a la normativa comunitaria una norma como la nacional que no permite la adscripción directa a un determinado turno de trabajo para la conciliación de la vida familiar y laboral sin que deba para ello reducirse obligatoriamente la jornada ordinaria de trabajo (§ 25).

C) Normativa UE en presencia

54. Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE.

D) Resolución del Tribunal

55. Después de rechazar la queja de inadmisibilidad planteada por el Gobierno Español (§ 26), y de declarar inadmisibile la cuestión relativa a la discriminación indirecta por razón de sexo (§ 40), el Tribunal de Justicia afirma que la Directiva sobre permiso parental no se aplica a un supuesto como el debatido en este procedimiento (§ 53).

Básicamente aprecia que la normativa de la Unión invocada tiene como presupuesto de operatividad que el trabajador “*se encuentre en una situación de reincorporación de un permiso parental*” (§ 47), siendo importante subrayar que las normas comunitarias no regulan de manera expresa la cuestión aquí controvertida, es decir, la adscripción a un turno fijo para conciliar vida familiar y laboral cuando el “*régimen de trabajo habitual es un régimen de turnos con horario variable*” (§ 48).

Pues bien, es evidente que el trabajador no se ha ‘reincorporado’ tras el disfrute de un permiso parental, y también lo es que la normativa de la Unión no regula la situación comprometida.

E) Apunte final

56. El resultado al que llega la resolución objeto de comentario necesariamente es insatisfactorio. Deja imprejuzgada una cuestión muy concreta que provoca un desarreglo en la conciliación del trabajador. No sólo no da satisfacción al demandante en una pretensión de lo más razonable, sino que la argumentación que emplea es pobre y de vuelo corto. Pobre por su escasez y falta de desarrollo. De vuelo corto porque necesariamente, a no mucho tardar, tendrá que asumir que a este tipo de pretensiones tiene que dar respuesta, incluso aunque la normativa comunitaria no las regula de manera concreta y precisa.

Porque desde el punto de vista de la normativa comunitaria no parece razonable que no se conteste al fondo de la cuestión basándose en que las normas de protección de los permisos parentales sólo son aplicables a los trabajadores que se reincorporen al trabajo tras el disfrute de los permisos previstos en las normas. Básicamente porque lo que está pidiendo el trabajador es, precisamente, el disfrute de un derecho de conciliación. Y a esta cuestión el Tribunal responde, sin más, afirmando que esta no es una cuestión regulada en la normativa comunitaria. No parece razonable que en una jurisprudencia tan creativa como la del Tribunal de Justicia no se encuentre un asidero conceptual, una exposición de motivos, un precedente jurisprudencial al que agarrarse para construir un argumentario más desarrollado, más completo, que permite, cuanto menos, volver a plantear la cuestión desde otro punto de vista, desde otra perspectiva, en una futura cuestión prejudicial nueva.

Desde el punto de vista del derecho nacional cuestionado llama la atención que la alegación del trabajador no haya justificado su pretensión en el principio de adaptación del trabajo a la personal del trabajador, incluido en el art. 36.5 ET, de mucho juego dogmático aunque de escaso desarrollo práctico. Es cierto que la norma patria no

Es importante precisar que la regulación que contiene los derechos de los trabajadores a los permisos laborales retribuidos, básicamente el art. 37 ET también se dedica a regular reducciones de jornadas por motivos familiares. Quizá el nuevo ET debiera organizar esta materia diferenciando ambas instituciones, para facilitar la operatividad de las nuevas realidades laborales que al regularse de forma conjunta dificulta un tanto la aplicación de situaciones no previstas expresamente.

Por último conviene subrayar el rol que el convenio colectivo juega en la determinación de este tipo de derecho, pobre en este caso concreto, pero insuficiente en la mayoría de ocasiones. Aunque es una materia tradicional no suelen contener innovaciones importantes en esta cuestión.

12. ATJUE de 15 de octubre de 2019 [C-439/18 y C-472/18] OH y ER c. AEAT. Devengo de trienios de fijos-discontinuos

A) Hechos del litigio principal

57. La cuestión prejudicial que se resuelve mediante el siguiente auto ha surgido en un litigio (entre las partes identificadas) con ocasión del cálculo de la antigüedad como trabajadoras fijas-discontinuas a efectos de percibir trienios como complemento económico relacionado con la antigüedad en la empresa. Es de destacar que AEAT es una empresa pública y que cuenta con un convenio colectivo que regula la figura de los trabajadores fijos-discontinuos así como el complemento económico cuestionado.

Ambas trabajadoras (OH y ER) fueron contratadas bajo la modalidad contractual de referencia para un determinado período de tiempo (campana de la renta), contratación que se repetía cada año. En mayo de 2015 presentaron ambas reclamaciones con el objeto de que se les reconociera la antigüedad “*los efectos de la adquisición del derecho a percibir trienios.../...y en consecuencia a una promoción económica y profesional*” (§ 18.)

Las solicitudes fueron denegadas en vía administrativa, básicamente por entender que el Convenio Colectivo aplicable excluía expresamente “*los períodos no trabajados*” de los trabajadores fijos discontinuos del cómputo de la antigüedad.

La pretensión de tutela jurisdiccional de su derecho fue rechazada en primera instancia, recurriéndose en suplicación, en cuyo procedimiento se plantea la cuestión prejudicial ahora resuelta.

El Tribunal nacional cuestiona la aplicación a este caso de la regla *pro rata temporis* contenida en el Convenio Colectivo aplicable, según la cual los efectos retributivos y promocionales de la antigüedad en la empresa de los trabajadores a tiempo parcial con distribución de su jornada anualmente debe atenderse única y exclusivamente “*al tiempo de prestación de servicios*” (§ 23). La cuestión consiste en determinar si la antigüedad debe abarcar todo el tiempo de permanencia en la empresa, aunque por su modalidad contractual hayan existido períodos de no actividad laboral.

Aprueba el Tribunal, más como complemento de la argumentación y seguramente para dar cabida a la tutela antidiscriminatoria, que de las estadísticas sobre trabajadores de esta modalidad contractual

puede deducirse una discriminación indirecta, pues son muchas más mujeres que hombres las contratadas bajo la misma (§ 22).

B) Cuestión jurídica debatida

58. El problema jurídico básico consiste en determinar si para el percibo de los complementos económicos relacionados con la antigüedad debe computarse únicamente el período de tiempo efectivamente trabajado o si, por el contrario, debe computarse la totalidad del tiempo transcurrido desde el comienzo de la relación laboral (§ 20), porque se constata que para los trabajadores a tiempo completo la antigüedad se data en el momento del comienzo de la relación laboral, mientras que para los contratados a tiempo parcial sólo se tiene en cuenta para dicha antigüedad los períodos de tiempo efectivamente trabajados (§ 36 y §§ 37 y 38).

C) Normativa UE en presencia

59. Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES.

Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

D) Resolución del Tribunal

60. El Tribunal de Justicia tiene claro que la normativa de la Unión sí se oponen a una normativa y a una práctica empresarial que para los trabajadores fijos discontinuos computa la antigüedad requerida para lucrar complementos económicos teniendo presente únicamente “*los períodos efectivamente trabajados*”, excluyéndose “*los períodos en los que no se ha trabajado*” si esa consecuencia (normativa y práctica) no se predica para “*el caso de los trabajadores a tiempo completo*” (§ 51, y § 64).

El Tribunal resuelve por auto porque la normativa procesal comunitaria indica que esa es la fórmula técnica de resolución “*cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que el Tribunal ya haya resuelto*” (§ 24).

Se considera fundamental apreciar que esta forma de cómputo de la antigüedad no se emplea para los trabajadores contratado “*a tiempo completo*” (§ 26). Obviamente se parte de la base de que los complementos económicos debatidos en este procedimiento constituyen, efectivamente, una condición de empleo (§ 30).

El Tribunal procede a analizar si la exclusión del cómputo de la antigüedad de los períodos no trabajados de estos trabajadores a tiempo parcial constituye un trato “*menos favorable*” que los trabajadores a tiempo completo que se encuentran en situación comparable (§ 32). Aprecia que, en realidad, ejercen un trabajo idéntico y requieren idénticas condiciones formativas para realizarlo (§ 34), por lo que no se duda de que, efectivamente, los trabajadores a tiempo parcial se encuentran en situación comparable con los contratados a tiempo completo (§ 35).

El Tribunal entiende, en un requiebro no fácil de apreciar, que aunque ya ha evacuado jurisprudencia que permite en casos similares a este “*una reducción proporcionada de sus derechos a un componente de la retribución*” (§ 42) la regla *pro rata temporis* “*no es aplicable a la determinación de la fecha de adquisición de un derecho a un componente de la retribución, en la medida en que esta depende exclusivamente de la duración de la antigüedad adquirida por el trabajador*” (§ 43)

Lo esencial es entender que el complemento económico debatido tiene en consideración la antigüedad en el trabajo no la cantidad de actividad laboral realizada (u otras condiciones), por lo que el Tribunal no se opone a que, como se precisa, puedan existir diferentes complementos económicos que

premien la intensidad de trabajo o la dedicación. Lo que proscribe es que el que tiene en cuenta la antigüedad compute de diferente manera según el tipo de contrato de que se trate, indefinido o a tiempo parcial. No hay, por tanto, razones objetivas que justifiquen esta diferencia de trato (§§ 46 y 50).

El Tribunal también asume, con argumentaciones muy conocidas que no es necesario destacar en este momento, que la medida normativa y la práctica empresarial erosionan el principio de igualdad de trato en perjuicio de las mujeres (§ 59) al poder apreciarse que la medida normativa que regula el complemento retributivo, aunque bien es cierto que redactado de forma neutra, perjudica “*de hecho a un número mucho mayor de mujeres que de hombres*” (§ 54).

E) Apunte final

61. Lo que pretende asegurar la resolución es que no se produzcan formas diferentes de computar la antigüedad dependiendo del tipo de contrato laboral que tengan los trabajadores. Lo que supone, básicamente, que si un complemento económico se regula única y exclusivamente teniendo presente la antigüedad el comienzo del cómputo de la misma tiene que ser idéntico para los trabajadores a tiempo completo que para los contratados a tiempo parcial.

Pero la resolución no niega que puedan existir, aplicando la regla *pro rata temporis*, diferentes complementos retributivos que tengan en consideración otras variables para premiar económicamente la intensidad productiva, o el volumen de trabajo. La negociación colectiva tiene, por tanto, un fructífero campo en el que desarrollar las potencialidades que la norma concede en este sentido.

13. STJUE de 7 de noviembre de 2019 [C-396/18] *Gennaro Cafaro c. DQ*. Discriminación laboral por motivos de edad

A) Hechos del litigio principal

62. El señor Gennaro ha trabajado para la empleadora como piloto de aeronaves. Al cumplir sesenta años de edad se ha extinguido de manera automática su contrato de trabajo por así disponerlo una norma interna del ordenamiento jurídico italiano. La decisión se recurrió ante los órganos judiciales competentes. En primera instancia su pretensión fue desestimada. Recurrida en apelación el Tribunal apreció, básicamente, que el trabajador no había sido despedido, sino que su contrato se había extinguido automáticamente por la aplicación de una norma legal que así lo preveía (§ 20). Frente a dicha decisión impetró el correspondiente recurso de casación en el que se ha originado la cuestión prejudicial que aborda la sentencia ahora comentada.

B) Cuestión jurídica debatida

63. Se plantean dos cuestiones jurídicas. La primera, sin especial interés para nosotros, sobre el alcance de la excepción a la extinción obligatoria por cumplimiento de edad que permite la normativa únicamente para el transporte aéreo comercial (§ 23).

En segundo lugar sobre si la norma interna italiana puede considerarse discriminatoria por razón de edad en relación al empleo y la ocupación (§ 25, y § 33).

C) Normativa UE en presencia

64. Reglamento (UE) n.º 1178/2011 de la Comisión, de 3 de noviembre de 2011, por el que se establecen requisitos técnicos y procedimientos administrativos relacionados con el personal de vuelo de la aviación civil.

Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación

D) Resolución del Tribunal

65. El Tribunal entiende que las normas de la Unión no se oponen a una norma nacional que prevé la extinción obligatoria de la relación laboral de pilotos de aeronaves por cumplimiento de los sesenta años de edad, “*siempre que tal normativa sea necesaria para la seguridad pública*”, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional interno (§ 73). Matiz este último que mediatiza por completo la operatividad del fallo.

La protección de la seguridad aérea es el propósito que ha inspirado la norma italiana (§ 47) cuya legitimidad se aprecia sólo si efectivamente es necesaria para la consecución del objetivo pretendido (§ 49) y no provoca una discriminación por razón de edad.

El Tribunal aprecia que una norma como la controvertida no será discriminatoria cuando, “*debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado*” (§ 58).

Para calibrar estos intereses tiende que tenerse presente que los pilotos de líneas aéreas deben poseer una “*capacidad físicas específicas*” que naturalmente “*disminuye con la edad*” (§ 60), erigiéndose, en definitiva, un “*requisito profesional esencial y determinante*” para el ejercicio de la profesión de piloto de líneas aéreas (§ 62).

El debate se desplaza, una vez asumido que la normativa italiana persigue un propósito legítimo, y razonable, a la apreciación de si la extinción obligatoria constituye la implementación de una consecuencia proporcionada para la consecución del objetivo (§ 65).

A pesar de que el propio Tribunal de Justicia consideró en la sentencia de 13 de septiembre de 2011 [C 447/09] *Prigge y otros*, que la fijación en sesenta años de edad la de extinción del contrato para este tipo de trabajadores era un “*requisito desproporcionado*” (§ 68) aprecia que esa solución no puede extrapolarse al asunto aquí debatido (§ 69), pues los trabajadores de la mercantil DQ “*normalmente deben actuar en condiciones difíciles, o incluso extremas, por lo que la realización de estas operaciones exige unos requisitos físicos especialmente altos*” (§ 55).

En definitiva, el Tribunal aprecia que corresponde al órgano jurisdiccional interno apreciar si dados los intereses en juego y la actividades que desarrollan los pilotos la normativa nacional interna se considera o no proporcionada (§ 70), teniendo presente que, en principio, la normativa de la Unión no se opone a la operatividad de una norma como la italiana aquí debatida (§ 72).

E) Apunte final

66. La jubilación obligatoria por motivos de edad se aprecia en nuestro ordenamiento para este tipo de trabajadores en el Real Decreto 1559/1986, de 28 de junio, por el que se reduce la edad de jubilación del personal de vuelo de trabajos aéreos, estableciendo un coeficiente reductor de la edad en el art. 2.1 en los siguientes términos: “*La edad mínima de sesenta y cinco años exigida para tener derecho a la pensión de jubilación se reducirá en un período equivalente al que resulte de aplicar al tiempo efectivamente trabajado en cada una de las categorías y especialidades profesionales que se indican el coeficiente que corresponda, de conformidad con la siguiente escala: a) El 0,40, en la de piloto y segundo piloto*”.

Es esta una norma que consiente la jubilación a una edad ordinaria inferior a la general establecida para el régimen general de la seguridad social, pero no implementa con carácter general la jubilación por cumplimiento de edad. Desde la reforma de 2003 no existe en nuestro ordenamiento jubilaciones obligatorias por razón de edad, lo cual abona la controversia en un tipo de actividad como la debatida tan singular desde el punto de vista de las facultades laborales que debe tener el trabajador. Con todo los algunos convenios colectivos del sector sí abordan la cuestión de la extinción por motivos de edad.

14. STJUE de 5 de diciembre de 2019 [C-398/18 y C-428/18] *Bocero Torrico y Fritz Bode c. INSS y TGSS. Pensión de jubilación anticipada y cuantía mínima*

A) Hechos del litigio principal

67. La cuestión prejudicial ahora resuelta se ha planteado en un litigio en el que se discutía la concesión de una pensión de jubilación anticipada voluntaria.

Los señores Bocero y Fritz presentaron, por separado, una solicitud de jubilación anticipada en España. Ambos perciben al momento de la solicitud una pensión de jubilación del estado Alemán, en diferente cuantía.

Las dos solicitudes fueron rechazadas por el INSS con un mismo argumentos, que “*su importe no alcanzaba el de la pensión mensual mínima que correspondería a los recurrente*” al cumplir la edad de sesenta y cinco años de edad (§ 15), que es la exigencia que mantiene la norma de Seguridad Social interna.

Ambos trabajadores recurrieron, por separado, ante distintos juzgados, encontrando también idéntica respuesta negativa. La argumentación de ambas sentencia judiciales subrayaba que el art. 208.1.c) LGSS exige, efectivamente, que el importe de la referida pensión a percibir resulte “*superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar al cumplimiento de los sesenta y cinco años de edad*”.

Mismo supuesto de hecho, misma respuesta en vía administrativa y misma respuesta en vía jurisdiccional.

Los correspondientes recursos de suplicación fueron impetrados ante el mismo Tribunal Superior de Justicia, que es el que plantea la cuestión prejudicial comunitaria ahora resuelta por esta sentencia.

B) Cuestión jurídica debatida

68. La cuestión controvertida consiste en determinar si la exigencia normativa interna de que la pensión mínima de jubilación anticipada tenga que ser de cuantía superior a la mínima que le correspondería al alcanzar la edad de sesenta y cinco años es una exigencia referida **únicamente** en relación al ordenamiento jurídico español o si, por el contrario, el alcance de dicha cuantía mínima pueden alcanzarse con la cuantía sumada de las pensión que ya se percibe (del estado Alemán) junto con la que se percibiría por parte del ordenamiento Español (§ 18).

Lo cuestionado es si el concepto de “*pensión a percibir*” se integra únicamente con la cuantía de la pensión por jubilación anticipada que percibiría del ordenamiento Español, o si, por el contrario, para dicha cuantificación, debe también tenerse en consideración la que ya percibe del ordenamiento español (§ 28).

Es importante precisar que este cuestión prejudicial no se cuestiona la norma española que exige la referida cuantía mínima, que encuentra su justificación en desincentivar la utilización de este tipo de pensiones (§ 43). Se cuestiona, únicamente, si dicha cuantía puede integrarse por la suma de la que percibiría del ordenamiento español más la que ya percibe del sistema Alemán de protección de Seguridad Social. No se cuestiona, en definitiva, la norma, sino la interpretación que se hace de los requisitos en ella contenidos.

El Tribunal de Justicia entiende que para la cuantificación de la “*pensión a percibir*” debe tenerse en consideración “*no solo el disfrute de las prestaciones de seguridad social adquiridas por el interesado en virtud de la legislación de ese Estado*”, sino también, y este es el punto esencial “*el disfrute de las prestaciones equivalentes adquiridas en cualquier otro Estado miembro*” (§ 35). Parte de la base de que las pensiones en ambos países son “*equivalentes*” en el sentido de que responden a la misma dinámica tuitiva (§ 37), y están pensadas para idénticos supuestos de hecho (§ 39), por lo que pueden complementarse.

Recuerda que el principio de igualdad de trato no sólo proscribía aquellas discriminaciones “*ostensibles*” basadas en la nacionalidad, sino también aquellas otras encubiertas (§ 40) que se apoyen o articulen en base a criterios de interpretación de las normas que provoquen un peor trato a los trabajadores migrantes que aquel que se dispensaría a los de un país miembro (§ 41), por lo que aprecia que la

negativa de las autoridades competentes españolas a tomar en consideración para el referido cómputo las pensiones que tiene un trabajador “*que haya hecho uso de su derecho a la libre circulación tiene derecho en otro Estado miembro*” sitúa “*a dicho trabajador en una situación menos favorable que la de un trabajador que haya desarrollado toda su actividad profesional en el primer Estado miembro*” (§ 42).

Porque, además, y este es el argumento que cierra el círculo de la apreciación de la discriminación, no se encuentran razones objetivas que sostengan la justificación de un tratamiento distintivo (§ 43).

C) Normativa UE en presencia

69. Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social

D) Resolución del Tribunal

70. La normativa de la Unión referenciada sí se opone a una norma nacional que exige como requisito para acceder a una pensión de jubilación anticipada que su importe sea superior al de la pensión mínima que ese trabajador tendría derecho a percibir al cumplir la edad legal de jubilación.

E) Apunte final

71. La influencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la pensión de jubilación española es tan evidente como preocupante. Evidente porque son ya numerosos los temas en los que se ha pronunciado, complemento de maternidad, pensión de trabajadores a tiempo parcial, etc. Preocupante porque revela que las últimas reformas, implementadas a la carrera con un propósito de sobrevivir a la debacle financiera del sistema, no han sido capaces de situar la más importante pensión en una senda de futuro. Quizá sea el momento de abordar una reforma legislativa que tenga en consideración más aspectos que los meramente financieros, sobre todo en esta evolución que experimenta el sistema desde los parámetros contributivos hacia los asistenciales.

15. STJUE de 12 de diciembre de 2019 [C-450/18] *WA c. INSS*. El complemento de maternidad no debe excluir de su percibo a los varones que se encuentren en idéntica situación

A) Hechos del litigio principal

72. La cuestión prejudicial se ha planteado en el contexto de un litigio entre WA, padre de dos hijos y el INSS en relación a la negativa de éste último en concederle el complemento económico a la pensión (que ya percibía) que el ordenamiento prevé exclusivamente para las mujeres que hayan sido madres de, al menos, de dos hijos, biológicos o adoptados.

El INSS concede a WA una pensión de incapacidad permanente absoluta, pero no atiende su reclamación con respecto al incremento de la misma (en un 5 %) que el ordenamiento prevé exclusivamente para mujeres que hayan sido madres de al menos dos hijos (§ 17).

Tras ver desestimada la reclamación administrativa (§ 18) intima la correspondiente reclamación judicial (§ 19), produciéndose una sustitución procesal en la esposa del reclamante fallecido (§ 20).

El Juzgado que debe resolver la pretensión expresa las dudas que le suscita un precepto (art. 60 LGSS) como el cuestionado que sólo consiente el complemento económico para las pensiones (en este caso de incapacidad permanente, pero también funciona operativamente para la pensión de jubilación) concedidas a las mujeres, excluyendo a los hombres que se encuentran en una situación jurídica idéntica (§ 22). Comprende el propósito de la norma que regula el complemento, premiar la “aportación

demográfica” a la Seguridad Social, pero aprecia que dicha aportación puede predicarse también de los hombres, en la medida en que contribuyen al cuidado y atención de la prole y pueden ver, por ello, sufrir “*la interrupción del trabajo como consecuencia del nacimiento o adopción de los hijos o por el cuidado de los hijos*” (§ 22), aunque reconoce que la procreación “*implica un mayor sacrificio para las mujeres a nivel personal y profesional*” (§ 23).

El Tribunal expone los principios básicos que se deducen de la Directiva de igualdad de trato para afirmar, de forma categórica, que “*resulta que esta norma nacional concede un trato menos favorable a los hombres que han tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados*”, concluyendo que ese “*trato menos favorable basado en el sexo puede constituir una discriminación directa*” (§ 41), procedimiento a valorar si de las circunstancias concurrentes en el caso puede afirmarse que se encuentra el recurrente en una situación comparable con la prevista abstractamente en la norma (§§ 42, 43) no de una manera global, sino específica y concreta teniendo presente “*el objeto y la finalidad de la normativa nacional que establezca la distinción*” (§ 45).

Sobre este punto no tiene la menor duda alguna en afirmar con rotundidad que el objetivo perseguido por la norma, esto es, implementar una recompensa por la aportación demográfica “*es tan necesaria [en los hombres] como la de las mujeres*” (§ 46) de lo que infiere que no existe duda alguna de que tanto hombres como mujeres se encuentran en una situación comparable “*en lo que respecta a la concesión del complemento de pensión controvertido*” (§ 47).

El argumento que tumba definitivamente el complemento lo expresa con manifiesta claridad en el § 52 cuando afirma, sin ambages, que “*la circunstancia de que las mujeres estén más afectadas por las desventajas profesionales derivadas del cuidado de los hijos porque, en general, asumen esta tarea, no puede excluir la posibilidad de comparación de su situación con la de un hombre que asuma el cuidado de sus hijos y que, por esa razón, haya podido sufrir las mismas desventajas en su carrera*”.

No es, en definitiva, la circunstancia de ser hombre o mujer la determinante para el percibo del complemento, por lo que no supera el canon de legalidad comunitaria una norma como la enunciada que excluye a un varón del percibo del complemento cuando efectivamente se encuentra en idénticas circunstancias protegibles desde la perspectiva abstracta de la norma. Porque, concluye el Tribunal, la regla del art. 60 LGSS “*no contiene ningún elemento que establezca un vínculo entre la concesión del complemento de pensión controvertido y el disfrute de un permiso de maternidad o las desventajas que sufre una mujer en su carrera debido a la interrupción de su actividad durante el período que sigue al parto*” (§ 57), pues la norma no limitó el permiso a las situaciones de parto, ampliándolo también a los supuestos de adopción (§ 58).

El problema del art. 60 LGSS no es de filosofía política sino de implementación técnica. El Tribunal no niega que el objetivo pretendido por el precepto sea legítimo y tenga cabida dentro de las normas comunitarias. Niega, más concretamente, que tenga operatividad cuando excluye a los varones de su percibo. Por eso precisa, en el último § (el 60) antes del fallo que el precepto cuestionado “*no supedita la concesión del complemento de pensión en cuestión a la educación de los hijos o a la existencia de periodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos*”, sino “***únicamente a que las mujeres beneficiarias hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y perciban una pensión contributiva de jubilación, viudedad o incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social***”. No es, se insiste, el propósito legislativo el que ha quedado arrumbado, sino la mecánica técnica con la que se construye. Bien podía haber previsto la norma, por ejemplo, la situación protegible por el complemento, asegurándose que efectivamente el trabajador (generalmente mujer, aunque no siempre) ha perdido oportunidades laborales por cuidar de la prole.

B) Cuestión jurídica debatida

73. El Juzgado proponente pregunta si una ley nacional como la debatida que implementa el complemento económico para las pensiones únicamente para las mujeres que hayan tenido dos o más hijos por “*aportación demográfica a la seguridad social*” es contraria al ordenamiento jurídico al no concedérselo a los hombres que se encuentren en igualdad de condiciones.

C) Normativa UE en presencia

74. Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.

D) Resolución del Tribunal

75. La Directiva de igualdad de trato se opone a una norma como la debatida que, establece un complemento económico para las mujeres pensionistas de incapacidad permanente que hayan tenido al menos dos hijos y excluye a los hombres que se encuentren en idéntica situación.

E) Apunte final

76. La implementación del complemento de maternidad controvertido en esta resolución tiene más propósitos que los debatidos. Tiene una clara perspectiva de género, pues pretende, además de premiar la referida aportación demográfica a la seguridad social, desarrollar una política de género que consiga la igualación de las pensiones, especialmente la de jubilación, de las mujeres, pues tradicionalmente han tenido una mayor dedicación a la familia (no sólo a la prole) que ha lastrado su desarrollo profesional y laboral. El objetivo es reconocido por el Gobierno Español en sus alegaciones (§ 48), precisando que la norma también se implementa como un objetivo de política social (§ 49) con el propósito de reducir la brecha de género entre las pensiones de los hombres y las mujeres.

Desde este punto de vista el complemento parece justificarse en un propósito de la política de la Unión Europea, y quizá el argumentario del Gobierno Español podría haberse conducido por esta senda, manejando estadísticas que corroborasen la discriminación e incidiendo en esa perspectiva.

Dos problemas adicionales provoca el fallo del Tribunal de Justicia. El primero, relativamente sencillo de solventar, concretado en cuantificar el montante de la indemnización a los herederos del finado. El segundo, algo más complejo, abogaría por implementar una medida de política nacional que, sin lesionar los derechos a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la percepción de las pensiones de seguridad social, garantizase la medida (de acción positiva) de política social que jugaba el art. 60 LGSS. El legislador tiene la palabra.

LA SENTENCIA SKANSKA DEL TJUE: EL CONCEPTO DE “EMPRESA” EN LAS ACCIONES DE DAÑOS POR INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

THE CJEU’S *SKANSKA* JUDGMENT: THE NOTION OF “UNDERTAKING” IN DAMAGES ACTIONS FOR INFRINGEMENTS OF THE COMPETITION RULES

HELMUT BROKELMANN

MLAB Abogados S.L.P.

Recibido: 18.05.2020 / Aceptado: 03.06.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5639>

Resumen: El artículo analiza la sentencia *Skanska* en la que el TJUE extiende los conceptos de “empresa” y “unidad económica”, así como el principio de continuidad económica, desarrollados en su jurisprudencia en materia sancionadora por infracciones de los artículos 101 y 102 TFUE, a las acciones civiles de resarcimiento de daños y perjuicios. El TJUE declara que el propio artículo 101 TFUE, y no el Derecho nacional que regula las modalidades de ejercicio del derecho de indemnización, determina las entidades responsables de indemnizar los daños causados por una infracción de esta disposición.

Palabras clave: artículo 101 TFUE, concepto de empresa, principio de continuidad económica, demandas civiles de daños.

Abstract: The article analyses the *Skanska* judgment in which the CJEU extends the notions of “undertaking” and “economic unit” as well as the principle of economic continuity, developed in its case law concerning fines for infringements of Article 101 and 102 TFEU, to civil damages actions. The CJEU declares that Article 101 TFEU itself, and not national law which regulates the modalities of exercising the right to damages, determines the entities liable to pay damages for infringements of that provision.

Keywords: Article 101 TFEU; notion of undertaking; principle of economic continuity; civil damages actions.

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes en la jurisprudencia del TJUE. III. Los hechos del litigio nacional. IV. La Sentencia del TJUE. V. Valoración.

I. Introducción

1. La sentencia *Skanska* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)¹ constituye un nuevo paso en la “comunitarización” del Derecho civil y procesal de los Estados miembros. En respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo finlandés en el marco de una demanda de daños por infracción del artículo 101 del TFUE, el TJUE se aparta de su anterior jurispru-

¹ Sentencia de 14 de marzo de 2019, *Skanska*, C-724/17, EU:C:2019:204.

dencia sentada en *Courage/Crehan* y *Manfredi*², según la cual las modalidades del ejercicio de estas acciones estaba reservada al Derecho nacional, para aplicar directamente el artículo 101 del Tratado —y concretamente el concepto de “empresa” de dicha disposición— para resolver una cuestión de sucesión de sociedades y legitimación pasiva que se planteaba en el litigio nacional.

2. Este artículo realiza un análisis crítico de esta sentencia y sus implicaciones para las demandas de daños por infracciones del Derecho de la competencia.

I. Antecedentes en la jurisprudencia del TJUE

3. Antes de exponer los hechos que dieron lugar a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo finlandés y para entender mejor la duda de interpretación del Derecho de la Unión que se suscitó ante el mismo en el litigio nacional, conviene recordar sucintamente la jurisprudencia del TJUE sobre el concepto de “empresa” en los artículos 101 y 102 TFUE.

4. Según una antigua y bien asentada jurisprudencia del TJUE³, el concepto de “empresa” infractora de las *normas* de competencia del Tratado —los artículos 101 y 102 TFUE— no se limita a la persona física o jurídica que haya cometido la infracción, sino que abarca toda la “unidad económica” de la que ésta forma parte. Con ello, la responsabilidad por las infracciones de los artículos 101 y 102 TFUE puede extenderse a sociedades matrices que controlen a la sociedad autora de la infracción⁴.

5. La consecuencia de esta jurisprudencia, que rompe con el principio de responsabilidad personal de la persona jurídica que ha cometido una infracción, generalmente reconocido en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la UE, es que la Comisión Europea puede imputar también a las sociedades matrices en sus expedientes sancionadores e imponer multas en aplicación del artículo 23 del Reglamento 1/2003⁵ también a dichas matrices, que serán responsables solidarias junto con la filial infractora. Aunque las infracciones de los artículos 101 y 102 TFUE sean cometidas por “empresas” así definidas, las sanciones que la Comisión impone en virtud del artículo 23 del Reglamento 1/2003 deben dirigirse a personas concretas (físicas o jurídicas, comúnmente sociedades de capital) a efectos de su notificación y ejecución.

La consecuencia última de todo ello es que las multas que impone la Comisión no quedan limitadas a un máximo del 10% del volumen de negocios de la sociedad que propiamente haya cometido la infracción, sino que pueden ascender hasta el 10% del volumen de negocios total del grupo (en el sentido del artículo 42 de nuestro Código de Comercio) al que pertenece la sociedad infractora. De no ser así, las empresas podrían cometer sus infracciones de las normas de competencia —la participación en un cártel, por ejemplo— a través de pequeñas filiales con un volumen de negocios reducido, lo cual limitaría considerablemente el importe de las multas que pudiera imponer la Comisión y, con ello, el consiguiente efecto disuasorio de las mismas.

6. Esta jurisprudencia fue reforzada mediante la creación jurisprudencial —conocida como “regla Akzo”⁶— de una presunción de control según la cual puede presumirse que una matriz que posee la totalidad del capital de una sociedad infractora ejerce una “influencia decisiva” sobre su filial, de modo que puede presumirse que ambas forman parte de una misma “unidad económica” y, por tanto, de una misma “empresa” a efectos de la aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE. Aunque se trate de una presunción

² Sentencia de 20 de septiembre de 2001, *Courage/Crehan*, C-453/99, EU:C:2001:465 y Sentencia de 13 de julio de 2006, *Manfredi/Lloyd Adriático Assicurazioni*, C-295/04 a C-298/04, EU:C:2006:461.

³ Sentencia de 12 de julio de 1984, *Hydrotherm*, 170/83, EU:C:1984:271.

⁴ Ver, por ejemplo, Sentencia de 10 de abril de 2014, *Siemens Österreich*, C-231/11 P a C-233/11 P, EU:C:2014:256, apdo. 45.

⁵ Reglamento 1/2003 de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, DO L 1 de 4.1.2003, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2003/1/oj>.

⁶ Sentencia de 10 de septiembre de 2009, *Akzo Nobel*, C-97/08 P, EU:C:2009:536.

iuris tantum, en la práctica ha resultado muy difícil, por no decir imposible, refutar esta presunción mediante una prueba de que a pesar de controlar el 100% del capital de la filial ésta habría desempeñado una conducta autónoma e independiente de su matriz al cometer la infracción del Derecho de la competencia. Posteriormente esta presunción se ha extendido a supuestos de control con participaciones de capital inferiores al 100%⁷. En la práctica, esta presunción ha venido a facilitar enormemente a las autoridades de competencia la imputación de las matrices de sociedades infractoras en expedientes sancionadores.

7. Finalmente, ya a partir del cártel internacional de la quinina sancionado por la Comisión en 1969⁸, la jurisprudencia también ha desarrollado el criterio de la “continuidad económica”, según el cual *“cuando una entidad que ha cometido una infracción de las normas sobre competencia es objeto de un cambio jurídico u organizativo, este cambio no produce necesariamente el efecto de crear una nueva empresa exenta de responsabilidad por comportamientos contrarios a las normas sobre competencia de la antigua entidad si, desde el punto de vista económico, existe identidad entre ambas entidades. En efecto, si las empresas pudieran eludir las sanciones simplemente por el hecho de que su identidad se hubiese visto modificada como consecuencia de reestructuraciones, cesiones u otros cambios de carácter jurídico u organizativo, se pondría en peligro el objetivo de reprimir los comportamientos contrarios a las normas sobre competencia y de impedir su repetición por medio de sanciones disuasivas”*⁹.

Pues bien, sentadas estas bases, la cuestión suscitada en el asunto *Skanska* es si este principio de continuidad económica desarrollado jurisprudencialmente en el Derecho sancionador por infracciones de los artículos 101 y 102 TFUE es extrapolable a acciones civiles de daños y perjuicios.

II. Los hechos del litigio nacional

8. Las cuestiones prejudiciales planteadas por la sección civil del Tribunal Supremo finlandés se suscitan en un litigio entablado por el Ayuntamiento de Vantaa contra los partícipes de un cártel en el mercado finlandés del asfalto que había sido sancionado previamente por el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo a propuesta de la autoridad de competencia finlandesa por infringir el artículo 101 TFUE. Antes de que se iniciara el procedimiento sancionador en 2004, las tres sociedades infractoras fueron adquiridas en el año 2000 por sendas sociedades ajenas al cártel (salvo la primera que también participó en el mismo y fue sancionada también como autora de la infracción). En aplicación de la antes descrita doctrina de la continuidad económica —las sociedades infractoras habían sido disueltas por sus adquirentes que, sin embargo, continuaron las actividades comerciales que les habían sido transferidas en el marco de los procesos de disolución voluntaria— el Tribunal Supremo contencioso administrativo impuso en 2009 sendas multas a las sociedades sucesoras (*Skanska*, *NCC* y *Asfaltmix*) de las tres infractoras.

9. Seguidamente, el Ayuntamiento de Vantaa interpuso una demanda de daños contra las tres sociedades sancionadas por el sobreprecio pagado por la realización de determinadas obras de asfaltado durante la vigencia del cártel. Las así demandadas se defendieron alegando que no eran responsables de los daños causados por las sociedades que habían participado en la infracción porque se trataba de sociedades jurídicamente autónomas y distintas de las demandadas.

10. No obstante, el tribunal de primera instancia que conocía del litigio estimó la demanda de daños por entender que, en aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión, dada la disolución de las sociedades infractoras, resultaría imposible o excesivamente difícil obtener de éstas el resarcimiento de los daños sufridos por el cártel, de modo que debía aplicarse la doctrina de la con-

⁷ Ver, por ejemplo, Sentencia de 29 de septiembre de 2011, *Arkema*, C-520/09 P, EU:C:2011:619 (98%).

⁸ Decisión de 16 de junio de 1969 (IV/26.623 - Acuerdo internacional de la quinina), OJ L 192, 5.8.1969, p. 5–22, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dec/1969/240/oj>.

⁹ Sentencia de 18 de diciembre de 2014, *Parker Hannifin*, C-434/13 P, EU:C:2014:2456, apdo. 40.

tinuidad económica desarrollada por el TJUE en su jurisprudencia relativa al Derecho sancionador. Según esta doctrina, debía imputarse a las demandadas —las sociedades sucesoras sancionadas en vía contencioso-administrativa— la responsabilidad de indemnizar los daños causados de la misma manera que en materia de imposición de multas.

11. En segunda instancia, el tribunal de apelación anuló esta sentencia y desestimó la demanda por entender que el principio de efectividad del Derecho de la Unión no podía menoscabar el régimen finlandés de responsabilidad civil, rechazando que el criterio de continuidad económica pudiera extrapolarse del Derecho sancionador a las acciones por daños y perjuicios.

12. Finalmente, en casación, el Tribunal Supremo finlandés constató que el Derecho finlandés no establece normas para la imputación de la responsabilidad civil a terceros en situaciones como las del litigio en cuestión, puesto que se basa en el principio de que únicamente es responsable la entidad jurídica causante del perjuicio. La única excepción a dicho principio son los casos en los que la persona jurídica carece de autonomía porque las sociedades en cuestión hayan aprovechado la estructura del grupo societario para eludir dolosa o artificialmente su responsabilidad legal. Entendemos que se trata de supuestos análogos a los casos de “levantamiento del velo” en Derecho español.

13. Con referencia a las sentencias *Courage/Crehan* y *Manfredi*, que reconocen el derecho de “cualquier persona” a reclamar daños por infracciones de las normas de competencia del Tratado y que atribuyen al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros establecer las modalidades de ejercicio de este derecho, el Tribunal Supremo tiene la duda de si la imputación de la responsabilidad a las sociedades demandadas debe realizarse en aplicación directa del artículo 101 TFUE, y con qué alcance, o si debe realizarse en aplicación del Derecho finlandés. En este último supuesto con la duda añadida de si el principio de efectividad del Derecho de la Unión se opone a que el ordenamiento nacional limite esa responsabilidad a la persona jurídica causante del daño y, en caso afirmativo, si cabe supeditar la imputación de la responsabilidad a la sociedad sucesora a que ésta supiera o debiera haber sabido que la sociedad había cometido una infracción en el momento de adquirir el capital de esta última.

14. Ante estas dudas de interpretación del Derecho de la Unión y obligado como tribunal de última instancia por el artículo 267.3 TFUE, el Tribunal Supremo finlandés suscitó tres cuestiones de interpretación al Tribunal de Justicia. En primer lugar, si la cuestión de la imputación de la responsabilidad a la sociedad sucesora debía resolverse directamente por aplicación del artículo 101 TFUE o por el Derecho nacional. En caso de que fuera aplicable directamente el artículo 101 TFUE, el Tribunal Supremo pregunta, en segundo lugar, si el concepto de “empresa” desarrollado por el TJUE en el marco del Derecho sancionador —a saber, el concepto de “unidad económica” y el principio de “continuidad económica”— también es aplicable en demandas de daños por infracción de las normas de la competencia para determinar los sujetos obligados a tal indemnización. Y en tercer lugar, en el supuesto de que la cuestión de la determinación de la responsabilidad deba resolverse conforme al Derecho nacional, el Tribunal Supremo también quiere saber si el principio de efectividad se opone a que la sociedad sucesora de una sociedad infractora disuelta no responde aunque sea imposible o excesivamente difícil obtener indemnización de la sociedad disuelta. Y también si se opone a que el Derecho nacional exija que la reestructuración sea ilegal o artificial para eludir la responsabilidad o exija que la sociedad adquirente deba conocer o debiera haber conocido la existencia de una infracción en el momento de la reestructuración.

III. La Sentencia del TJUE

15. La sentencia del TJUE se limita a contestar a las dos primeras preguntas por entender que la determinación de la responsabilidad en el litigio nacional debe realizarse directamente en aplicación del artículo 101 TFUE y no del Derecho nacional. Esta respuesta a la primera pregunta del Tribunal Supremo sorprende, por cuanto el TJUE hasta ahora había reconocido siempre que las modalidades de

ejecución del derecho de reparación de daños ex artículo 101 TFUE se rigen por el Derecho nacional y así incluso lo reafirma el Tribunal en el apartado 27 de la sentencia *Skanska* cuando señala que “*Es cierto que, ante la inexistencia de una normativa de la Unión en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las modalidades de ejercicio del derecho a solicitar la reparación del daño resultante de un acuerdo o práctica prohibidos por el artículo 101 TFUE, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de junio de 2014, Kone y otros, C557/12, EU:C:2014:1317, apartado 24 y jurisprudencia citada).*”

16. No obstante, la sentencia señala seguidamente que “*la cuestión de la determinación de la entidad obligada a reparar el perjuicio causado por una infracción del artículo 101 TFE se rige directamente por el Derecho de la Unión*”¹⁰. El razonamiento desarrollado por el Tribunal para explicar por qué una cuestión de legitimación pasiva se rige directamente por el artículo 101 TFUE es que el concepto de “empresa” para designar al autor de una infracción del artículo 101 TFUE está regulado en dicha disposición, que el Derecho de la competencia de la UE “*tiene por objeto las actividades de las empresas*” y que las infracciones a dichas normas tienen carácter personal, por lo que “*incumbe a la empresa infractora responder del perjuicio causado por la infracción*”¹¹.

La sentencia rechaza el argumento de la Comisión de que del artículo 11.1 de la Directiva de Daños¹², que establece la responsabilidad solidaria de varias empresas que hayan infringido conjuntamente las normas de la competencia, se desprendería “*que corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro determinar la entidad obligada a reparar dicho perjuicio, de conformidad con los principios de equivalencia y de efectividad*”. El Tribunal señala que esta disposición no se refiere a la determinación de las entidades obligadas a reparar el daño, sino “*al reparto de la responsabilidad entre dichas entidades, de modo que no confiere competencias a los Estados miembros para proceder a tal determinación*” (apdo. 34). Añade, en cambio, que del artículo 1 de la Directiva sí se desprende que los responsables del perjuicio ocasionado por una infracción de las normas de la competencia son las “empresas” infractoras.

17. Al margen de que la Directiva de Daños no fuera aplicable a los hechos del litigio *ratione temporis*, como recuerda el propio Tribunal, la interpretación de ambas disposiciones nos parece acertada. De hecho, en las normas nacionales de transposición de la Directiva, como por ejemplo el artículo 71.2.b) de nuestra Ley de Defensa de la Competencia (LDC)¹³, la referencia a “empresas” en el artículo 1.1 de la Directiva sirvió para justificar la extensión de la legitimación pasiva en las acciones de daños también a las matrices de las sociedades infractoras. No obstante, que el legislador comunitario haya optado por ampliar el círculo de sociedades que deban responder a una acción de daños en el Derecho secundario no significa que este alcance de la responsabilidad ya se desprenda del propio artículo 101 del Tratado. La literalidad del artículo 1.1 de la Directiva de Daños también contrasta con el artículo 13.5 de la Directiva ECN¹⁴ que sí establece expresamente la aplicación de la doctrina de la continuidad económica por las autoridades nacionales de la competencia: “*Los Estados miembros velarán por que, a efectos de imponer multas a sociedades matrices y a sucesores legales y económicos de empresas, se aplique el concepto de empresa.*”

18. De todo ello el Tribunal concluye que “*las entidades obligadas a reparar el perjuicio causado por un acuerdo o práctica prohibidos por el artículo 101 TFUE son las empresas, en el sentido*

¹⁰ Apdo. 28.

¹¹ Apdos. 29-31.

¹² Directiva 2014/104/UE de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, DO L 349, 5.12.2014, p. 1–19, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2014/104/oj>.

¹³ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007, ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2007/07/03/15>.

¹⁴ Directiva 2019/1 de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior, DO L 11, 14.1.2019, p. 3–33, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/1/oj>.

de esta disposición, que hayan participado en ese acuerdo o práctica.”¹⁵ Con ello, el Tribunal rechaza el planteamiento de la Comisión y se inclina por la tesis del Abogado General Wahl de que la determinación de los responsables de resarcir los daños causados no constituye una modalidad de ejercicio del derecho indemnizatorio, sino un requisito constitutivo de la responsabilidad y, como tal, regulado por el propio artículo 101 TFUE y no por el Derecho nacional¹⁶. De no ser así, los requisitos de la responsabilidad no serían uniformes en los distintos Estados miembros (*level playing field*), lo cual daría lugar a la búsqueda de la jurisdicción más favorable (*forum shopping*), según el AG¹⁷.

19. Una vez sentado que es el propio artículo 101 TFUE el que determina si la responsabilidad por una infracción de las normas de competencia puede imputarse a una persona jurídica distinta de la que cometió la infracción, el Tribunal de Justicia pasa a responder a la segunda pregunta del Tribunal Supremo finlandés: ¿es extensible el concepto de “empresa” desarrollado en la jurisprudencia de Tribunal en materia sancionadora, en particular el concepto de “unidad económica” y el criterio de la “continuidad económica” para determinar los sujetos obligados a indemnizar el daño en acciones civiles de resarcimiento de daños?

20. Tras recordar que el concepto de “empresa” en el artículo 101 TFUE comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de su naturaleza jurídica y de su modo de financiación y que *“dicho concepto designa una unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico, dicha unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas”* (apdo. 37), el Tribunal pasa a recordar la doctrina de la “continuidad económica” desarrollada en su jurisprudencia en materia sancionadora. El principio general es el de responsabilidad personal, según el cual únicamente la “empresa” —en el sentido antes definido de “unidad económica”, es decir, incluyendo matrices y otras sociedades del mismo grupo empresarial— que ha cometido la infracción puede ser declarada responsable de la misma en las decisiones sancionadoras de la Comisión. El principio de “continuidad económica” es una excepción a dicho principio que permite, excepcionalmente y en estrechos límites, imputar la responsabilidad por la infracción a una entidad distinta a la empresa que la cometió cuando la empresa infractora ya no existe como persona jurídica o deja de existir económicamente por haber cesado en el ejercicio de sus actividades económicas. En estas situaciones, el TJUE entiende que la imposición de una multa carecería de efecto disuasorio¹⁸.

21. Como recuerda la Sentencia¹⁹, cuando la empresa infractora ha dejado de existir por un cambio jurídico u organizativo, una reestructuración empresarial, la responsabilidad por la infracción puede atribuirse a la nueva entidad si, desde el punto de vista económico, existe identidad entre la antigua y la nueva entidad. En palabras del Tribunal, *“imputar la responsabilidad de una infracción a una sociedad en su condición de sociedad absorbente de la sociedad infractora cuando ésta ya no existe no es incompatible con el principio de responsabilidad personal (sentencia de 5 de diciembre de 2013, SNIA/Comisión, C448/11 P, no publicada en español, EU:C:2013:801, apartado 23 y jurisprudencia citada)”*²⁰.

22. La responsabilidad de una entidad distinta de la infractora ha sido reconocida en situaciones en las que la sociedad infractora es adquirida por un tercero ajeno a la infracción que posteriormente absorbe la sociedad adquirida, que deja de existir como persona jurídica. La justificación de extender la responsabilidad al adquirente en estos casos reside en que la sociedad absorbente adquiere los activos y pasivos de la infractora, incluidas sus responsabilidades derivadas de infracciones de las normas de la competencia. En estos casos, la sociedad absorbente suele continuar con el negocio adquirido, lo que,

¹⁵ Apdo. 32.

¹⁶ Conclusiones del Abogado General N. Wahl, presentadas el 6 de febrero de 2019, *Skanska*, C-724/17, EU:C:2019:100, apdos. 59 y ss.

¹⁷ Ibid., apdo. 67.

¹⁸ Sentencia de 11 de diciembre de 2007, *ETI y otros*, C-280/06, EU:C:2007:775, apdo. 40.

¹⁹ Apdo. 38.

²⁰ Apdo. 39.

económicamente, justifica que también responda de las responsabilidades incurridas con ese negocio por el anterior titular del mismo.

23. Pero la cuestión prejudicial no versa sobre los requisitos de la doctrina de la continuidad económica, sino sobre si la misma, desarrollada como decíamos en el Derecho sancionador de la UE y concretamente a efectos de la imposición de multas a una sociedad sucesora en aplicación del artículo 23.2 del Reglamento 1/2003, puede aplicarse igualmente en supuestos de aplicación privada de las normas de competencia y concretamente a una acción de daños como la ejercitada por el Ayuntamiento de Vantaa en el litigio nacional. Las demandadas en el mismo lo negaban.

24. El Tribunal de Justicia, sin embargo, tras recordar que las acciones de daños, además de los procedimientos sancionadores administrativos, garantizan la plena eficacia del artículo 101 y el efecto útil de la prohibición de acuerdos anticompetitivos que establece, respalda la extensión del principio de continuidad económica también a acciones civiles de reclamación de daños.

25. La Sentencia argumenta que también estas acciones civiles refuerzan la operatividad de las normas de competencia y pueden desalentar los acuerdos anticompetitivos. Tienen, por tanto, poder disuasorio, al igual que la imposición de multas en los procedimientos administrativos. Si las empresas infractoras pudieran eludir su responsabilidad mediante reestructuraciones empresariales, cesiones u otros cambios jurídicos u organizativos “*se pondrían en peligro el objetivo perseguido por este sistema y el efecto útil de dichas normas*”²¹. De ello concluye el Tribunal “*que el concepto de «empresa», en el sentido del artículo 101 TFUE, que es un concepto autónomo del Derecho de la Unión, no puede tener un alcance diferente en el ámbito de la imposición por la Comisión de multas con arreglo al artículo 23, apartado 2, del Reglamento n.º 1/2003 y en el de las acciones por daños y perjuicios por infracción de las normas de competencia de la Unión*”²².

26. Aunque el Tribunal deje, como corresponde en cuestiones prejudiciales, la apreciación final al Tribunal Supremo finlandés, ya anticipa que en el caso del litigio nacional las tres sociedades infractoras fueron adquiridas por las sociedades demandadas por el Ayuntamiento de Vantaa, que con ocasión de procedimientos de liquidación voluntaria llevados a cabo en 2000, 2001 y 2003, que se hicieron cargo de todas las respectivas actividades comerciales de las sociedades infractoras y las disolvieron. La Sentencia concluye que “*En estas circunstancias, procede considerar que SIS, NCC y Asfaltmix, como respectivas sucesoras de Sata-Asfaltti, Interasfaltti y Asfalttinelio, han asumido la responsabilidad de estas últimas sociedades por el perjuicio causado por la práctica colusoria en cuestión, pues han garantizado, como personas jurídicas, la continuidad económica de las mismas*”, por lo que “*las sociedades adquirentes pueden ser declaradas responsables del perjuicio causado por esa práctica colusoria*”, lo cual parece dejar poco margen al órgano jurisdiccional remitente para desviarse del pronunciamiento del Tribunal de Justicia.

27. Por último, la Sentencia rechaza la solicitud de una de las demandadas en el litigio nacional, formulada en la vista ante el Tribunal de Justicia, de que el Tribunal limitara en el tiempo los efectos de su sentencia, aplicando la nueva jurisprudencia sin efecto retroactivo. El Tribunal rechaza dicha petición por no cumplirse los estrictos requisitos de buena fe de los interesados y riesgo de trastornos graves, desarrollados en la jurisprudencia del Tribunal.

IV. Valoración

28. El concepto de “empresa”, así como la doctrina de la “continuidad económica” desarrollada en la jurisprudencia del TJUE en materia sancionadora ya había suscitado críticas por su posible

²¹ Apdo. 46.

²² Apdo. 47.

incompatibilidad con el principio de responsabilidad personal, tal y como éste está reconocido en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros en Derecho penal y sancionador. En particular, la imposición de sanciones económicas a personas jurídicas que no han participado en la infracción ha suscitado dudas de constitucionalidad y compatibilidad con el principio de legalidad (*nulla poena sine lege/culpa*) garantizado en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales y el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), donde esta jurisprudencia del TJUE aún no ha sido comprobada ni validada.

29. La extensión del principio de responsabilidad personal de la persona jurídica autora de la infracción —mediante su aplicación a la “empresa” en el sentido de los artículos 101 y 102 TFUE— a otras entidades (las matrices de las sociedades infractoras) sin expresa previsión legal, mediante desarrollo jurisprudencial, efectivamente suscita interrogantes desde el punto de vista de los derechos fundamentales garantizados en la Carta y el CEDH. Desde la sentencia *Menarini*²³ del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sabemos que los procedimientos sancionadores en materia de competencia tienen, por la enorme cuantía de las multas que imponen las autoridades de competencia, carácter penal y están, por tanto, sujetas a las garantías específicas en materia penal del artículo 6 del CEDH. El Tribunal justifica la responsabilidad de las sociedades matrices con que el principio de responsabilidad no se refiere sólo a la persona jurídica que cometió la infracción, sino a toda la “empresa”, concepto que abarca a todas las sociedades pertenecientes a un mismo grupo empresarial.

30. El criterio de la “continuidad económica” da todavía un paso más en la extensión del principio de responsabilidad personal más allá del autor de la infracción, al extender la responsabilidad a terceros ajenos a la “empresa” infractora. Desarrollada como excepción a dicho principio, en la doctrina de la continuidad económica la imputación de la responsabilidad a un tercero se justifica por el hecho de que este último continúa con el negocio “infractor” y ha adquirido los activos y pasivos correspondientes al mismo.

31. Aunque es comprensible el objetivo de política de competencia de evitar que los infractores puedan eludir su responsabilidad sancionadora mediante reestructuraciones más o menos sofisticadas —como ocurrió en 2016 con la conocida como “*Wurstlücke*” (la laguna de la salchicha) en el cártel alemán de las salchichas, que en 2017 propició una modificación de la ley alemana contra prácticas restrictivas de la competencia (nuevos párrafos (3a)-(3e) del § 81 GWB) para evitar semejantes elusiones en el futuro—, no lo es menos que estas excepciones al principio de responsabilidad individual de la empresa se aplican sin ninguna consideración de dolo o ánimo fraudulento de la empresa en cuestión; ni siquiera de conocimiento de la infracción en el momento de adquirir la sociedad posteriormente absorbida. Elementos que en cambio sí son relevantes y constitutivos de las excepciones reconocidas en los ordenamientos jurídicos nacionales para poder “levantar el velo” de una sociedad a modo de excepción del principio de responsabilidad personal de la persona jurídica autora de una infracción. En el asunto *ETI*, el TJUE incluso declaró, basándose en el efecto útil del Derecho comunitario de la competencia, que carecía de pertinencia que la transferencia de actividades no hubiera sido decidida por particulares, sino por el legislador con vistas a una privatización²⁴.

32. Esta aplicación un tanto mecánica del principio de continuidad económica —cuya “importación” a la práctica de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ha sido avalada por nuestro Tribunal Supremo²⁵— contrasta con la más reciente práctica de la propia CNMC. En la resolución en el cártel de *Montaje y Mantenimiento Industrial*²⁶, la CNMC analizó la aplicación del principio

²³ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de septiembre de 2011, *Menarini Diagnostics*, 43509/08.

²⁴ Sentencia de 11 de diciembre de 2007, *ETI y otros*, C-280/06, EU:C:2007:775, apdo. 44.

²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2015, recurso 1973/2014, ES:TS:2015:5531, confirmatoria de la multa impuesta a una de las empresas incoadas, en concepto de sucesora, en el marco del expediente S/0120/08 *Transitarios*.

²⁶ Resolución de la CNMC de 1 de octubre de 2019, *Montaje y mantenimiento industrial*, S/DC/0612/17.

de continuidad económica a la sucesora de una sociedad que participó en el cártel sancionado en dicha resolución. Aunque se daban los requisitos de la doctrina, la CNMC llegó a la conclusión de que no procedía su aplicación a una sociedad sucesora que había adquirido los activos de la empresa infractora en un proceso de liquidación concursal. En efecto, conforme a la legislación concursal, la adquisición de varias unidades productivas, siempre con autorización del juez concursal, conlleva una sucesión de las deudas con los trabajadores y con la Seguridad Social pero no de otras. En caso de transmisión como un todo, la legislación incluso prevé, como incentivo, la exclusión de las deudas y gravámenes asociadas a tales activos. Merece ser reproducida en su literalidad la ponderación entre los distintos intereses en juego realizada por el Consejo de la CNMC: *“Considera esta Sala que del análisis de la normativa concursal -que busca resolver una situación de insolvencia de un deudor para que pueda cumplir de la mejor manera posible con las obligaciones contraídas con sus acreedores- en relación con la doctrina jurisprudencial de la sucesión empresarial -que, con base en el principio del efecto útil, busca evitar la impunidad por la comisión de infracciones administrativas- se deriva una tensión que debe aclararse aplicada a este supuesto concreto. Ante la tensión mencionada, la aplicación de la jurisprudencia sobre el principio de continuidad económica y la normativa concursal al caso concreto no debe implicar en cualquier caso que la finalidad de la normativa concursal debe prevalecer sobre el efecto útil de la normativa de competencia, ni viceversa.”*²⁷

33. Dado que en el caso concreto no mediaba fraude y el adquirente de los activos no tenía conocimiento de la existencia de una infracción de las normas de competencia cuando adquirió los activos (el procedimiento ante la CNMC se incoó después y también las inspecciones domiciliarias de la CNMC se realizaron con posterioridad a la compraventa), el Consejo de la CNMC resolvió —con un Voto Particular en contra que igualmente merece una lectura— no imputar al adquirente de los activos la responsabilidad por la infracción cometida por la empresa en concurso.

34. A la vista de la tensión entre buena fe y seguridad jurídica, por un lado, y el principio de efectividad en la aplicación del artículo 101 TFUE, por el otro, es de lamentar que el Tribunal de Justicia no tuviera que responder a la tercera pregunta del Tribunal Supremo finlandés, que planteaba precisamente estas cuestiones de dolo, fraude o al menos conocimiento de la sociedad adquirente, si la cuestión de la imputación de la responsabilidad a esta última se hubiera tenido que discernir conforme al Derecho nacional, aplicado dentro de los límites del principio de efectividad del Derecho de la UE. En el caso concreto, el procedimiento sancionador se había iniciado en 2004 con una propuesta sancionadora de la autoridad finlandesa de competencia ante los tribunales finlandeses, que en el sistema de dicho país deben imponer la sanción. Según la Sentencia del TJUE, las reestructuraciones y disoluciones de las sociedades infractoras se llevaron a cabo en los años 2000, 2001 y 2003, tras las adquisiciones de las mismas en el año 2000. No queda claro de la Sentencia del TJUE si en esos momentos los adquirentes ya tenían o podían haber tenido conocimiento de la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE, a juzgar por las fechas señaladas y las preguntas del Supremo finlandés más bien parece que no.

¿Está realmente justificado que un adquirente de buena fe que absorbe la sociedad adquirida responda con su patrimonio de una infracción que desconocía en el momento de la adquisición de la sociedad que posteriormente resultó ser una infractora del artículo 101 TFUE? ¿Qué efectos tendrá esta jurisprudencia en procedimientos concursales, donde es el Estado —a través del juez concursal— el que autoriza al adquirente la adquisición de una sociedad o activos libres de cargas y gravámenes? Según la ya citada jurisprudencia *ETI* del TJUE, el conocimiento del adquirente no es relevante para imputarle la responsabilidad por una infracción latente, cuya existencia desconocía.

35. Estas preguntas, y alguna más, no encuentran respuesta en la Sentencia *Skanska* del TJUE que, sin embargo, agrava la responsabilidad de cualquier adquirente de buena fe, pues a partir de ahora no sólo podrá enfrentarse a la imposición de una multa por hechos que desconocía y en los que no participó, sino también a una avalancha de demandas de daños por hechos causantes desconocidos, en clara

²⁷ Ibid., p. 153.

violación del principio de responsabilidad personal del autor de la infracción que hasta ahora regía en materia civil en los ordenamientos jurídicos nacionales.

36. Tampoco nos parece muy convincente que el principio de efectividad y el efecto útil del artículo 101 TFUE requieran esta extensión del principio de continuidad económica al Derecho civil de daños, como razona la Sentencia. En acciones consecutivas (*follow-on*) de daños, la empresa ya ha sido sancionada por infringir las normas de la competencia por una autoridad administrativa hasta un límite (el 10% de su volumen de negocios) establecido por el legislador (art. 23.2 del Reglamento 1/2003 y sus equivalentes en los derechos nacionales). ¿El efecto disuasorio de las demandas de daños —en la que también hacía mucho hincapié el Abogado General Wahl en sus Conclusiones²⁸—, realmente justifica este trato privilegiado de los acreedores perjudicados por infracciones del Derecho de la competencia frente a otro tipo de acreedores, por ejemplo, en materia de daños medioambientales o de responsabilidad por productos defectuosos? En nuestra opinión, la finalidad disuasiva también de las acciones de daños invocada en la Sentencia *Skanska* no debiera justificar una interpretación extensiva de los principios de causalidad y responsabilidad personal que rigen en los Derechos civiles de los Estados miembros. Y menos aun si la tendencia parece ser la interpretación extensiva del concepto de “unidad económica”, como demuestra la reciente cuestión prejudicial elevada por la Audiencia Provincial de Barcelona en la que esta interroga al TJUE sobre si en aplicación de este concepto también cabe extender la responsabilidad de la matriz a la filial y no solo viceversa²⁹.

37. En conclusión, la sentencia *Skanska*, además de suponer una notable incursión del Derecho de la UE en el Derecho civil de los Estados miembros, deja interrogantes.

²⁸ Conclusiones del Abogado General N. Wahl, presentadas el 6 de febrero de 2019, *Skanska*, C-724/17, EU:C:2019:100, apdos. 28 -51.

²⁹ Asunto C-882/19, *Sumal/Mercedes Benz Trucks*, DOUE C87/7, de 16.03.2020. No debiera prosperar esta interpretación extensiva, por cuanto la filial evidentemente no ejerce una “influencia decisiva” sobre su matriz que pueda justificar dicha imputación y porque no existe ninguna necesidad de dirigir las demandas de daños en el cártel de Camiones contra las filiales españolas de las matrices infractoras con sede en otros Estados miembros, cuando el propio Derecho de la UE proporciona los instrumentos procesales para notificar demandas a demandados radicados en otros Estados miembros.

OBJETOS INDUSTRIALES, DERECHO DE AUTOR
Y LIBRE COMPETENCIA
CONSIDERACIONES A PARTIR DE LAS SSTJUE DE 12 DE SEPTIEMBRE
DE 2019 (“COFEMEL”) Y 11 DE JUNIO DE 2020 (“BROMPTON”)

USEFUL ARTICLES, COPYRIGHT AND FREE COMPETITION
CONSIDERATIONS AT CJEU JUDGMENTS OF SEPTEMBER 12, 2019
(“COFEMEL”) AND JUNI 11, 2020 (“BROMPTON”)

FERNANDO CARBAJO CASCÓN
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Salamanca
ORCID ID: 0000-0002-9708-3791

Recibido: 19.06.2020 / Aceptado: 01.07.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5640>

Resumen: El complejo problema de la protección de objetos industriales a través del derecho de autor, con carácter independiente y acumulable a la protección que pueden recibir por el derecho de patentes y de diseños industriales, ha sido abordado por el TJUE desde una perspectiva excesivamente conceptual y poco práctica, definiendo un concepto de “obra original” -basado en la personalidad creativa del autor y no en el carácter artístico de la creación- que sigue generando muchas dudas sobre el alcance del derecho de autor y los efectos sobre la libre competencia.

Palabras clave: Objetos industriales. Derecho de autor. Obra original. Diseño industrial. Patentes y modelos de utilidad. Libre competencia.

Abstract: The complex problema of the protection of useful articles through copyright, independently and cumulative with the protection that they can receive by patent law and design law, has been addressed by the CJEU from and excessively conceptual perspective and Little practice, defining a concept of “original work” -based on the creative personality of the autor and not on the artistic nature of the creation- which continues to raise many doubts about the scope of copyright and the effects on free competition.

Keywords: Useful articles. Copyright. Original work. Industrial designs. Patents and utility models. Free competition.

Sumario: I. Consideraciones introductorias. II. Síntesis de la protección ofrecida por el derecho sobre el diseño industrial. III.- La protección de las creaciones de diseño por el derecho de autor: 1. Condiciones de la protección “*iusauctoral*”: el diseño como obra de arte aplicada a la industria; 2. La tutela del diseño por el derecho de autor (diseño artístico): separación, acumulación absoluta y acumulación restringida; 3. Condiciones de protección de las obras de diseño a partir de la STJUE de 12 de septiembre de 2019 en el Asunto “Cofemel”. Hacia un concepto uniforme de “obra original” en la Unión Europea. IV. La consolidación del concepto autónomo de “obra original” y de la acumulación de protecciones en la protección de creaciones técnicas. La STJUE de 11 de junio de 2020, en el Asunto “Brompton”. V. Consideraciones críticas y propuesta de interpretación.

I. Consideraciones introductorias

1. Las innovaciones estéticas o de forma proporcionan un mayor valor económico-comercial a los artículos industriales (la denominada “plusvalía estética”), sirviendo como factor de identificación, distintivo y publicitario en mercados fuertemente competitivos, hasta el punto de que el valor añadido o agregado que proporciona el diseño puede llegar a superar al valor mismo del objeto al que da forma u ornamentación. El diseño se muestra así como un bien inmaterial de poderoso alcance procompetitivo en mercados maduros y punta de lanza en la apertura de nuevos mercados en el espacio global, lo que exige una adecuada protección desde la propiedad intelectual y desde el derecho de la competencia¹.

2. Frente a los actos de competencia por imitación de diseños industriales se puede invocar la protección prevista en las legislaciones nacionales de competencia desleal; en particular frente a los actos de imitación desleal (art. 11 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, LCD). Pero la tutela que ofrece la competencia desleal depende de las circunstancias concretas de cada caso, pues en principio la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales o profesionales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la ley, resulten idóneas para generar asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o del esfuerzo ajeno, y siempre que dicho comportamiento de imitación sea susceptible de alterar el orden concurrencial en el mercado (provocando o pudiendo provocar un trasvase significativo de clientela de un operador económico a otro)².

3. Ante las evidentes limitaciones e inseguridades de esta tutela “*ad hoc*” que ofrece el derecho de competencia desleal, diseñadores y empresas vuelven la vista a medios de protección más sólidos y seguros como el derecho exclusivo de diseño industrial, que protege la innovación en el sector de las formas industriales bidimensionales (dibujos) y tridimensionales (modelos)³; y también, en su caso, el derecho de autor sobre los diseños entendidos como obras de arte aplicadas a la industria. Instituciones de la propiedad industrial e intelectual que, como derechos exclusivos que recaen sobre las creaciones estéticas en cuanto bienes inmateriales, ofrecen una protección especial a los diseños frente a otros idénticos o similares independientemente de las circunstancias que puedan concurrir en cada caso concreto, en particular de si se produce o no riesgo de confusión entre los consumidores o de si concurre o no ánimo de lucro en el infractor.

4. De esta manera, la tutela del diseño se traslada hacia modelos de competencia por innovación basados en la protección que ofrecen los derechos de propiedad intelectual, como estímulos a la innovación subsiguiente y, con ello, al desarrollo industrial, tecnológico, cultural, social y económico. Los diseños industriales son creaciones estético-industriales cuya sede natural de protección en el terreno de la propiedad intelectual es, como decimos, el derecho exclusivo sobre dibujos y modelos industriales, que protege la forma u ornamento de productos fabricados en serie destinados al mercado, buscando la singularidad para distinguirse de los productos de los competidores y como reclamo para el consumidor. Pero los diseños pueden ser considerados también, según las circunstancias, como obras de arte aplicadas a la industria, es decir diseños artísticos susceptibles de ser protegidos a través del derecho de autor.

5. Así pues, el diseño como bien inmaterial de naturaleza estética-visual es el principal ejemplo de los denominados “bienes inmateriales híbridos”: creaciones intelectuales polivalentes que pueden

¹ Vid. F. DE LA VEGA GARCÍA, *Protección del diseño en el Derecho Industrial y de la Competencia*, EDERSA, Madrid, 2001, pgs. 25 y ss.

² Vid. F. CARBAJO CASCÓN (Dir.), *Manual Práctico de Derecho de la Competencia*, Tirant lo blanch, Valencia, 2017, pgs. 235 y ss.

³ Vid. una exposición de estas ideas clave en el “Libro Verde de la Comisión Europea sobre la Protección Jurídica del Diseño Industrial” (III/F/5131/91-ES), de 10 de junio de 1991, pgs. 15 y 57 y ss. En la doctrina, vid. J.M. OTERO LASTRES, “Creaciones Estéticas. Diseño Industrial”, en FERNÁNDEZ-NÓVOA /OTERO LASTRES/BOTANA AGRA, *Manual de la Propiedad Industrial*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pgs. 345-346; M^a. I. CANDELARIO MACÍAS, *La creatividad e innovación empresarial: la tutela del diseño industrial en el mercado interior*, Eurobask, 2007, pgs. 13 y ss.

desarrollar simultáneamente distintas funciones o atender a distintas finalidades, ya desde su misma creación (al haber sido concebidos con distintas finalidades concurrentes por su creador), o ya de forma sobrevenida (cuando el bien inmaterial adquiere o desarrolla a posteriori funciones o características no contempladas en origen por su creador), pudiendo ser protegidos de manera cumulativa por varios derechos exclusivos de propiedad intelectual e industrial siempre que ese bien inmaterial reúna las condiciones para obtener la protección exigida por la legislación específica de cada derecho exclusivo⁴.

6. En la sociedad postindustrial de consumo el arte se pone plenamente al servicio de las formas estético-industriales, compitiendo diseñadores e industria no sólo en precio y marca sino también en imagen de los productos que sirva como reclamo para los consumidores, poniéndose así los creadores de estilo al servicio de la industria (*“industrial styling”*). Fenómeno este especialmente visible en sectores muy diversos, como el de la moda, la joyería, bisutería, marroquinería y complementos en general, los electrodomésticos y menaje de la cocina y del hogar, productos informáticos, automóviles, motocicletas, bicicletas, entre otros muchos.

7. Con el tiempo, la forma estético-industrial y la forma artística se entremezclan hasta llegar en no pocas ocasiones a confundirse plenamente, surgiendo la dificultad de distinguir entre diseños industriales (estética funcional) y diseños artísticos (estética funcional artística) que pueden considerarse obras de arte aplicado a la industria; dificultad que tiene importantes repercusiones para la libre competencia en el mercado.

8. No es infrecuente que a los objetos creados con una finalidad puramente industrial se les reconozca más tarde (socialmente) un valor estético-artístico que los convierte en obras de arte al margen de su utilidad funcional originaria. Y a la inversa, una creación artística en origen puede utilizarse más tarde -en su forma originaria o transformada- como ornamento de una forma estético-industrial. En definitiva, creaciones industriales de forma pueden ser consideradas también creaciones artísticas en origen o de forma sobrevenida, del mismo modo que creaciones artísticas en origen pueden luego emplearse con fines industriales en tanto que forma u ornamento de productos, optando con ello a una protección múltiple a través de distintos derechos de propiedad intelectual.

9. Así, estos bienes inmateriales híbridos ofrecen mayores oportunidades de tutela a sus creadores y a la industria que los explota, pues reciben una protección legal concurrente sobre el mismo objeto: de una parte, la protección del derecho sobre los dibujos o modelos industriales (diseño industrial); de otra parte, la protección del derecho de autor sobre diseños que presentan una forma artística (diseño artístico), susceptibles de ser considerados como obras de arte aplicado a la industria.

10. En los bienes inmateriales híbridos, el objeto de la protección de cada una de las categorías de los derechos de propiedad intelectual concurrentes sobre la misma creación intelectual debería ser diverso, sin que, en principio, se debieran producir solapamientos, pues cada derecho exclusivo tutela una determinada función del bien inmaterial; en el caso que ahora nos ocupa, la función estético-industrial y la función estético-artística. Lo habitual, no obstante, será que uno de los fines o una de las funciones predomine sobre las demás, por ser la función o finalidad que ha perseguido el creador del bien inmaterial en el acto mismo de la creación (la forma artística o la función estética industrial). Aunque un bien inmaterial puede ser creado con una finalidad industrial o comercial concreta (función industrial técnica,

⁴ Vid. F. CARBAJO CASCÓN, “Bienes inmateriales híbridos y concurrencia de protecciones. Formas de tutela de las obras aplicadas a la industria”, en S. ERCOLANI, *Applied Arts Under IP Law (The uncertain border between beauty and usefulness)*, Proceedings of the International Congress of the Association Littéraire et Artistique Internationale (ALAI), Rome, 15-16 September 2016, pgs. 133-148. Vid. también, con mayor extensión, F. CARBAJO CASCÓN, “Bienes inmateriales híbridos y concurrencia de protecciones: formas de tutela de las obras aplicadas a la industria”, *Revista de Propiedad Intelectual (Pe.i)*, nº 55, enero-abril 2017, pgs. 13-58.

ornamental) cuidando especialmente la forma para darle una impronta estético-artística que potencie su característica funcional para hacerlo más atractivo en el mercado y también en el mundo del arte.

11. Es decir, el autor del diseño puede buscar una primera protección por medio de un concreto derecho de propiedad intelectual (diseño industrial) para luego reclamar, a mayores, una protección acumulada por medio de otro derecho exclusivo (derecho de autor). Pero es posible que el autor del diseño reclame desde el principio una tutela simultánea de varios derechos exclusivos para su creación, si es plenamente consciente de las diferentes funciones que puede cubrir la misma en la práctica (diseño industrial y obra de arte).

12. Entonces, en el terreno de los bienes inmateriales híbridos, susceptibles de ser protegidos cumulativamente por varios derechos de propiedad intelectual, es posible recorrer un camino de doble sentido, ya que lo industrial puede tener un valor estético-artístico en origen o sobrevenido, y lo artístico puede desarrollar funciones industriales diversas desde su misma creación o de forma sobrevenida.

13. El caso es que la diversa naturaleza que puede mostrar un bien inmaterial de inicio o de forma sobrevenida (invención, forma estético-industrial, forma artística, signo distintivo) y las distintas funciones que puede desarrollar simultáneamente (solución técnica, forma u ornamento de un producto, expresión artística, identificación y distinción en el mercado), determinan que pueda ser objeto de una protección legal independiente y acumulada por distintos derechos exclusivos de propiedad intelectual, ex art. 3 TRLPI (modelo de utilidad, diseño industrial, derecho de autor, incluso marca gráfica o tridimensional); siempre, claro está, que ese bien inmaterial reúna las condiciones para acceder al a protección exigidas por la legislación específica de cada derecho exclusivo de propiedad intelectual (novedad y actividad inventiva en el modelo de utilidad, novedad y singularidad en el diseño, originalidad en el derecho de autor, capacidad distintiva en la marca).

14. El problema reside en esclarecer si la distinta naturaleza y funciones que un mismo bien inmaterial puede desarrollar deben determinarse caso a caso (“*ad hoc*”), o si se puede afirmar de inicio que en determinados bienes inmateriales esa naturaleza diversa y funciones acumuladas concurren en todo caso, entremezclándose así -en el caso particular de las creaciones de diseño- la naturaleza y funciones de un objeto industrial con las propias de un objeto artístico, satisfaciendo ambas simultánea o sucesivamente la misma finalidad última: reforzar la protección de las creaciones de diseño en el mercado frente a la agresión de terceros competidores.

15. La cuestión, que desarrollaremos a lo largo de las siguientes páginas, es si los diseños industriales protegidos por el derecho exclusivo sobre el diseño industrial, son susceptibles de ser considerados siempre y en todo lugar como obras de arte aplicado a la industria y, por tanto, recibir en todo caso la protección acumulada del derecho de autor, tal y como defiende la teoría de la “unidad del arte”; o si, por el contrario, los diseños industriales pueden ser considerados diseños artísticos y recibir la tutela del derecho de autor sólo cuando concurren en el caso concreto determinadas circunstancias que avalen una protección reforzada, esto es sólo si los diseños muestran un plus de creatividad artística que pueda servir para considerarlos como diseños artísticos u obras de arte aplicadas a la industria.

16. Esta cuestión, de extrema complejidad jurídica y extraordinaria trascendencia para el mercado globalizado, viene siendo objeto de intensa discusión entre la doctrina científica durante los últimos años y ha provocado respuestas muy diversas de los tribunales, especialmente -pero no sólo- en los Estados miembros de la Unión Europea, llegando en fechas recientes hasta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el cual, con el ánimo de resolver definitivamente la cuestión, ha sentado una doctrina legal que, en realidad, genera más dudas que soluciones. Así, a día de hoy el problema dista de obtener una respuesta clara y definitiva, dejando abierto todavía el terreno a la interpretación por parte de los tribunales nacionales, lo que debería abocar a una solución normativa clara y uniforme por parte del

legislador de la Unión Europea para aportar seguridad jurídica en el mercado y garantizar la libre circulación de mercancías y la libre competencia en el mercado interior.

17. Estamos ante un tema de importancia capital en un mundo marcado por la innovación técnica incesante, y donde el diseño y la imagen de los productos adquieren un peso específico cada vez mayor, máxime si se tiene en cuenta que la solución que finalmente se dé a la cuestión influye decisivamente sobre la competencia en el mercado: la protección reforzada de los diseños industriales como obras de arte aplicadas protegidas cumulativamente por el derecho de autor, incrementa el grado y el tiempo de tutela de las creaciones estético-industriales, poniendo así freno a la copia e imitación (e incluso a la mejora) de los competidores, quienes tendrán que innovar buscando diseños alternativos para poder competir en el mercado (competencia por sustitución); sin embargo, la protección del diseño por el sistema de tutela de dibujos y modelos industriales ofrece una tutela más limitada en grado y tiempo, abriendo así la puerta a la imitación y copia (y mejora) de los competidores cuando caduque la protección de la propiedad intelectual por transcurso del tiempo (competencia por imitación). En suma, el análisis jurídico-formal debe ir acompañado en todo caso de un análisis económico que ayude a comprender las consecuencias para el mercado y la competencia de la opción finalmente escogida.

II. Síntesis de la protección ofrecida por el derecho sobre el diseño industrial

18. La Directiva 98/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1998, sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos industriales (DDMI), define el diseño industrial como la apariencia de la totalidad o de una parte de un producto que se derive de las características, en particular de las líneas, contornos, colores, forma, textura y/o materiales del producto en sí y/o de su ornamentación (art. 1 DDMI). La Directiva obliga a los Estados miembros de la UE a otorgar protección a los diseños mediante el registro en la Oficina nacional de propiedad industrial correspondiente (art. 3.1 DDMI).

19. Los mismos conceptos y reglas previstos en la Directiva (diseño industrial, novedad, singularidad, principio de registro, plazo de duración) se reproducen en la Ley española 20/2003, de 7 de julio, de protección jurídica del diseño industrial, que incorpora la Directiva de la Unión Europea al ordenamiento interno español (cfr. arts. 1, 5, 6 y 7 LDI)⁵.

20. Pero en la Unión Europea, además de los derechos nacionales de propiedad industrial e intelectual, sustancialmente similares por el efecto armonizador conseguido por las Directivas, se regula también un derecho sobre diseño industrial paneuropeo por medio del Reglamento (CE) núm. 6/2002 del Consejo, de 12 de diciembre de 2001, sobre los dibujos y modelos de la Unión Europea. En este caso, sin perjuicio de los derechos nacionales sobre dibujos y modelos, será posible obtener un derecho exclusivo sobre un diseño industrial para todo el territorio del mercado interior de la UE, es decir para todos los Estados miembros, gracias a un único registro en la “*European Union Intellectual Property Office*” (EUIPO), con sede en Alicante (España), siendo la regulación sustancialmente similar a la prevista en la Directiva para armonizar los ordenamientos nacionales sobre la materia (cfr. arts. 3, 4.1, 5, 6 y 7 RDMC)⁶.

21. Sólo se otorga protección a un dibujo o modelo mediante un derecho exclusivo de diseño industrial en la medida en que sea nuevo y posea carácter singular (art. 3.2 DDMI). A tales fines se con-

⁵ Vid., por todos, J.M. OTERO LASTRES, *El diseño industrial según la Ley de 7 de julio de 2003*, Marcial Pons, Madrid, 2003; J. MACÍAS MARTÍN, “Estudio monográfico sobre la Ley 20/2003, de 7 de julio, de protección jurídica del diseño industrial, en AA.VV. *Estudios sobre propiedad industrial e intelectual y derecho de la competencia: colección de trabajos en homenaje a Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pgs. 651-686.

⁶ Vid. J. J. MACÍAS MARTÍN, “La protección comunitaria del diseño industrial”, en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial en la Unión Europea*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, pgs. 305 y ss. A. GARCÍA VIDAL (Coord.), *El diseño comunitario: Estudios sobre el Reglamento (CE) 6/2002*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

sidera que un dibujo o modelo es nuevo cuando no se haya puesto a disposición del público ningún otro diseño idéntico antes de la fecha de presentación de la solicitud de registro o, en su caso, antes de la fecha de prioridad, considerando que los dibujos y modelos son idénticos cuando sus características difieran sólo en detalles irrelevantes (art. 4 DDMI y art. 6 LDI). Y se entiende que un dibujo o modelo posee carácter singular cuando la impresión general que produzca en un usuario informado difiera de la impresión general producida en dicho usuario por cualquier otro dibujo o modelo que haya sido puesto a disposición del público antes de la fecha de presentación de la solicitud de registro o, en su caso, antes de la fecha de prioridad, teniendo en cuenta para determinar si un dibujo o modelo posee o no carácter singular el grado de libertad del autor a la hora de desarrollar el dibujo o modelo (art. 5 DDMI y art. 7 LDI)⁷.

22. La protección conferida por el derecho exclusivo sobre un dibujo o modelo se extenderá a cualesquiera otros dibujos y modelos que no produzcan en los usuarios informados una impresión general distinta, teniendo en cuenta a la hora de determinar el alcance de la protección el grado de libertad del autor a la hora de desarrollar su dibujo o modelo (art. 9 DDMI y art. 47 LDI), entendiéndose que habrá menor libertad cuando el diseño venga en mayor medida determinado por la forma del producto concreto de que se trate⁸.

23. La protección exclusiva que ofrece el derecho sobre el diseño industrial, tras su registro válidamente efectuado, tendrá una duración durante uno o varios períodos de cinco años, a contar desde la fecha de presentación de la solicitud, hasta un máximo de veinticinco años (art. 10 DDMI y art. 43 LDI), transcurridos los cuales el derecho caduca cayendo el diseño en el dominio público y pudiendo así ser utilizado por cualquiera independientemente de los fines perseguidos (lucrativos o no lucrativos). De esta forma, transcurrido el periodo de protección -en el que el derecho exclusivo impide la copia e incentiva la competencia por sustitución- se reactiva la competencia por imitación entre todos los interesados que quieran utilizar ese diseño.

24. El diseño de la Unión Europea nace también con el registro válidamente efectuado en el Registro de Diseños de la EUIPO, que otorga igualmente una protección por periodos de cinco años hasta un máximo de veinticinco de la presentación de la solicitud (art. 12 RDMC). No obstante, el art. 11 RDMC otorga también protección a los dibujos y modelos no registrados, aunque sólo durante un plazo de tres años a partir de la fecha en que sean hechos públicos por primera vez dentro de la Unión Europea, entendiéndose por tal divulgación la exposición, comercialización o divulgación por cualquier otro modo de manera tal que en el tráfico comercial normal el diseño podría haber sido razonablemente conocido por los círculos especializados del sector de que se trate que operen en la UE, si bien no se considerará que el diseño ha sido hecho público por el simple hecho de haber sido divulgado a un tercero en condiciones tácitas o expresas de confidencialidad.

25. Esta protección que confiere el diseño no registrado, de inferior duración acorde con las menores exigencias para la obtención del derecho exclusivo, resulta de suma importancia para aquellos sectores industriales o comerciales que -como sucede muy particularmente en el mundo de la moda- producen periódicamente un número considerable de diseños con una vida comercial breve (diseños de temporada), al ser sustituidos rápidamente por otros nuevos. Este mecanismo facilita a los titulares de estos diseños (en los que la duración de la protección tiene una importancia menor, al ser amortizada la inversión rápidamente por lo general) la posibilidad de adquirir una protección de forma automática,

⁷ No obstante, a efectos de valorar la novedad y la singularidad del diseño el art. 6 de la Directiva menciona una serie de circunstancias en las que la divulgación ha de considerarse inocua, no rompiendo la novedad o singularidad del diseño cuya protección se reclama. Cfr. M^a T. ORTUÑO BAEZA, “El requisito de la novedad”, en A. GARCÍA VIDAL (Coord.), *El diseño comunitario: Estudios sobre el Reglamento (CE) 6/2002*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pgs. 65-210. L.A. MARCO ARCALÁ, “El requisito del carácter singular”, A. GARCÍA VIDAL (Coord.), *El diseño comunitario: Estudios sobre el Reglamento (CE) 6/2002*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pgs. 211-280.

⁸ A. GARCÍA VIDAL, “El contenido del derecho sobre el diseño comunitario”, en A. GARCÍA VIDAL (Coord.), *El diseño comunitario: Estudios sobre el Reglamento (CE) 6/2002*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pgs. 349-452.

sin formalismo alguno y sin los costes derivados del registro (cfr. Considerando nº 16 RDMC), aunque limitada en el tiempo y con un alcance material inferior al del diseño registrado, pero con la ventaja de tener efectos directos en todo el mercado interior de la Unión Europea.

26. La lógica de la protección comunitaria y nacional del diseño industrial reside en reconocer y potenciar el valor de las innovaciones estéticas en la industria y en la artesanía como factor de estímulo al comercio en el mercado interior. No se protege el diseño en tanto que creación estética o artística o por su valor cultural, sino por el valor económico (el potencial económico) que supone para la industria y el comercio⁹. Como apunta la mejor doctrina, el fundamento de la protección otorgada al diseño industrial en el derecho comunitario y nacional es doble: por un lado un fundamento subjetivo consistente en la concurrencia de un acto de creación de una forma aplicada a un producto industrial; por otro lado un fundamento objetivo concretado en la contribución del diseño al enriquecimiento del acervo o patrimonio de las formas estéticas aplicadas a la industria, incrementando así las posibilidades que tienen los consumidores para elegir productos con formas estéticamente atractivas¹⁰. Aunque, en el campo del diseño industrial, lo estético aparece separado de lo artístico, de manera que la protección conferida al diseño prescinde del mayor o menor valor estético-artístico para centrarse únicamente en la singularidad de la forma u ornamentación de un artículo industrial o artesanal.

27. El acto de creación identificado como fundamento subjetivo del derecho sobre el diseño justifica el reconocimiento explícito del derecho a ser mencionado como autor del diseño en la solicitud, en el Registro y en la publicación del diseño registrado (art. 18 RDMC y art. 19 LDI) Y ello al margen de si concurre o no en el acto de creación una especial altura creativa en la concepción o ejecución del diseño, al margen de la originalidad y del valor artístico que pueda tener el diseño, y al margen también del mayor o menor valor estético del mismo. Ahora bien, la existencia de un acto de creación deja abierta la posibilidad de que el diseño pueda ser calificado como diseño artístico u obra de arte plástico aplicado, si se dan las condiciones de originalidad exigidas por el derecho de autor y sin necesidad de registro (no exigido para la protección del derecho de autor, que surge por el simple hecho de la creación plasmada un soporte que la haga perceptible por los sentidos). Se ha dicho al respecto, con acierto, que la relación del diseño industrial con el derecho de autor es una relación natural en tanto que ambos derechos amparan al autor y protegen las creaciones plásticas¹¹.

28. La mezcla de actividad creativa, innovación estética y valor comercial hace del diseño industrial una figura jurídica compleja, de difusos contornos; una figura híbrida que se sitúa en la delicada frontera entre las formas artísticas puras (goce estético) y las formas industriales (función industrial), mostrándose como paradigma del llamado “arte industrial”. Esto hace que en algunas ocasiones la protección de la apariencia, como bien inmaterial resultado de una actividad creativa e independiente del objeto en el que se incorpora, resulte de la aplicación conjunta de diferentes instituciones jurídicas dentro de la disciplina amplia de la Propiedad Industrial e Intelectual, sin descartar tampoco la tutela que puede ofrecer la competencia desleal donde no alcance el derecho exclusivo.

III. La protección de las creaciones de diseño por el derecho de autor.

1. Condiciones de la protección “*iusauctoral*”: el diseño como obra de arte aplicada a la industria.

29. Dice el art. 10 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996 (TRLPI) que: “*Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expre-*

⁹ J. MACÍAS MARTÍN, “La protección comunitaria del diseño industrial”, en A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial en la Unión Europea*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, pg. 307.

¹⁰ J. M. OTERO LASTRES, *El diseño industrial según la Ley de 7 de julio de 2003*, cit. pg. 52.

¹¹ M. CURELL ÁGUILA, “El Diseño Industrial”, en H. BAYLÓS CORROZA, *Tratado de Derecho Industrial*, 3ª ed., a cargo de M. BAYLÓS MORALES (Coord.), Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2009, pg. 1308.

sadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro...”. A continuación ofrece un listado meramente ejemplificativo de creaciones intelectuales que tienen la consideración de obras y que podrán ser objeto de protección por el derecho de autor siempre que sean originales, sin que necesariamente tengan que ser obras de arte, literarias o científicas en sentido estricto.

30. Así pues, el objeto de protección del derecho de autor son todas las “obras originales” expresadas en algún soporte tangible o intangible, pero la determinación del verdadero ámbito de aplicación del derecho se complica en la medida que el legislador (ni el nacional ni tampoco el de la Unión Europea) no aporta una definición de “obra” ni tampoco de “originalidad”, como tampoco de los posibles “soportes” o “medios” de expresión.

31. Esta falta de definición de los requisitos de acceso a la protección han convertido al derecho de autor -con el paso del tiempo y el avance de la técnica- en un saco sin fondo; un cajón de sastre donde pueden tener cabida cualesquiera creaciones de la mente humana que no encuentren tutela específica en otro derecho de propiedad intelectual, e incluso -en algunos casos- creaciones que sí disponen de esa tutela específica en otro derecho de exclusiva (como sucede con los bienes inmateriales híbridos y en particular los diseños industriales).

32. El derecho de autor protege las obras originales, en cuanto formas elaboradas (contenido) de un conjunto de ideas creadas por la mente humana (contenido) expresadas en un soporte que las exteriorice y haga perceptibles para los sentidos de la vista y del oído¹², independientemente del género o tipo de creación, de la forma de expresión, del mérito artístico de la creación y del destino o finalidad para el que fue creada¹³.

33. La mención de las categorías de obras literarias, artísticas o científicas tiene su origen en el art. 2 del Convenio de Berna de 9 de septiembre de 1886 y en el art. 1 de la Ley de 10 de enero de 1879 sobre Propiedad Intelectual¹⁴. Sin embargo, esta categorización general del tipo de creaciones in-

¹² Por el momento no se ha abierto la puerta a las creaciones que se expresa por el gusto o el olfato. Así, la STJUE de 13 de noviembre de 2018 (As. C-310/17, “Levola Hengelo BV”) rechazó que el sabor de un alimento (un queso graso) pueda quedar protegido por el derecho de autor con arreglo a la Directiva 2001/29/CE, sobre derechos de autor y derechos conexos en la sociedad de la información (DDASI), no pudiendo una normativa nacional interpretar la Directiva de forma que conceda la protección del derecho de autor a ese sabor. Considera el Tribunal que el concepto de “obra” contemplado en la Directiva 2001/29 implica necesariamente una expresión del objeto de la protección del derecho de autor que la identifique con suficiente precisión y objetividad, aun cuando esta expresión no sea necesariamente permanente (ap. 40), no siendo posible esa identificación precisa y objetiva en el sabor de un alimento en tanto en cuanto que éste se basa en lo esencial en sensaciones y experiencias gustativas, que son subjetivas y variables, toda vez que dependen, en particular, de factores relacionados con la persona que prueba el producto en cuestión, como su edad, sus preferencias alimentarias y sus hábitos de consumo, y del entorno o del contexto en que tiene lugar la degustación del producto (ap. 42). A mi juicio, los argumentos del TJUE no son sólidos y se ha limitado a salir del paso evitando un problema práctico, pues los mismos argumentos sobre las sensaciones y experiencias subjetivas y variables de una persona pueden trasladarse a la percepción de muchas obras de arte plástico o figurativo e incluso musical o literario. No me extrañaría que en el futuro inmediato se replantee esta cuestión, de la misma forma que se hizo en el derecho de marcas con los signos olfativos, gustativos y táctiles. Vid. E.M.^a DOMÍNGUEZ PÉREZ, “Tutela jurídica del sabor de un producto: ¿Es el derecho de autor la vía adecuada? Nuevas posibilidades a través de las marcas no convencionales”, ADI, Vol. 39, 2018-2019, pgs. 367-385. La cuestión en último término girará en torno a la decisión de si el derecho de autor puede dar cobijo a cualquier tipo de creación intelectual o si, como filtro último de acceso, sólo pueden acceder a su protección las obras literarias, artísticas o científicas, aun entendidas “*latu sensu*” para admitir interpretaciones analógicas (como sucede con los programas de ordenador y las obras literarias, o las bases de datos electrónicas y las colecciones).

¹³ Estos requisitos no figuran de forma expresa en la Ley de Propiedad Intelectual española, pero son aceptados comúnmente y sí que se mencionan en otras legislaciones, como el art. L.112-1 del Code de la Propriété Intellectuelle francés, o el art. 2º,1 del Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos portugués. Cfr. P. SOUSA E SILVA, *A Protecção Jurídica do Design*, Almedina Coimbra, 2017, pgs. 200 y ss., califica con acierto estas características de la independencia del género, forma de expresión, mérito y destino como “no requisitos” (“*não requisitos*”), al resultar irrelevantes para la tutela que ofrece el derecho de autor a las obras originales.

¹⁴ Es una mención que se recoge también, con términos idénticos o similares en legislaciones de otros países próximos como el parágrafo 2 de la Urheberrechtsgesetz alemana, el parágrafo 1 de la Urheberrechtsgesetz austríaca, el art. 1 de la Legge 22 aprile 1941 sulla Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio, y el art. 1 del Código do Direito de

telectuales objeto de tutela por el derecho de autor carece de contenido normativo para la mayoría de la doctrina, siendo así una clasificación meramente histórico-descriptiva del ámbito o alcance habitual de protección del derecho de autor¹⁵.

34. Este alcance expansivo del derecho de autor puede interpretarse a priori como una tutela frente a la imitación o copia servil y un incentivo a la creación e innovación en áreas no estrictamente artísticas ni literarias, como sucede con muchas creaciones menores de carácter más empresarial o profesional que estrictamente creativo (catálogos de productos, prospectos de medicamentos, libros de instrucciones de electrodomésticos, horóscopos y anuncios de prensa, folletos turísticos, etc.), con las llamadas creaciones tecnológicas (programas de ordenador, bases de datos electrónicas, páginas web, etc.) y con creaciones de finalidad industrial (modelos y dibujos industriales, modelos de utilidad, signos distintivos). Pero a la postre, la protección reforzada que ofrece el derecho de autor, sustantiva (derecho a prohibir o autorizar cualquier forma de explotación de la obra en cualquier forma, *ex art.* 17 TRLPI, y en particular mediante la reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, *ex arts.* 18 a 21 TRLPI) y temporalmente (la vida del autor más setenta años tras su fallecimiento o setenta años desde la divulgación lícita en el caso de obras colectivas, *ex arts.* 26 y 28.2 TRLPI), a cualquier tipo de creación intelectual (por menor que sea e independientemente de su forma de expresión, mérito y destino), puede poner en peligro la libre competencia en el mercado de referencia del objeto protegido al ofrecer una tutela excesiva para creaciones menores (que probablemente no merecen siquiera la consideración de creación intelectual “*stricto sensu*”) o para creaciones que pueden obtener una protección por otra vía (como el diseño industrial, los derechos conexos o la marca).

35. Así sucede, particularmente, en el terreno proceloso de las creaciones de diseño, donde diseñadores e industria pretenden una protección más amplia y reforzada que la que concede el derecho exclusivo sobre modelos y dibujos industriales para reafirmar su posición en el mercado frente a la imitación de sus competidores, forzando las categorías para considerar diseños industriales también como obras de arte aplicado a la industria y ampliar así la tutela desde el punto de vista material y temporal.

36. Las obras de arte aplicadas a la industria constituyen, sin duda, el paradigma de los bienes inmateriales híbridos, al ser creaciones de forma tridimensional o bidimensional con una finalidad estético-industrial que al mismo tiempo reúnen características de tipo estético-artístico¹⁶. Incluso el objeto industrial puede dar solución a un problema técnico pudiendo protegerse como modelo de utilidad por su función técnica, diferente de la forma estético-industrial y, en su caso, de su forma estético-artística, pudiendo gozar así de una triple protección de las distintas funciones acumuladas en el bien inmaterial híbrido. Se trata, por tanto, de formas industriales que, además de novedosas y singulares en el campo industrial, resultan originales en el terreno artístico. En España, el artículo 10.1 letra e) TRLPI reconoce la protección por el derecho de autor a las obras de arte aplicadas siempre que sean originales; sin definir las, pero identificándolas como una subcategoría de las obras plásticas.

37. En líneas generales existe coincidencia entre la doctrina española en considerar como obra de arte aplicado la obra plástica -creación de imagen que se manifiesta mediante la forma y el color- con un destino o finalidad práctico industrial¹⁷. Se trata de objetos de uso funcional con forma artística: objetos que desarrollan alguna utilidad o función práctica en la industria o el comercio (mue-

Autor e dos Direitos Conexos de 1985. Sin embargo, el art. L.112-1 del Code de la Propriété Intellectuelle francés extiende el derecho de autor a “*toutes les oeuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination*”.

¹⁵ Vid. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Artículo 10. Obras y títulos originales”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, pgs. 159 y 160.

¹⁶ H. COHEM JEHOAM, “Obras híbridas ubicadas entre el derecho de autor y el derecho de propiedad industrial”, RIDA, nº 153, 1992, pgs. 76 y ss.

¹⁷ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Comentario al artículo 10 LPI. Obras y títulos originales”, cit., pg. 183. Vid. también J.I. PEINADO GRACIA, “Comentario al artículo 10 LPI”, en F. PALAU RAMÍREZ/G. PALAU MORENO, (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pgs. 208-209.

bles, tejidos, moda, calzado y complementos de moda, vehículos, electrodomésticos, relojes, joyas, bisutería, edificios, obras de ingeniería, etc.) y que presentan formas bidimensionales o tridimensionales de carácter o impronta artística. Puede ser que un creador revista de forma artística a un objeto industrial, o bien que una obra preexistente de arte plástico se aplique después para dar forma artística a un objeto industrial.

38. Estas creaciones reciben la protección que otorga el derecho de autor si se consideran originales en su forma de expresión, al margen por tanto de los conceptos técnicos en su caso plasmados en el objeto en cuestión y de la finalidad o destino práctico o útil que tengan o puedan tener en el terreno de la estética industrial (diseño industrial) o de la técnica (modelos de utilidad), constituyendo una máxima admitida por doctrina y jurisprudencia que el derecho de autor no protege las ideas sino la expresión y, por tanto, no protege los conocimientos técnicos ni la forma de un producto que venga motivada exclusivamente por exigencias de funciones técnicas, siendo así la forma y utilidad industriales propias de un determinado objeto una restricción del ámbito de libertad creativa¹⁸.

39. La misma regla, por tanto, prevista de manera expresa como prohibición para el registro de marcas (especialmente tridimensionales)¹⁹ y diseños industriales²⁰. Las cuales han sido interpretadas por el TJUE, para el caso del diseño, en el sentido de que para apreciar si las características de apariencia de un producto están dictadas exclusivamente por su función técnica, es preciso demostrar que dicha función técnica es el único factor que determinó esas características, para lo cual resulta irrelevante la existencia de dibujos o modelos alternativos, debiendo tener en cuenta todas las circunstancias objetivas pertinentes y no -o no sólo- la percepción de un observador objetivo²¹; y para el caso de la marca, en el sentido de que a la hora de resolver sobre una solicitud de registro de marca tridimensional o de diseño industrial el tribunal ha de identificar debidamente las características esenciales del producto u objeto en cuestión, en primer lugar, y determinar si esas características responden exclusivamente a una función técnica del producto, en segundo lugar²², para lo cual, además de la representación del objeto en cuestión puede tenerse en cuenta la percepción del público pertinente sobre la forma de ese producto, no sobre su función técnica²³.

¹⁸ La originalidad de una obra aplicada a la industria se determinará sobre la forma estética, nunca sobre la función técnica industrial. Por analogía con lo dispuesto en la legislación de diseño industrial (cfr. art. 10.1 LDI 2003) y de marcas (art. 5.1 e. LM 2001), no podrá considerarse una obra artística original una creación cuya forma venga impuesta exclusivamente por el efecto técnico del objeto. No se puede proteger la forma indispensable para un determinado uso práctico, en consecuencia la función y utilidad del objeto constituye una restricción a la libertad creativa. Vid, por todos, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Comentario al artículo 10 LPI. Obras y títulos originales”, cit. pgs. 183-184. En la Jurisprudencia, vid. la reciente STJUE de 11 de junio de 2020 (As. C-833/18, “Brompton”, aps. 33 y 34), según la cual, en el supuesto en que la forma del producto venga únicamente dictada por su función técnica, el citado producto u objeto no podrá acogerse a la protección que otorga el derecho de autor, debiendo el tribunal determinar si, por medio de la elección de la forma del producto, su autor ha expresado su capacidad creativa de manera original tomando decisiones libres y creativas y ha configurado el producto de modo que este refleje su personalidad.

¹⁹ Cfr. art. 5.1 c. LM 2001, recogido en el art. 3.1 e) incisos ii) y iii) de la Directiva 2008/95/CE, de 22 de octubre, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (versión consolidada), y del vigente art. 4.1 e) incisos ii) y iii) de la Directiva 2015/2436: “No podrán registrarse como marca los signos constituidos exclusivamente por la forma u otra característica impuesta por la naturaleza misma del producto o por la forma u otras características del producto necesaria para obtener un resultado técnico, o por la forma u otra característica que dé un valor sustancial al producto”.

²⁰ Cfr. art. 11.1 LDI 2003, proveniente del art. 7.1 de la Directiva 98/71/CE, de 13 de octubre de 1998, sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos y coincidente con el art. 8.1 del Reglamento (CE) 6/2002 sobre el diseño comunitario: “El registro del diseño no conferirá derecho alguno sobre las características de apariencia del producto que estén dictadas exclusivamente por su función técnica”.

²¹ STJUE de 8 de marzo de 2018 (As. C-395/16, “Doceram c. CeramTec”, aps. 33 y 38).

²² Cfr. SSTJUE de 14 de septiembre de 2010 (As. C-48/98, “Lego Juris c. OAMI”, aps. 68, 72 y 84), de 10 noviembre de 2016 (As. C-30/15, “Simba Toys c. EUIPO”, aps. 40 y 42).

²³ De manera que la denegación de registro como marca, y por extensión como diseño industrial, puede aplicarse cuando de elementos objetos y fiables resulte que la elección de los consumidores de comprar el producto en cuestión está determinada en gran medida por esa característica. Cfr. STJUE de 23 de abril de 2020 (As. C-237/19, “Gömböc Kutató, Szolgáltatás és Kereskedelmi Kft.”).

40. En el caso de las creaciones intelectuales (bienes inmateriales) aplicadas a la industria lo habitual es que los titulares de creaciones nacidas con fines eminentemente industriales y registradas o explotadas como patentes (modelos de utilidad) y/o diseños industriales, recurran además a la protección acumulada del derecho de autor para obtener una protección más amplia y duradera que la que otorgan los diferentes derechos de propiedad industrial. Se trata de la denominada “vis atractiva” del derecho de autor en la tutela de bienes inmateriales²⁴.

41. La cuestión es, entonces, si puede o debe disociarse perfectamente la protección del diseño industrial como creación estético-industrial y, en su caso, como obra de arte, o si cabe una protección acumulada y, de admitirse, en qué condiciones y con qué alcance puede o debe darse la doble protección de una creación de forma. Y no es una cuestión baladí, pues la tutela acumulada que ofrece el derecho de autor a un diseño industrial sirve en la práctica para extender la protección del diseño mucho más allá de los veinticinco años reconocidos en la legislación europea, impidiendo actos de reproducción (fabricación), distribución (venta), comunicación al público (por ejemplo en publicidad) y transformación (modificaciones de la forma o expresión) durante toda la vida del autor del diseño y setenta años tras su fallecimiento (o setenta años desde la divulgación por cualquier medio del diseño artístico si se trata de una creación que nace en el seno de una empresa u otra entidad personificada, considerado como obra colectiva *ex art. 8 TRLPI*).

42. Con lo cual, la tutela acumulada del derecho de autor sobre la que ofrece el derecho sobre el diseño industrial tendrá consecuencias relevantes sobre la competencia en el mercado, pues supone un freno a la competencia por imitación tras caducar el derecho de propiedad industrial sobre el diseño y, en consecuencia, extiende el periodo de competencia por sustitución por la vigencia de un nuevo derecho exclusivo de propiedad intelectual acumulado al de origen; planteándose inmediatamente el debate de si esta protección acumulada que puede tener una importante incidencia sobre la competencia en mercados que se caracterizan por la relevancia de la imagen de los productos y servicios (combinada con las marcas, como factor de reclamo), debe darse en todo caso (tesis de la acumulación absoluta) o si debe reservarse sólo para aquellos casos en que un diseño industrial presente además una especial altura o creatividad artística como obra de arte aplicado (tesis de la acumulación restringida).

43. Es más, la mayor fortaleza material que otorga el derecho de autor (que además de derechos patrimoniales reconoce derechos morales que refuerzan la protección de la creación intelectual), junto al reconocimiento del derecho por el simple hecho de la creación y el consiguiente acceso a una protección cuasi-universal sin necesidad de registro (gracias al “principio de trato nacional” establecido en los Convenios de Berna y en el Acuerdo ADPIC de la OMC), sin la obligación de explotar de forma efectiva la obra para mantener la protección, la baja exigencia del criterio de originalidad para acceder a la protección en la mayoría de los ordenamientos (considerando original la obra que es creación propia de su autor y refleja su personalidad creativa), y la mayor duración del derecho de autor respecto a los derechos de propiedad industrial (salvo las marcas, que pueden renovarse por periodos sucesivos de diez años ilimitadamente), pueden hacer innecesario o irrelevante acudir a otro tipo de protecciones -como la que ofrece el derecho exclusivo sobre dibujos y modelos industriales registrados o no registrados- si se opta por una interpretación que considere obra original a cualquier creación de diseño que resulte del esfuerzo del propio autor, independientemente del mérito y destino de la misma, ya que el derecho de autor permitiría a su titular explotar y licenciar la obra como diseño en el campo de la industria²⁵.

44. El derecho de autor protege la obra original de forma absoluta, frente a todo uso no autorizado de la misma, incluyendo los usos industriales ornamentales, distintivos o de cualquier otra clase²⁶. En

²⁴ CARBAJO CASCÓN, “Bienes inmateriales híbridos y concurrencia de protecciones: formas de tutela de las obras aplicadas a la industria”, cit., pg. 28.

²⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Comentario al artículo 10 LPI. Obras y títulos originales”, cit. pg. 184.

²⁶ A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Marcas y Derechos de Autor”, en la obra del mismo autor, *Introducción a las marcas y otros signos distintivos del tráfico empresarial*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pg. 106.

caso de ser utilizada la obra como diseño no registrado, el titular del derecho de autor podrá ejercitar las acciones en defensa de su derecho exclusivo para impedir la reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de su obra con esa finalidad industrial, pues parece claro que la utilización de una obra original para la fabricación y distribución de productos de cualquier tipo, así como en la publicidad, pueden considerarse actos de reproducción, distribución, comunicación pública y -siempre que la obra sea reconocible- transformación, sujetos al “*ius prohibendi*” del titular o licenciatario exclusivo de la obra. Esa protección se torna más fuerte si cabe, en tanto que la legislación sobre diseños industriales y marcas faculta al titular de derechos de autor sobre una obra anterior a oponerse al registro y solicitar la nulidad de un diseño o de una marca que reproduzca esa obra²⁷, con lo cual el autor de un diseño no registrado podría oponerse al registro y en su caso solicitar la nulidad del diseño industrial registrado, creando así problemas adicionales para la seguridad jurídica y para la libre competencia en un sector en constante crecimiento como es el de las formas aplicadas a la industria.

45. En definitiva, las distintas finalidades o funciones que pueden desarrollar los bienes inmateriales híbridos, tomando como referencia fundamental en este caso las obras aplicadas a la industria, obligan a examinar los problemas que pueden plantearse en la práctica para los titulares de derechos, pero también para la competencia en el mercado y para los intereses de los consumidores. Conviene no olvidar, en este sentido, que los derechos de propiedad intelectual son herramientas que generan eficiencias dinámicas en el mercado, estimulando la innovación subsiguiente y con ello la competencia por sustitución en nuevos productos y servicios. Quiere decirse con ello que una protección legal del derecho de autor acumulada al derecho sobre el diseño industrial (o incluso la protección directa de las creaciones de diseño como obras sin necesidad de registro como diseño industrial) puede ampliar el monopolio jurídico sobre un bien inmaterial, lo que obliga a valorar cuidadosamente cuándo procede o cuándo no procede reconocer una protección adicional o concurrente sobre un concreto bien inmaterial si con la misma se puede poner en riesgo la innovación subsiguiente y con ello la libre competencia.

46. El problema se agrava ante la dificultad de establecer valoraciones a priori en los textos legales en torno a los requisitos de acceso a la protección del derecho de autor: el concepto de obra y el concepto de originalidad. De modo que la decisión final deberán tomarla jueces y tribunales en situaciones concretas donde pueda plantearse un conflicto, por más que la seguridad jurídica reclame un concepto unitario que impida soluciones dispares a situaciones similares.

47. En este sentido, reconocer una protección mediante el derecho de autor a creaciones de dudosa o ínfima creatividad (las llamadas obras calderilla, caracterizadas por una escasa altura o esfuerzo creativo), puede poner en riesgo la innovación subsiguiente y, con ello, en discusión la finalidad que actualmente se atribuye a los derechos de propiedad intelectual, al otorgar protecciones absolutas y excesivamente duraderas en el tiempo (sobre todo para las denominadas obras de empresa), haciendo en muchos casos innecesaria la institución del diseño industrial. Sin embargo, exigir un elevado umbral de acceso al derecho de autor, en forma de altura creativa, deja en manos del subjetivo criterio de jueces y tribunales la decisión de qué creaciones estético-industriales “merecen” la mayor protección que ofrece el derecho de autor debido a sus mayores características estético-artísticas.

48. La solución al problema se ha centrado generalmente en torno al concepto de originalidad, como tamiz de acceso a la tutela ofrecida por el derecho de autor. Sin embargo, tras las últimas decisiones del TJUE en materia de originalidad, considero que la respuesta debe venir desde el concepto mismo de obra como objeto de protección del derecho de autor.

²⁷ Cfr. arts. 9.1 c) y 52 LM 2001; arts. 13 g), 66 y 67 LDI 2003.

2. La tutela del diseño por el derecho de autor (diseño artístico): separación, acumulación absoluta y acumulación restringida

49. Como venimos diciendo, existe una tendencia natural entre los operadores del mercado titulares de derechos de diseño industrial sobre creaciones estético-industriales a reclamar la protección concurrente del derecho de autor, calificando sus creaciones a tales fines como obras de arte aplicadas. La cuestión -objeto de debate a nivel mundial- es si el carácter artístico de un diseño industrial sólo concurre en determinados diseños industriales (los denominados “diseños artísticos”) o si, por el contrario, un diseño industrial constituye al mismo tiempo y en todo caso una obra de arte aplicado que puede acceder a la protección del derecho de autor siempre que pueda considerarse una creación original de su autor.

50. La tutela del diseño industrial con valor artístico ha oscilado tradicionalmente entre la separación absoluta de los sistemas de protección de propiedad industrial e intelectual, la acumulación absoluta de protecciones y la opción ecléctica de la acumulación restringida²⁸.

51. En algunos países, como en Italia²⁹ o en los Estados Unidos de América³⁰, el ordenamiento establece un *sistema de separación* (“*scindibilità*”) entre el sistema de protección de los diseños industriales y el sistema de tutela de las obras de arte, escindiendo por completo la función industrial del diseño de la función o valor puramente artístico de la obra plástica, de modo que se aplicaría una u otra protección en función del destino que el autor otorgue a su creación intelectual: si el destino de la obra es conformar la apariencia de un producto industrial fabricado en serie se aplica la protección propia del diseño industrial³¹; pero si los elementos estéticos de un producto pueden ser percibidos como obra de arte bidimensional o tridimensional, de forma aislada respecto del uso práctico del objeto industrial, podrán además obtener la protección por la vía del “*copyright*”. Interpretación esta que, por la evidente dificultad de separar lo estrictamente artístico de lo útil o funcional en un objeto industrial ha sido objeto de muy diferentes interpretaciones por doctrina y jurisprudencia, llevando finalmente a la U.S. Supreme Court a abandonar el test de la separabilidad en la Sentencia del caso “*Star Athletica LLC v. Varsity Brands, Inc.* (case nº 15-866), donde considera que el diseño de un uniforme de “*Cheerleaders*” caracterizado por una peculiar disposición de colores y barras en forma de zigzag que contribuyen a incrementar el pecho y reducir la cintura, puede ser considerado una obra original susceptible de quedar protegida por la “*Copyright Act*” al ser posible percibir los elementos estéticos como obra de arte junto al uso práctico del objeto industrial³².

²⁸ Vid. una exposición de estas ideas clave en el “Libro Verde de la Comisión Europea sobre la Protección Jurídica del Diseño Industrial” (III/F/5131/91-ES), de 10 de junio de 1991, pgs. 15 y 57 y ss. Vid. también, el documento del Comité Permanente OMPI/WIPO sobre Derecho de Marcas, Dibujos y Modelos Industriales e Indicaciones Geográficas, “Los diseños industriales y su relación con las obras de artes aplicadas y las marcas tridimensionales”. Novena Sesión, Ginebra, 11-15 de noviembre de 2002, SCT/9/6, especialmente pgs. 9-22. En nuestra doctrina, vid. J.M. OTERO LASTRES, “Creaciones Estéticas. Diseño Industrial”, en FERNÁNDEZ-NÓVOA/OTERO LASTRES/BOTANA AGRA, *Manual de la Propiedad Industrial*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pgs. 345-346; M^a I. CANDELARIO MACÍAS, *La creatividad e innovación empresarial: la tutela del diseño industrial en el mercado interior*, Eurobask, 2007, pgs. 13 y ss.; G. BERCOVITZ, “La protección del diseño tras la Directiva 98/71/CE. El derecho de autor sigue siendo clave”, *Pe.i.*, Nº 5, 2000, pgs. 9 y ss.; M.R. RUIZ MUÑOZ, “Diseño industrial y derecho de autor en Europa (la acumulación en algunos derechos nacionales armonizados)”, *ADI*, Vol. 27, 2006-2007, pgs. 381 y ss.; F. CARBAJO CASCÓN, “La protección del diseño industrial por la vía del derecho de autor. Concepto y régimen jurídico del diseño artístico”, en A. GARCÍA VIDAL (Coord.), *El Diseño Comunitario. Estudios sobre el Reglamento (CE) núm. 6/2002*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pgs. 525 y ss.

²⁹ Art. 2(4) Legge 21 aprile 1941 sul diritto d'autore, derogado en el año 2001.

³⁰ 17 U.S.C., Prgf. 101, según el cual un artículo con una función utilitaria intrínseca (“*useful article*”) sólo podrá protegerse mediante “*copyright*” si los aspectos artísticos (pictóricos, escultóricos o gráficos) pueden identificarse de forma separada y existir con independencia de los aspectos utilitarios del objeto.

³¹ La Section 101 del U.S. Code, 17, tras definir las obras pictóricas, gráficas y escultóricas, incluidas las obras bidimensionales y tridimensionales de bellas artes, artes gráficas y artes aplicadas, establece que el diseño de un artículo utilitario sólo podrá ser considerado una obra pictórica, gráfica o escultórica (y por tanto quedar protegido por el derecho de autor) si incorpora caracteres pictóricos, gráficos o esculturales que puedan identificarse separadamente y resulten ser independientes de los aspectos utilitarios del artículo.

³² Vid. A. SUÑOL, “Diseños funcionales y derecho de autor”, *ADI* Vol. 39, 2018-2019, pgs. 251-273 (259-261).



52. En otros países, cuyo máximo exponente es Francia, se ha consagrado tradicionalmente el *sistema de acumulación absoluta* entre la protección otorgada por el diseño industrial y la conferida por el derecho de autor, partiendo para ello de la denominada “teoría de la unidad del arte” (“*l’unité de l’art*”), según la cual el arte es un concepto unitario que puede expresarse de muy diferentes formas y fijarse en cualquier tipo de soporte, no pudiendo distinguirse las creaciones artísticas en función del modo de expresión, del mérito artístico, del interés estético o del destino que se les quiera dar (“el arte es uno y todo es arte”); de manera que no es posible discriminar expresiones artísticas por el hecho de estar incorporadas en un artículo utilitario (un objeto o producto industrial), ni distinguir cabalmente entre los diseños (dibujos o modelos) que pueden resultar merecedores o no de protección por medio del derecho de autor, bastando con que el diseño sea una creación original propia de su autor (que no sea una copia) para ser reconocido como obra de arte y obtener la protección que ofrece el derecho de autor independientemente de su mayor o menor mérito artístico³³.

53. Entre ambas posturas maximalistas se sitúan algunos países que establecieron un *sistema de acumulación restringida* o *sistema de superposición parcial* entre el derecho del diseño industrial y el derecho de autor. Es el caso de Alemania, Portugal, Italia o España, además de los países nórdicos, Dinamarca y Suiza. Según este sistema los diseños industriales obtendrán protección por su legislación específica (siempre que cumplan los requisitos exigidos en la misma) en cuanto forma o apariencia externa de un objeto o artículo industrial o utilitario, gozando además de la tutela por medio del derecho de autor siempre que el diseño, como creación de forma, pueda considerarse una obra de arte. En consecuencia, sólo las obras de arte aplicado podrán beneficiarse de la doble protección: por el derecho de autor desde el momento mismo de su creación, y por el derecho sobre el diseño industrial siempre que se solicite y obtenga su registro, entendiéndose que no todo diseño industrial puede considerarse una obra de arte aplicado.

54. El problema reside, como venimos diciendo, en el filtro o tamiz de acceso al derecho de autor, que doctrina y jurisprudencia centran exclusivamente en el concepto de originalidad.

³³ El principio de unidad del arte se plasmó en la legislación francesa histórica por medio, de una parte, de la Ley de 11 de marzo de 1902, cuyo artículo 2 añadió un nuevo párrafo al art. 1 de la Ley de 24 de julio de 1793 sobre Propiedad Artística y Literaria, indicando que el derecho de autor atribuido a los autores de escritos, compositores de música, pintores y dibujantes corresponderá igualmente “a los escultores y dibujantes de motivos ornamentales, cualquiera que sea el mérito y el destino de la obra”; y de otra parte, con la Ley de 14 de julio de 1909 sobre dibujos y modelos industriales, que declaró aplicables a los creadores de dibujos y modelos y a sus causahabientes los derechos propios de la Ley sobre diseños y los derechos y aquellos otros que les pudiera corresponder por la Ley sobre propiedad artística y literaria. Vid. Y. GAUBIAC, “La théorie de l’unité de l’art”, *Revue Internationale du Droit d’Auteur*, 111, Janvier 1982, pgs. 3-70. Vid. también, J.M. OTERO LASTRES, *El Modelo Industrial*, Montecorvo, Madrid, 1977, pgs. 60 y ss.; del mismo autor, más recientemente, “El grado de creatividad y de originalidad requerido al diseño artístico”, *Pe.i*, 2005, pgs. 12 y ss.

55. Si se admite un criterio subjetivo débil de originalidad (propio del derecho anglosajón)³⁴, en el sentido de considerar original la creación propia del autor que exprese su personalidad creativa (es decir, lo no copiado de una creación anterior), prácticamente cualquier diseño industrial podría acceder a la protección acumulada del derecho de autor, banalizando con ello la propia protección que ofrece la legislación de diseño industrial y creando obstáculos a la innovación subsiguiente en el campo de las formas industriales, ya que el carácter absoluto del derecho de autor permitiría ampliar el monopolio jurídico sobre la creación mucho más allá de la protección ofrecida por el diseño industrial. El mismo resultado se alcanza si se opta por un criterio subjetivo fuerte de originalidad (propio del derecho francés y del derecho alemán), en el sentido de considerar original la obra que refleje la personalidad creativa de su autor³⁵.

56. Las distintas opciones de acumulación (absoluta o restringida) están abiertas en la legislación de la Unión Europea, pues según el art. 17 de la Directiva 98/71/CE, de 13 de octubre de 1998, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia (Sala segunda) de 27 de enero de 2011 (As. C-168/09, Flos c. Semeraro), un dibujo o modelo que haya sido objeto de registro en un Estado miembro con arreglo a las disposiciones de dicha Directiva, podrá acogerse, conforme a la misma, a la protección conferida por la normativa de dicho Estado sobre los derechos de autor, disponiendo cada Estado miembro de libertad para determinar el alcance y las condiciones en que se concederá dicha protección, incluido el grado de originalidad exigido. Esto genera situaciones muy dispares que, desde luego, no contribuyen a la seguridad jurídica y a una competencia uniforme dentro de la UE³⁶.

57. Así, mientras algunos Estados como Francia o Alemania optan por una acumulación absoluta ofreciendo la tutela del derecho de autor a diseños industriales que puedan considerarse originales por ser una creación propia de su autor que refleje su personalidad creativa³⁷, el legislador español (como el italiano y el portugués)³⁸ ha venido apostando claramente por un sistema de acumulación restringida en

³⁴ Basado en la lógica utilitarista de incentivo a los creadores de cualquier objeto o prestación con valor económico potencial: “*What is worth copying is worth protecting*”. Vid. E. ROSATI, *Originality in EU Copyright. Full Harmonization through Case Law*, Edward Elgar Publishing, London, 2013, pgs. 59 y ss.

³⁵ Siendo en este caso el punto de referencia el autor, de modo que la obra se protege como reflejo de su personalidad creadora. Vid. M. VIVANT/J.M. BRUGUIÈRE, *Droit d’auteur e droits voisins*, Dalloz, Paris, 2013, pgs. 232 y ss. Vid. LOEWENHEIM, “Geschützte Werke”, en SCHRICKER/LOEWENHEIM, *Urheberrecht Kommentar*, 3ª ed., C.H. Beck, München, 2010, prgf. 2, Rn 6. No obstante, la doctrina germana discutía si el mismo concepto de originalidad era aplicable por igual a las obras de arte aplicado (“*Werk der angewandten Kunst*”) o si estas requerían un plus de creatividad o altura creativa para acceder a la protección del derecho de autor. Vid. M. LEISTNER, “Geschützte Werke”, en SCHRICKER/LOEWENHEIM, *Urheberrecht Kommentar*, 4ª ed., C.H. Beck, München, 2017, prgf. 2, Rn 13.

³⁶ Vid. L. BENTLY, “The Return of Industrial Copyright?”, *EIPR*, 2012, pgs. 654-672.

³⁷ Cfr. Sentencia de la Cour de Cassation francesa (Assemblée Plénière) de 7 de marzo de 1986 (nº 83-10477, “Babolat c. Pachot”), en relación con un programa de ordenador. La Sentencia del Bundesgerichtshof alemán de 13 de noviembre de 2013 (I ZR 143/12 “Geburtstagszug”), determinó -modificando la doctrina tradicional de los tribunales alemanes que exigía una altura creativa superior para las creaciones industriales que pretendieran su reconocimiento como obra de arte aplicado- que para proteger las creaciones de diseño como obras de arte aplicado por el derecho de autor no se pueden exigir requisitos más estrictos que para el resto de creaciones de arte plástico libre, literarias o musicales, siendo suficiente con que se traten de creaciones intelectuales personales de sus autores que alcancen un altura creativa que se considere suficiente para la opinión de círculos sensibilizados y familiarizados con las artes para considerarla una creación artística. Por lo tanto, el BGH abandona el criterio de altura creativa en la concepción de originalidad para reafirmar el criterio subjetivo fuerte (creación propia del autor que refleje su personalidad) y trasladar la cuestión en último término hacia el concepto de creación artística (obra de arte), admitiendo el abordaje de tipo institucional en la consideración de una creación como obra de arte que implica dar relevancia a las concepciones dominantes en un determinado momento, reflejadas en la opinión de los círculos especializados. Vid. SOUSA E SILVA, *A Protecção Jurídica do Design*, cit., pg. 185; también, M. RITSCHER/R.LANDOLT, “Shift of paradigm for copyright protection of the designs of products”, *GRUR Int.*, 2019, pgs. 127 y ss.

³⁸ El art. 2.1 i) del Código do Direito de autor e dos direitos conexos, exige una creatividad artística a las creaciones de diseño industrial para ser protegidas como obras de arte aplicado: “*As criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, quaisquer que sejam o género, a forma de expressão, o mérito, o modo de comunicação e o objectivo, compreendem nomeadamente: Obras de artes aplicadas, desenhos ou modelos industriais e obras de design que constituam criação artística, independentemente da protecção relativa à propriedade industrial*”. El art. 2.10 de la Legge 21 aprile 1941 sul diritto d’autore e di altri diritti connessi, dispone igualmente que serán protegidas por el derecho de autor: “*Le opere del disegno industriale che presentino di per sé carattere creativo e valore artistico*”. Bajo el cobijo de esta norma se ha creado una rica jurisprudencia

la Disposición Adicional 10ª de la Ley de Diseño Industrial de 2003, según la cual la protección que se reconoce al diseño industrial será independiente, acumulable y compatible con la que pueda derivarse de la propiedad intelectual, “*cuando el diseño presente en sí mismo el grado de creatividad y de originalidad necesario para ser protegido como obra artística*”. La Jurisprudencia española de los últimos años habla al respecto del criterio de “*originalidad creativa*”, en el sentido de exigir la concurrencia de un plus de creatividad o altura creativa en los diseños industriales que pretendan acceder a la protección acumulada del derecho de autor³⁹.

58. La falta de un criterio uniforme sobre los requisitos de acceso de los diseños industriales a la protección que ofrece el derecho de autor en el Derecho de la UE, es susceptible de crear graves problemas de seguridad jurídica y de libre competencia entre operadores económicos en el mercado interior, pues si contrastamos la doctrina de la acumulación restringida seguida por la legislación y jurisprudencia españolas, basada en un exigente criterio de originalidad creativa, con la doctrina de la acumulación plena, basada en la teoría francesa de la unidad del arte y construida sobre un criterio subjetivo de originalidad (que considera obra original la creación propia del autor que refleje su personalidad) que prácticamente considera merecedora de protección por el derecho de autor a toda creación de forma industrial que no haya sido copiada de otra anterior y refleje mínimamente la personalidad creativa de su autor, podemos encontrarnos con problemas prácticos relevantes cuando entran en conflicto dos creaciones de diseño.

59. Este conflicto quedó acreditado en la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala segunda) 23 de octubre de 2013 (Asuntos acumulados T-566/11 y T-567/11, “Vajilla Viejo Valle”), en la que el Tribunal entendió que el diseño industrial de una vajilla registrado en Francia es considerado además en dicho país una obra de arte aplicada original protegida por el derecho de autor, estando así legitimado su titular para solicitar la nulidad de un diseño de la Unión Europea registrado posteriormente por una empresa española en la Oficina Europea (EUIPO), en virtud de lo establecido en el artículo 25.1 f) del Reglamento 6/2002 del Consejo, que establece la prohibición de registrar como diseño industrial creaciones de forma protegidas por un derecho de autor anterior. Obviamente, la solución podría haber sido muy diferente en la situación inversa; esto es, que el solicitante de nulidad fuera el titular de un diseño industrial registrado en España frente a un diseño industrial de la UE registrado posteriormente en la EUIPO por una empresa francesa o de otro Estado miembro, pues con el férreo requisito de originalidad establecido en

basada en el valor artístico adicional al carácter creativo para justificar la protección del derecho de autor; cfr. Trib. Milano, ord. 28 novembre 2006, AIDA, 2007, pgs. 1004 e ss.; Trib. Milano, 29 marzo 2005, AIDA, 2005, pgs. 640 e ss.; Trib. Torino, ord. 17 dicembre 2004, *ibidem*, 2005, pgs. 603 e ss.; Corte di Cassazione, Cass.13 novembre 2015, n. 23292.

³⁹ Cfr. STS, Sala Primera, de 5 de abril de 2011, que recurre al concepto de originalidad creativa extraído de la DA 10ª LDI para completar el vacío conceptual del art. 10.1 TRLPI, a fin de distinguir -en el caso concreto- entre obras fotográficas y meras fotografías, pero que hace extensivo a todo tipo de creaciones intelectuales. Con ello se establece un filtro de acceso a la protección mucho más sólida que otorga el derecho de autor frente al diseño industrial o los derechos conexos (en el caso de las meras fotografías), si bien tiene el notable inconveniente de la falta de seguridad jurídica, pues la discriminación entre diseños industriales y diseños artísticos (entre altura creativa o no) girará en torno a la apreciación del valor artístico de la creación. Apunta en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 27 de septiembre de 2012 (caso “Farolas del Eixample”, que se ha convertido en el “*leading case*” de la Jurisprudencia española respecto del llamado diseño artístico, ratificando la doctrina de la acumulación restringida establecida en la Disposición adicional 10ª LDI), que el derecho de autor sólo puede aplicarse sobre diseños industriales si presenta un cierto nivel de creatividad, dentro de la libertad relativa que impone su aplicación a un objeto. Así, a la novedad y singularidad exigida en los diseños para acceder a la protección específica conferida por la legislación sobre diseño industrial (arts. 6 y 7 LD), se debe acumular la exigencia de un plus de creatividad para poder acceder a la tutela más reforzada que ofrece el derecho de autor a las obras originales (art. 10 LPI). En la STS, Sala Primera, de 2 de febrero de 2017 (caso “Brico Depot”) vuelve a recurrir al criterio de originalidad creativa para negar la protección del derecho de autor a un catálogo de productos de construcción y bricolaje, considerando que alguna originalidad podría haber en la selección y disposición de las informaciones (datos de productos), pero que sería demasiado pequeña para alcanzar el nivel mínimo que requiere la tutela del derecho de autor; es evidente que el TS confunde el concepto de obra con el de originalidad, y que la falta o escasa originalidad le lleva a concluir que no se trata de una obra. En la STS, Sala Primera, de 26 de abril de 2017, el Tribunal niega la condición de obra original a una creación arquitectónica (un hotel) por carecer de una mínima singularidad o distintividad, entremezclando así los criterios de novedad con los de altura creativa. Cfr. P. CÁMARA ÁGUILA, “Los conceptos autónomos sobre el objeto de protección del Derecho de autor: el concepto de obra y el concepto de originalidad”, en P. CÁMARA ÁGUILA/I. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, La Unificación del Derecho de Propiedad Intelectual en la Unión Europea, Tirant lo blanch, Valencia, 2019, pgs. 47-94 (86-89).

España, no sería fácil admitir que una creación de ese tipo presentase una altura creativa fruto de un esfuerzo artístico o plus de creatividad de su autor para merecer la tutela complementaria del derecho de autor.



60. Ante esta situación, surgen voces críticas que defienden la necesidad de aplicar en todo el territorio de la Unión Europea un criterio subjetivo de originalidad a todas las categorías de obras (incluyendo por tanto a las obras de diseño como obras de arte aplicado a la industria), en el sentido de considerar original toda creación propia de su autor (no copiada) que refleje su personalidad creativa, a fin de evitar así esas distorsiones para la competencia en el mercado interior. Es decir, confirmar un único criterio de originalidad subjetiva para todos los Estados miembros de la Unión Europea aplicable a todo tipo de obras, incluidas las de diseño, descartando que cada Estado tenga libertad para determinar el alcance y condiciones para un diseño, incluido el grado de originalidad exigido, previsto en el art. 17 de la Directiva 98/71/CE, que quedaría así subsumido en los conceptos de “obra” y de “originalidad” que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha definido como concepto autónomo de la Unión al interpretar el art. 2 de la Directiva 29/2001/CE, de 22 de mayo, de derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información.

61. De hecho esta interpretación ya fue sugerida por el TJUE cuando en su Sentencia de 27 de enero de 2011 (As. C-168/09, “Flos c. Semeraro”) dejó abierta la puerta a proteger directamente por la vía del derecho de autor los diseños industriales nacionales no registrados⁴⁰, remitiéndose al concepto básico de originalidad desarrollado por el TJUE en su interpretación de la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de autor y derechos conexos en la sociedad de la información.

62. A partir de aquí se ha defendido que, declarada aplicable la Directiva 2001/29/CE a los diseños no registrados, dado que en la misma no existe ninguna remisión a la determinación del criterio de originalidad por los Estados miembros, éstos no serían libres e independientes para fijar el criterio de originalidad, siendo por lo tanto de aplicación el criterio autónomo y uniforme de obra original precisado por la jurisprudencia del TJUE, desde el Asunto “Infopaq” (STJUE de 16 de julio de 2009, C-5/08) y “Painer” (STJUE de 1 de diciembre de 2011, C-145/11) hasta el Asunto “SAS” (STJUE de 2 de mayo de 2012, C-406/10)⁴¹, que considera originales las creaciones que sean propias de su autor por reflejar su personalidad, siendo este reflejo de la personalidad verificado de conformidad con el criterio estándar del test de la libre elección del autor⁴².

⁴⁰ Al margen de la tutela del derecho de propiedad industrial sobre el diseño industrial y, por tanto, de la discusión sobre la acumulación de protecciones entre diseño industrial y derecho de autor. La interpretación se refiere a los diseños industriales nacionales, pues como es sabido el Reglamento 6/2002 ofrece una tutela a los diseños de la UE no registrados, aunque inferior en el tiempo.

⁴¹ Cfr. CÁMARA ÁGUILA, “Los conceptos autónomos sobre el objeto de protección del Derecho de autor: el concepto de obra y el concepto de originalidad”, cit., pgs. 47-80.

⁴² Así I. HERNANDO COLLAZOS, “Diseño-Moda como expresión cultural: Derechos de Autor y Diseño Comunitario”, en RII-PAC: Revista sobre Patrimonio Cultural, Regulación, Propiedad Intelectual e Industrial, nº 3, 2013, pgs. 23 y ss., especialmente pgs. 34-35.

63. Llegados a este punto, habría que preguntarse, no obstante, si este criterio subjetivo mixto de originalidad (creación propia del autor que refleje su personalidad) que el TJUE considera aplicable a todo tipo de obras, se aplica tanto a los diseños industriales no registrados como a los registrados; o bien si los diseños registrados, que obtienen la protección por la vía del derecho de diseño industrial, sólo pueden acceder a una protección por medio del derecho de autor si además presentan un grado de originalidad superior, como parece desprenderse de algunas legislaciones nacionales como la española (Disposición adicional 10ª de la Ley de Diseño Industrial)⁴³. Lo más lógico sería no establecer distinciones sobre las condiciones que un diseño debe reunir para ser protegido como obra por el derecho de autor, independientemente de si estuviera protegido previamente o no por la vía del derecho exclusivo del diseño industrial, pues no existe fundamento alguno para defender que un diseño registrado que pueda considerarse obra debe reunir un plus de originalidad en forma de altura creativa, y un diseño no registrado que pueda tener la misma consideración baste con que sea una creación propia de su autor que refleje su personalidad.

64. Por lo tanto, era ciertamente necesaria una interpretación uniforme de los conceptos de “obra” y “originalidad” para evitar distorsiones en la protección de los diseños industriales (y otros derechos de propiedad industrial, como patentes, modelos de utilidad y marcas) por el derecho de autor en los diferentes Estados miembros de la UE, y, con ello, en la libre circulación de mercancías en el mercado interior. Otra cosa, sin embargo, es que la interpretación uniforme más adecuada sea la de considerar obras originales, incluidas la de diseño industrial, aquellas que sean creación propia del autor y reflejen su personalidad dentro los límites que, en su caso, establezcan las exigencias o requerimientos técnicos del tipo de objeto en el que se expresa la creatividad.

65. Así es, no parece que facilitar el acceso a la fortaleza del derecho de autor para todas las creaciones de diseño que sean propias de su autor y reflejen su personalidad (interpretación que aboca a una acumulación absoluta de protecciones que, de hecho, haría innecesario el registro como diseños industriales) sea la solución más eficiente para el correcto funcionamiento del mercado interior y, por extensión, para el mejor funcionamiento del mercado global (en virtud de la protección cuasi-universal que otorgan los grandes tratados internacionales a las obras protegidas por derechos de autor). Antes bien, abrir la puerta del derecho de autor a cualquier creación de diseño industrial por el simple hecho de su creación y sin exigir un mínimo de creatividad artística adicional a la función estético-industrial (o técnico-funcional en el caso de las patentes y modelos de utilidad) pone en entredicho las funciones del sistema de derechos de propiedad industrial y, con ello, la libre competencia en el mercado, de la cual aquellos derechos -como los derechos de autor y conexos- constituyen herramientas complementarias en cuanto incentivos directos a la innovación subsiguiente e indirectos del desarrollo técnico, social y económico.

66. La rígida fijación de conceptos “*iusautorales*” con la finalidad de armonizar el derecho de autor y de diseños industriales en los diferentes Estados miembros, puede provocar aporías en el mercado, entrando en directa contradicción el dogma jurídico de la disciplina con su función económica última.

3. Condiciones de protección de las obras de diseño a partir de la STJUE de 12 de septiembre de 2019 en el Asunto “Cofemel”. Hacia un concepto uniforme de “obra original” en la Unión Europea.

67. En la Sentencia de 12 de septiembre de 2019 (As. C-683/17, “Cofemel c. G-Star”) el TJUE se ha enfrentado definitivamente al dilema de las condiciones de acceso a la tutela del derecho de autor

⁴³ Recuérdese que en el Derecho de la UE los derechos exclusivos nacionales de diseño industrial se rigen por el principio de registro, existiendo únicamente una excepción en la regulación de los diseños industriales de la Unión Europea, que prevé una protección para los diseños no registrados más reducida en el tiempo. De modo que un diseño no registrado de alcance puramente nacional no tendría protección como derecho exclusivo por la vía del derecho sobre el diseño industrial pero sí podría tenerla por la vía del derecho de autor si reúne los requisitos para ser calificado como obra original, mientras que un diseño no registrado de alcance europeo podría obtener una protección acumulada, como diseño industrial (durante un plazo tres años) y como obra de diseño o diseño artístico.

(“obra” y “originalidad”) en relación con una creación de diseño industrial, pronunciándose sobre la protección adecuada para modelos de prendas de vestir (un modelo de pantalón vaquero con efecto tri-dimensional de “destornillador”, denominado ARC, y un modelo de sudadera y camiseta con bolsillo a la altura del abdomen, denominado ROWDY).



68. “Cofemel”, empresa portuguesa que opera en el sector del diseño, producción y comercialización de prendas de vestir, fue demandada por la empresa holandesa “G-Star”, dedicada a la misma actividad, alegando ésta que algunos modelos de pantalones vaqueros, sudaderas y camisetas que aquella comercializa bajo la marca “Tiffosi” eran iguales o muy similares a algunos de sus diseños industriales de moda (ARC y ROWDY), ya caducados, pero que, según afirma, constituyen creaciones intelectuales originales calificables como obras y que, por tanto, pueden acogerse a la protección de los derechos de autor, habiéndose producido una infracción de estos derechos por parte de la primera.

69. La Jurisprudencia del TJUE sobre los conceptos de “obra” y de “originalidad”, generó dudas en el Supremo Tribunal de Justicia de Portugal, por lo que decidió preguntar al Tribunal de Luxemburgo si se opone a la Directiva 2001/29/CE sobre derechos de autor en la sociedad de la información y a la interpretación que el TJUE hace del concepto de obra original susceptible de protección por el derecho de autor (no definido, en absoluto, en dicha Directiva), una normativa nacional -como la contenida en el art. 2.1 i. CDADC- que a la hora de apreciar el requisito de la originalidad de una obra de arte aplicado u obra de diseño es particularmente exigente en cuanto a su carácter artístico y teniendo en cuenta las ideas dominantes en los círculos culturales e institucionales sobre qué creaciones merecen la calificación de creación artística u obra de arte.

70. El TJUE responde afirmando que el concepto de “obra” constituye una noción autónoma del Derecho de la Unión Europea que debe ser interpretado de manera uniforme para todos los Estados miembros, suponiendo la concurrencia de dos elementos acumulativos (ap. 29): *i)* la existencia de un “*objeto original*” que constituya una creación intelectual propia de su autor, en el sentido de que refleje la personalidad creativa del autor manifestando las decisiones libres y creativas del mismo; *ii)* que la calificación como obra se reserve a los elementos que expresan la creación intelectual en un “*objeto identificable con suficiente precisión y objetividad*”.

71. Invirtiendo -para mayor claridad- los términos de la argumentación del TJUE, el objeto del derecho de autor serán: *i)* las “obras”, entendidas como expresiones de la creación intelectual plasmadas en un objeto que las identifique con suficiente precisión y objetividad, siempre que; *ii)* sean “originales”, en el sentido de constituir creaciones del propio autor que reflejen su personalidad a partir de decisiones libres y creativas (es decir, no impuestas por condicionantes técnicos).

72. Advierte así el Tribunal (aps. 32-34) que una identificación del objeto creativo basada esencialmente en las sensaciones intrínsecamente subjetivas de la persona que percibe el objeto en cuestión, no cumple la exigencia de precisión y objetividad que requiere una obra, necesaria para preservar la seguridad jurídica (STJUE de 13 de noviembre de 2018, As. C-310/17, “Levola Hengelo”, aps. 40-42).

73. Y añade que (aps. 30-31), para considerarse original, el objeto que recoge la expresión creativa debe ser fruto de una creación propia del autor que refleje su personalidad y manifieste decisiones creativas libres (SSTJUE de 1 de diciembre de 2011, As. C- 145/10, “Painer”, aps. 88, 89 y 94, y de 7 de agosto de 2018, C-161/17, “Renckhoff”, ap. 14), no determinadas por consideraciones técnicas, reglas u otras exigencias que no dejen espacio al ejercicio de la libertad creativa (STJUE de 1 de marzo de 2012, As. C-604/10, “Football Dataco”, ap. 39).

74. Si una creación intelectual reúne estas condiciones -concluye- debe disfrutar de la protección del derecho de autor con arreglo a la Directiva 2001/29, *“sin que el grado de libertad creativa de que dispusiera su autor condicione el alcance de esa protección, que no es inferior al que se reconoce a cualquier obra comprendida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva”* (ap. 35). Anticipa, así, que una creación de diseño industrial podrá ser protegida por el derecho de autor, como obra de arte aplicada a la industria, si cumple los requisitos mencionados para su calificación como “obra original”, aunque el margen de creatividad del autor pudiera ser menor a priori por los condicionamientos técnicos del propio objeto funcional o utilitario donde se expresa la creación.

75. A partir de estas premisas, considera el TJUE que los dibujos y modelos industriales pueden en principio calificarse de “obras”, ya que el Derecho de la UE⁴⁴ garantiza el principio de acumulación de protecciones de las creaciones de diseño mediante el derecho de diseño industrial y el derecho de autor⁴⁵, *“sin que de ello se derive que todos estos objetos o categorías de objetos deban disfrutar de idéntica protección”* (ap. 38).

76. Remarca, en esta línea, que la protección garantizada por uno y otro derecho persigue objetivos sustancialmente diferentes y se somete a regímenes distintos (ap. 50). El diseño industrial busca salvaguardar objetos que, aun siendo nuevos e individualizados, presentan un carácter práctico y se conciben para la producción en masa, mediante una protección limitada en el tiempo pero suficiente para permitir que se rentabilice la inversión necesaria para crear dichos objetos y al mismo tiempo sin obstaculizar en exceso la competencia. Por su parte, la protección que confiere el derecho de autor, cuya duración en el tiempo es muy superior, debe quedar reservada a los objetos que merecen ser calificados como obras, razón por la que el reconocimiento de la tutela del derecho de autor a un objeto protegido ya como dibujo o modelo industrial no puede ir en menoscabo de la finalidad y la eficacia respectiva de estas dos protecciones, con ámbitos y alcance diferentes.

77. Considera así el TJUE (ap. 52) que, aunque en virtud del Derecho de la UE la protección propia de los dibujos y modelos industriales y la de los derechos de autor puedan concederse de forma

⁴⁴ Que, sirviéndose de la autorización concedida por el art. 2.7 del Convenio de Berna, concede a los dibujos y modelos industriales una protección específica, por medio de un derecho de propiedad industrial, diferente y en su caso acumulable a la que se reconoce a las obras literarias y artísticas, incluyendo la de las obras de diseño industrial u obras de arte aplicado (STJUE de 12 de septiembre de 2019, “Cofemel”, aps. 42-43).

⁴⁵ Art. 17 de la Directiva 98/71/CE, de 13 de octubre de 1998, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su Sentencia (Sala segunda) de 27 de enero de 2011 (As. C-168/09, Flos c. Semeraro), que abre la posibilidad de proteger los diseños registrados de forma acumulada por el derecho de diseño y por el derecho de autor y los diseños no registrados solamente por el derecho de autor a través de las disposiciones de la Directiva 2001/29/CE. La protección acumulada de diseños industriales y derechos de autor deriva también del art. 96.2 del Reglamento 6/2002. Se desprende, así, también, del Considerando 60 y del art. 9 de la Directiva 2001/29, según el cual las normas sobre derecho de autor en la UE coexisten con otras disposiciones legales, como son las relativas a los diseños industriales (que prevén la acumulación de protecciones).

acumulativa a un mismo objeto, dicha acumulación sólo puede contemplarse en determinadas situaciones, optando así aparentemente por la tesis de la acumulación restringida⁴⁶.

78. Sin embargo, entiende que el acceso de un diseño industrial a la tutela del derecho de autor no puede fundarse en el “efecto estético” que puede producir un concreto objeto, por ser una sensación intrínsecamente subjetiva de belleza que experimenta cada persona que lo contempla, lo que impide identificar un objeto industrial como obra con la suficiente precisión y objetividad (ap. 53). Así, si bien es cierto que en la actividad creativa entran en juego consideraciones de carácter estético (al menos en el campo de los diseños industriales y de las obras de arte plástico, entre las que se incluyen las obras de arte aplicado a la industria), no es menos cierto que el hecho de que un modelo o dibujo genere un efecto estético no permite, por sí mismo, determinar si dicho modelo constituye una creación intelectual que refleje la libertad de elección y la personalidad de su autor, siendo estos criterios los únicos que pueden determinar si estamos ante una obra original (ap. 54).

79. Concluye así el TJUE afirmando que la circunstancia de que diseños industriales -como son los modelos de prendas de vestir objeto de la cuestión prejudicial- generen, más allá de su finalidad práctica, un efecto visual propio y considerable desde el punto de vista estético no justifica que se califiquen como obras susceptibles de protección por la normativa del derecho de autor. En consecuencia, considera que se opone al art. 2 a) de la Directiva 29/2001, de 22 de mayo, sobre derechos de autor y conexos en la sociedad de la información, una normativa nacional que, como el art. 2.1 letra i. CDADC portugués, establezca como condición para conferir protección por el derecho de autor a los diseños industriales el hecho de que, más allá de su finalidad práctica, generen un efecto visual propio y considerable desde el punto de vista estético (ap. 56)⁴⁷.

IV. La consolidación del concepto autónomo de “obra original” y de la acumulación de protecciones en la protección de creaciones técnicas. La STJUE de 11 de junio de 2020, en el Asunto “Brompton”

80. En la Sentencia de 11 de junio de 2020 (As. C-833/18, “Brompton”), el Tribunal aborda una cuestión prejudicial formulada por el Tribunal de l’entreprise de Liège (Bélgica), en torno a la protección por medio del derecho de autor de la conocida bicicleta plegable del modelo “Brompton”, creada por el Sr. SI y comercializada desde 1987 por la Sociedad BROMPTON BICYCLE Ltd. -de la que era fundador- bajo el paraguas de una patente ya caducada.

81. Para frenar la venta de una bicicleta de función técnica y aspecto visual muy similar (modelo “Chedech”) por parte de la empresa coreana Get2Get, Brompton alegaba que se estaba produciendo una vulneración de sus legítimos derechos de autor. Get2Get alegó en su defensa que la apariencia de la bicicleta Brompton viene dictada por la solución técnica buscada (bicicleta plegable que puede adoptar

⁴⁶ Vid. T. ENDRICH-LAIMCÖCK, “Little Guidance for the Application of Copyright Law to Designs in Cofemel”, GRUR Int., 2020/1, pgs. 1-6.

⁴⁷ Las consecuencias de la sentencia del Asunto “Cofemel” se han dejado sentir rápidamente en la jurisprudencia de algunos países. Así, la decisión de la UK Intellectual Property Enterprise Court de 20 de enero de 2020 (Response Clothing Ltd v. The Edinburgh Woollen Mill Ltd, 2020 EWHC 148 (IPEC)), atribuye la condición de obra original a un tela en cuanto obra de artesanía artística independientemente de su efecto estético o visual (cfr. <http://ipkitten.blogspot.com/2020/01/uk-court-applies-cjeu-cofemel-decision.html>). En la misma línea, la Sentencia de la Corte Suprema italiana n° 8433, de 30 de abril, ha modificado el criterio de acceso al derecho de autor de las obras de arte aplicadas basado en el valor artístico adicional a la función útil, para considerar protegida como obra original la decoración interior de un establecimiento comercial (“trade dress” / “concept store”), considerándola como una obra de arquitectura interna, ex art. 2(5) Legge 21 aprile 1941, considerando que resulta un objeto identificable y reconocible en el plano de la expresión formal como una obra que refleja la personalidad creativa del autor en el efecto que causa la composición de un conjunto de elementos decorativos (cfr. <https://www.ipinitalia.com/concorrenza-sleale/caso-kiko-wycon-la-tutela-del-concept-store-tra-diritto-dautore-e-concorrenza-sleale/>

tres posiciones distintas, plegada, desplegada e intermedia que le permite permanecer en equilibrio en el suelo), pudiendo ser protegida por el derecho de patentes (ya caducada), no por el derecho de autor.



82. El TJUE reitera su doctrina sobre los conceptos de “obra” y de “originalidad”, desarrollados en las Sentencias de los Asuntos “Levola Hengelo” y “Cofemel”, concluyendo que un objeto identificable con suficiente precisión y objetividad puede considerarse una obra original protegida por el derecho de autor si es una creación propia de su autor y refleja su personalidad, aunque su realización haya venido determinada por consideraciones técnicas, siempre y cuando esa determinación técnica no haya impedido al autor reflejar su personalidad en ese objeto manifestando decisiones libres y creativas (aps. 22-26).

83. A partir de aquí, el Tribunal abunda en los matices, a veces confusos, que deberían permitir deslindar los objetos útiles que pueden ser considerados obras originales de aquellos otros que no pueden tener esa consideración por resultar su forma determinada exclusiva o preponderantemente por la función técnica. Así, *“no cumplen el criterio de la originalidad los componentes de un objeto que se caracterizan únicamente por su función técnica, ya que del artículo 2 del Tratado de la OMPI sobre derecho de autor se desprende en particular que la protección del derecho de autor no abarca las ideas”* (ap. 27). De manera que proteger la idea técnica por el derecho de autor llevaría a una monopolización de las ideas en perjuicio del progreso técnico y del desarrollo industrial (STJUE de 2 de mayo de 2012, As. C-406/10, “SAS”, aps. 33 y 40); si la expresión de los componentes del objeto viene impuesta por su función técnica, las diferentes maneras de poner en práctica la idea son tan limitadas que se confunden idea y expresión (STJUE de 22 de diciembre de 2010, As. C-393/09, “Bezpečnostní softwarová asociace”, aps. 48 y 49).

84. Por lo que se refiere en concreto a la bicicleta modelo “Brompton”, señala el Tribunal que la forma de la misma es necesaria para obtener un determinado resultado técnico (las tres posiciones de plegado y equilibrio en el suelo), pero eso no excluye de antemano que la bicicleta en cuestión pueda constituir una obra original, lo cual corresponde averiguar al órgano jurisdiccional remitente (aps. 29 y 30); a tal fin, recuerda que es preciso examinar si las consideraciones técnicas, reglas u otras exigencias han dejado espacio al ejercicio de la libertad creativa o han dejado un espacio tan limitado que la idea y su expresión se confunden (ap. 31).

85. En definitiva, un objeto cuya forma venga determinada por consideraciones técnicas (protegida, en su caso, por derechos de patente o modelo de utilidad) no excluye que, además, pueda mostrar una forma estética susceptible de protección por medio del derecho sobre el diseño industrial o incluso por el derecho de autor⁴⁸.

⁴⁸ Esta posición del TJUE excluiría de antemano -a mi juicio- las propuestas consistentes en excluir de la tutela del derecho de autor a los diseños industriales (esencialmente tridimensionales, es decir los modelos industriales) que contengan elementos cuya configuración formal esté condicionada técnicamente y que, por ello, cumplan una función utilitaria intrínseca, por con-

86. La clave reside en discernir, en cada caso concreto, si la forma del producto viene dictada únicamente por la función técnica, en cuyo caso el creador carecería de libertad creativa suficiente para añadir elementos formales adicionales de carácter estético y, en consecuencia, no podría ser protegido ni por el diseño industrial ni por el derecho de autor; o si, por el contrario, los condicionantes técnicos que determinan la forma del producto dejan margen a la libertad creativa para añadir elementos estéticos, la creación podrá considerarse un bien inmaterial híbrido susceptible de doble (patente o modelo de utilidad y diseño industrial o derecho de autor) triple (patente o modelo de utilidad, diseño industrial y derecho de autor) protección⁴⁹.

87. Esa decisión corresponderá, caso por caso, al Juez o Tribunal competente, para lo cual tiene que apreciar si, por medio de la elección de la forma del producto, su autor ha expresado su capacidad creativa de manera original, tomando decisiones libres y creativas y ha configurado el producto de modo que este refleje su personalidad (STJUE “Brompton”, ap. 34)⁵⁰. Para lo cual resulta indiferente la existencia de otras formas posibles que alcancen el mismo resultado técnico (el problema de las dobles creaciones) y la voluntad del infractor (aps. 35 y 36).

88. Por lo tanto, el TJUE no acaba de definir una regla objetiva que sirva para decidir cuándo un objeto utilitario que cumple una función técnica (protegido, en su caso, por una patente o modelo de utilidad) puede ser protegido además como obra original por medio del derecho de autor, dejando la decisión final a la apreciación de jueces y tribunales.

89. A ese problema se añade otro más que el Tribunal no acaba de resolver satisfactoriamente ni en el Asunto “Cofemel” ni en el Asunto “Brompton”: cómo diferenciar entre una creación de diseño (bidimensional o tridimensional) que sólo merece la tutela del derecho sobre el diseño industrial, de otra que además merece la tutela del derecho de autor, una vez que el propio TJUE opta por la tesis de la acumulación restringida y que define un concepto autónomo de obra para toda la Unión al margen de cualquier consideración estética, concluyendo que *“la circunstancia de que un modelo industrial genere, más allá de su finalidad práctica, un efecto visual propio y considerable desde el punto de vista estético no justifica que se califique de “obra” en el sentido de la Directiva 2001/29”* (ap. 55).

V. Consideraciones críticas y propuesta de interpretación

90. Resuelve el TJUE en el Asunto “Cofemel” que el hecho de que un modelo o dibujo genere un efecto estético visual no es determinante para considerarlo obra y abrir así la puerta al derecho de autor si reflejase la originalidad suficiente, entendida como reflejo de libertad creativa y la personalidad de su autor establecida. En el Asunto “Brompton” determina que un objeto utilitario puede acceder a la tutela del derecho de autor independientemente de su efecto estético, siempre que refleje la personalidad creativa de su autor y no venga condicionada exclusivamente por consideraciones o reglas técnicas.

traste con aquellos que son pura y meramente expresivos, estéticos o artísticos. Es decir: *“tan solo los diseños industriales que sean o contengan elementos puramente expresivos, estéticos o artísticos y, por tanto, no contengan ningún elemento funcional, podrán recibir la tutela que dispensa el Derecho de autor (tesis de la acumulabilidad restringida por su funcionalidad)”*. Vid. A. SUÑOL, “Diseños funcionales y derecho de autor”, cit., pgs. 263-264, donde advierte que el resultado al que conduce esta tesis no se aleja de lo que en la práctica significaba la teoría de la separabilidad o *“scindibilità”* (que establecía el art. 2.4 de la Legge 24 aprile 1941 sul Diritto d’Autore, derogado en 2001), aunque sin dejar espacio a interpretaciones dispares al basarse el criterio de exclusión de creaciones funcionales en una “regla objetiva”.

⁴⁹ Incluso cuádruple si la forma goza también de capacidad distintiva al margen de sus consideraciones técnicas que permita su registro como marca tridimensional.

⁵⁰ Como apunta el Abogado General Campos Sánchez-Bordona en las Conclusiones al Asunto “Brompton” publicadas con fecha de 6 de febrero de 2020 (ap. 86, nota nº 62), al menos tres tribunales nacionales de Estados miembros (Groningen, de 24 de mayo de 2006; Brujas, de 10 de junio de 2009; y Madrid, de 10 de febrero de 2010) han reconocido la protección a título de derecho de autor a la bicicleta Brompton, rechazando que su apariencia estuviera exclusivamente determinada por su función técnica.

91. La doctrina del Tribunal es sumamente crítica y en ocasiones contradictoria, perdiéndose en la abstracción terminológica y conceptual con términos fundamentalmente descriptivos. Puede decirse que, al describir un concepto abstracto de “obra” y de “originalidad” sin dar especificaciones para el sector de las obras aplicadas a la industria, más que aclarar la cuestión, complica la solución a un problema que cada vez se plantea con más fuerza en el mercado⁵¹, por la tendencia ya comentada de los creadores de objetos industriales a reclamar la protección del derecho de autor para -además de un mayor reconocimiento para el diseño o modelo de utilidad como creación- evitar la competencia durante un periodo de tiempo más prolongado.

92. El TJUE sale aparentemente del laberinto del concepto de “originalidad”, definiendo un concepto uniforme aplicable a todo tipo de creaciones intelectuales -incluidas las de diseño o modelos de utilidad susceptibles de ser consideradas obras de arte aplicado-, para entrar en el laberinto del concepto de “obra”, proponiendo una definición errática que no contribuye a resolver el problema práctico de la aplicación del derecho de autor a objetos industriales que pueden recibir ya tutela por otras vías (modelos de utilidad y/o diseños industriales) y sus implicaciones para el sistema de derechos de propiedad intelectual y para la libre competencia en el mercado.

93. Las sentencias de los Asuntos “Cofemel” y “Brompton” no aportan una base hermenéutica objetiva y coherente para resolver el alcance de la tutela que conviene reconocer a un bien inmaterial híbrido, como son las creaciones de diseño o las creaciones técnicas con una forma singular^{52/53}. En definitiva, el TJUE no resuelve el interfaz diseño industrial/derecho de autor en su aplicación a las creaciones de diseño, ni tampoco el interfaz patente/derecho de autor en su aplicación a los modelos de utilidad. Es más, el TJUE no resuelve adecuadamente, en general, el concepto de “obra original”, generando notable incertidumbre para la competencia en un sector del mercado cada vez más pujante⁵⁴.

94. Deja claro el Tribunal que el único concepto de originalidad válido en el derecho de autor en la Unión Europea es el criterio subjetivo mixto, según el cual es original la creación intelectual propia del autor que refleje su personalidad y sea fruto de decisiones libres creativas, en el sentido de que no venga condicionada por consideraciones técnicas propias del objeto creativo. Por lo tanto quedaría descartado el criterio de originalidad creativa o altura creativa aplicado por los tribunales de algunos países como España o Italia.

95. El concepto de originalidad se centra más en torno a la figura del autor que en relación con la obra⁵⁵. ¿Pero cómo se aprecia la personalidad libre y creativa del autor en un objeto industrial?⁵⁶

⁵¹ M. LEISTNER, “Einheitlicher europäischer Werkbegriff auch im Bereich der angewandten Kunst”, GRUR 2019, pg. 1116 y ss, habla de un tímido paso atrás en un área huérfana de armonización (pgs. 1117-1118).

⁵² Por un lado afirma (“Cofemel”) que los diseños industriales sólo en determinadas situaciones pueden considerarse obras de arte aplicado y beneficiarse de la tutela del derecho de autor, pero no aporta criterios ni pautas para determinar en qué situaciones se puede considerar un diseño como obra original. Por otro lado, rechaza que el efecto estético sirva como criterio para determinar si un diseño o cualquier creación en general puede considerarse una obra protegible por el derecho de autor, cuando el problema se plantea precisamente en torno a una creación de forma industrial que refleja una determinada estética.

⁵³ Afirma (“Brompton”) que los objetos industriales que aportan una utilidad técnica (protegidos en su caso por patentes o modelos de utilidad) podrán considerarse obras de arte aplicado y acceder a la tutela del derecho de autor siempre que la forma del objeto no venga determinada exclusivamente por consideraciones o reglas técnicas, pero no aporta ningún criterio que sirva para apreciar la personalidad creativa del autor en tanto que rechaza la valoración del efecto estético o visual del objeto en cuestión.

⁵⁴ T. ENDRICH-LAIMCÖCK, “Little Guidance for the Application of Copyright Law to Designs in Cofemel”, cit., pgs. 5-6.

⁵⁵ LEISTNER, “Einheitlicher europäischer Werkbegriff auch im Bereich der angewandten Kunst”, cit., pg. 1116.

⁵⁶ No se trata de que la obra refleje la marca o sello artístico de su autor, algo sólo reservado para los grandes genios y que resulta artificioso para el conjunto de las obras susceptibles de ser protegidas por el derecho de autor, máxime tras la progresiva expansión de éste a obras de menor importancia (“*kleine Münze*” u obras calderilla) y a obras tecnológicas. Por lo tanto, la personalidad libre y creativa se puede apreciar (intuir o determinar) a partir de una obra (como expresión de la creación intelectual) que no sea copia de otra anterior y presente una impronta o singularidad creativa por mínima que sea. Vid. A. LUCAS/H-J LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Lexis Nexis, Paris, 2012, pg. 134.

96. Para poder ser protegido por el derecho de diseño industrial, un objeto industrial debe presentar un efecto estético visual novedoso y singular al margen de sus consideraciones o reglas técnicas. Ahí radica, precisamente, el bien inmaterial objeto de protección: en la forma del producto industrial que, al margen de su función técnica o útil, se caracteriza por una determinada estética, sea en la forma o en el ornamento.

97. Por lo tanto, que un objeto industrial pueda acceder a la tutela del derecho de autor, como obra de arte aplicado, debería ser una cuestión de grado en la consideración del efecto estético visual, no sólo ya como forma industrial sino también como forma artística.

98. El TJUE rechaza recurrir al elemento estético para identificar la presencia de una obra original por considerar que es un factor eminentemente subjetivo porque depende de la sensación de belleza que experimenta cada persona al contemplar una creación (Asunto “Cofemel”, ap. 53). Pero lo cierto es que en el campo de los diseños industriales el elemento estético siempre está presente, pues lo que se protege es la forma u ornamento de un producto industrial cuando sea novedosa y singular (la forma estético-industrial), resultando lógico que el plus de creatividad que permita afirmar que un diseño es además una obra resida en la identificación de elementos estético-artísticos en el objeto industrial, máxime cuando el tipo de obra (obra de arte aplicado) constituye un subtipo de obra plástica (de carácter artístico intrínseco).

99. Por más que rechace valorar el efecto estético o visual, es claro que el TJUE exige implícitamente “algo más” para que un objeto industrial caracterizado por la solución técnica y/o la forma pueda acceder al derecho de autor, sin perjuicio de que pueda resultar protegido también como patente o modelo de utilidad y/o como diseño industrial. De hecho, cuando el Tribunal apuesta por la acumulación restringida de protecciones (de modelo de utilidad o diseño industrial con el derecho de autor) lo hace también a favor de una interpretación restrictiva de los conceptos de obra y de originalidad en su aplicación a los objetos industriales⁵⁷.

100. Pues bien, parece que ese “plus” debe residir en la forma del objeto en cuestión. Por lo tanto, ¿realmente no está confirmando que el requisito de acceso de un objeto industrial a la protección del derecho de autor ha de residir en la identificación en el mismo de un plus de creatividad artística? En el fondo, cuándo el TJUE delimita como requisito de originalidad la demostración de la personalidad libre y creativa del autor, ¿no está contemplando implícitamente el reflejo de una personalidad artística “*lato sensu*” en la expresión creativa? ¿Y no implica ello apreciar en la creación en cuestión algo novedoso o singular respecto a lo ya conocido? Y eso, a su vez, ¿no supone un mínimo de creatividad artística?^{58/59}.

⁵⁷ LEISTNER, “Einheitlicher europäischer Werkbegriff auch im Bereich der angewandten Kunst”, cit., pg. 1119. ENDRICH-LAIMCÖCK, “Little Guidance for the Application of Copyright Law to Designs in Cofemel”, cit., pg. 4.

⁵⁸ Afirma P-Y GAUTIER que, en la práctica, los conceptos de novedad y originalidad se confunden, toda vez que el esfuerzo creativo del autor se reflejará en la novedad que presenta una obra en relación con las anteriores. Vid. *Propriété littéraire et artistique*, PUF, Paris, 2012, pg. 47.

⁵⁹ Este debate conceptual con evidentes consecuencias prácticas se aprecia nítidamente en los últimos pronunciamientos de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona. En la Sentencia núm. 764/2019, de 26 de abril (caso “Sillas de Jardín”), la Audiencia se decanta claramente por exigir un nivel elevado de creatividad, desbordante incluso, para que un objeto industrial se puedan entender como obra artística, aplicando el criterio de originalidad creativa dominante en la Jurisprudencia española de los últimos años (cfr. ap. 21). Sin embargo, en la Sentencia núm. 512/2020, de 6 de marzo (caso “Farola Latina”) matiza su posición en línea con la doctrina del TJUE en el Asunto “Cofemel”, concluyendo que no es posible basar la decisión en una mayor altura creativa sino, únicamente, en si el objeto industrial merece ser calificado como obra al margen de la propia función industrial del objeto; aunque más allá de las palabras, el razonamiento de fondo se centra realmente en la apreciación o no de elementos artísticos sobre la forma y función industriales del objeto en cuestión, mostrándose pareceres diferentes entre la mayoría de los magistrados de la Sala (que aprecian elementos de diseño en la farola que se apartan de manera muy notable de las formas usuales de estos objetos urbanos y justifican su consideración como obra original) y los dos que formulan voto particular (que no aprecian una intencionalidad artística en la autora de la farola que diferencie esta de un mero diseño singular para un espectador informado).

101. Por lo tanto, si ese plus de creatividad no cabe identificarlo en el campo de los derechos de autor (al menos, como es el caso, en el campo de los derechos de autor sobre obras artísticas de naturaleza plástica o visual) con la apreciación en un objeto industrial de elementos estético-artísticos superiores a los meramente estético-industriales, ¿qué otro criterio puede aplicarse para apreciar la existencia de una “obra” original más allá de su consideración como objeto industrial? Es decir, si el derecho de patentes y modelos de utilidad protege las soluciones técnicas y el derecho de dibujos y modelos industriales protege las formas estético-industriales, ¿no debería reservarse la tutela que ofrece el derecho de autor para las creaciones de formas industriales que muestren además una particular estética artística?

102. Entiendo, por tanto, que la correcta solución del problema pasa por trasladar la apreciación desde la originalidad a la obra; es decir, del “*posterius*” al “*prius*”. Así, si la obra, como expresión creativa, presenta una singularidad artística respecto a lo ya conocido en el mismo sector de referencia, podrá presumirse original -porque esa singularidad refleja una personalidad creativa de su autor- siempre que no sea copia de otra anterior. En el terreno de los objetos industriales, esa singularidad artística implica un “plus de creatividad” respecto de la creatividad técnica y estética-industrial. La clave está, en suma, en la consideración de un objeto industrial como “obra de arte industrial”, lo que implica una creatividad superior o adicional a la esperada en una creación industrial de tipo técnico o formal. En este sentido, de acuerdo con la doctrina del propio Tribunal, cuanto mayor influencia tenga la forma de un producto industrial para el objetivo práctico que persigue, menor será el margen para la apreciación de elementos artísticos adicionales que motiven su consideración como obra de diseño original⁶⁰.

103. De este modo, en aquellas creaciones que pueden recibir protección por otros derechos de propiedad intelectual (modelos de utilidad o diseños industriales), el acceso a la tutela que confiere el derecho de autor debería interpretarse siempre de forma restrictiva, reservándolo a las creaciones que presenten un aspecto artístico en sentido estricto. Con lo cual, la correcta demarcación del objeto de protección se basaría en la naturaleza de la creación, reservando el derecho de autor sólo para aquellas creaciones que presenten un carácter artístico (independientemente de su mérito)⁶¹.

104. En apariencia esta solución se asemeja a la tesis de la “*scindibilità*” o separabilidad recogida hasta el año 2001 en el ordenamiento italiano y todavía vigente (aunque con mucha indeterminación) en el derecho estadounidense: un objeto industrial (diseño y/o modelo de utilidad) sólo podrá acceder a la protección del derecho de autor si presenta elementos estéticos tridimensionales o bidimensionales que permitan identificar en el mismo una obra de arte separable respecto del uso práctico o útil del objeto industrial. Pero, con la notable particularidad de que en el sistema de la UE, el objeto en cuestión podrá gozar de protección acumulada de varios derechos de propiedad intelectual (modelo de utilidad y/o diseño industrial con el derecho de autor).

105. Por tanto, si a diferencia de lo que se predica en EE.UU, la tutela que ofrece el derecho de autor a una creación de diseño es acumulable con la que otorga el diseño industrial o un modelo de utilidad, se está asumiendo que en el objeto industrial que presente un plus de creatividad lo artístico es inescindible de lo puramente industrial, de modo que, si el objeto industrial se considera además una obra de artes aplicadas, cuando caduque el derecho sobre el diseño industrial o modelo de utilidad el derecho de autor protegerá el objeto industrial no sólo en su función o valor artístico (como obra de arte aplicado) sino también en el industrial, garantizando la producción en masa y distribución en exclusiva durante todo el tiempo de duración del derecho de autor. Ha de ser así si partimos de la moderna concepción del derecho de autor como derecho industrial que no se limita a la explotación de los aspectos artísticos

⁶⁰ Esto es, cuanto más venga determinada la forma del objeto por su función práctica, menor será el margen para apreciar en el mismo una obra de arte aplicada a la industria, a pesar de que se trate en todo caso -sea como mero diseño o sea como obra- de una creación propia de su autor que refleje su personalidad.

⁶¹ Vid. SOUSA E SILVA, *A Protecção Jurídica do Design*, pgs. 162 y ss., si bien este autor propone esta orientación restrictiva del alcance del derecho de autor para todo tipo de obras y no sólo para las creaciones de arte aplicado.

de un objeto, sino a la explotación del objeto mismo frente a actos no autorizados de reproducción (fabricación), distribución (comercialización) y comunicación pública (difusión alámbrica o inalámbrica).

106. Lógicamente, la apreciación de esos elementos estético-artísticos superiores a los meramente estético-industriales siempre tendrá un componente subjetivo que genera un déficit de seguridad jurídica. Pero no parece que exista otra alternativa para determinar la presencia de ese “plus de creatividad artística” que parece exigir el TJUE para que un dibujo o modelo industrial pueda acceder a la tutela reforzada y más duradera que puede ofrecer el derecho de autor a los objetos industriales.

107. Cierto que no existen reglas objetivas para determinar en cada caso concreto cuándo y por qué la forma u ornamento de un objeto industrial puede ser considerada “artística”⁶²; de hecho, así sucede con la apreciación del arte en general⁶³. Pero tampoco existe una regla objetiva (y lo deja claro reiteradamente el TJUE al remitirse al criterio de los jueces y tribunales nacionales) para determinar cuándo una determinada creación (en este caso un objeto industrial) refleja la libertad creativa y la personalidad de su autor. Por lo demás, la presencia de elementos estético-artísticos adicionales a los puramente estético-industriales (forma u ornamento de productos industriales) es susceptible de objetivarse si se pone el acento en la identificación de ese “plus” de creatividad, que se puede apreciar en la especial singularidad artística del diseño que va más allá de la mera singularidad como forma industrial y que, a la postre, permitiría deducir con mayor facilidad la presencia de una personalidad libre y creativa del autor por encima de las limitaciones técnicas o funcionales del objeto en cuestión.

108. De hecho, considero que es más fácil apreciar el carácter artístico (independientemente del mérito artístico) en un objeto o expresión creativa antes que la personalidad libre y creativa de su autor, pudiendo recurrir en casos límite (como sucede, en particular, con las obras de arte aplicado) a expertos, círculos especializados y a la estética artística dominante para un espectador informado; es decir, recurrir a un abordaje institucional del carácter artístico de un objeto industrial que presente elementos creativos adicionales a su función útil⁶⁴. Si el propio TJUE ha tenido en cuenta la percepción del público sobre la forma de un producto, al margen de su función técnica, para determinar si es posible su protección como marca tridimensional⁶⁵, no existe ningún motivo para que no se pueda realizar el mismo análisis de percepción de la forma artística ya por parte del público o ya por especialistas en arte plástico⁶⁶. Se trata, por tanto, de objetivar el “carácter artístico” de un determinado objeto industrial, lo cual es diferente de la consideración del “mérito artístico” y de la “belleza”, conceptos estos que sí son

⁶² Los requisitos de acceso a la tutela del diseño industrial sí pueden calificarse de reglas relativamente objetivas, pues también dejan margen para la discusión y la interpretación. Como es sabido ya, un diseño industrial -como creación estético-industrial- es nuevo cuando no se haya puesto otro idéntico a disposición del público con anterioridad a la solicitud de registro, y es singular cuando la impresión que provoca en un usuario informado difiera de la producida en general por cualquier otro diseño anterior (arts. 5 y 6 LDI).

⁶³ Sobre el carácter artístico, véase la interesante y profunda exposición que realiza SOUSA E SILVA, *A Protecção Jurídica do Design*, cit., pgs. 174-188.

⁶⁴ Tal y como hizo y avaló el Tribunal Supremo alemán en la Sentencia de 13 de noviembre de 2013 (caso “Geburstagszug”) o como vienen haciendo algunos jueces y tribunales españoles desde hace tiempo para determinar la existencia o no de un plus de creatividad artística, como en la SJM nº 5 de Madrid de 10 de febrero de 2010 (caso “Bicicleta Brompton”), o en la SAP Barcelona, Secc. 15ª, de 26 de abril de 2019 (caso “Sillas de Jardín”).

⁶⁵ Cfr. STJUE de 23 de abril de 2020 (As. C-237/19, “Gömböc Kutató, Szolgáltatás és Kereskedelmi Kft.”).

⁶⁶ Estas ideas se recogen en el voto particular formulado por el Ilmo. Sr. Luis Rodríguez Vega (al que se adhiere el Ilmo. Sr. José María Fernández Seijo) a la SAP Barcelona núm. 512/2020, de 6 de marzo (caso “Farola Latina”): *“El diseño responde igualmente a una idea creativa. Ahora bien, si lo que el autor pretende es dar a un producto industrial una nueva apariencia, que le diferencie de la de los productos anteriores estaremos ante un diseño y su defensa ha de buscarse en las normas que lo protegen. Si por el contrario pretende dar a su obra un significado diferente, reconocible por un espectador informado, entonces podríamos estaremos ante una obra artística. Se me podría reprochar que el criterio propuesto es subjetivo, pero creo que la introducción de la reconocibilidad por un “espectador informado” permite su objetivación. No toda explicación sería aceptable, ya que el autor ha de probar que dicho significado puede ser reconocido por su público, descrito como un espectador informado. La cualidad de “informado” obedece a que la comprensión del lenguaje artístico requiere de una especial formación”* (ap. 8).

eminentemente subjetivos, mientras que el concepto de arte o estética-artística puede identificarse de alguna manera como un plus sobre la mera estética de un producto industrial.

109. La solución basada en exigir un plus de creatividad -reflejada en la singularidad artística- para que objetos industriales puedan gozar de la protección del derecho de autor parte, además, de la correcta apreciación teleológica y sistemática de los derechos de propiedad intelectual en general y del derecho de autor en general en relación con la innovación creativa y la libre competencia en el mercado. Es decir, la cuestión de la protección acumulada de varios derechos de propiedad intelectual sobre un mismo bien inmaterial (híbrido) y de los requisitos de acceso al derecho de autor en particular, no puede decidirse en clave tradicional “iusautorale” que considera el derecho de autor como un premio al esfuerzo creador, sino que debe decidirse a partir de una lógica utilitarista que concibe el derecho de autor y los derechos de propiedad intelectual en general como un incentivo a la creación y a la innovación subsiguiente, y con ello a la competencia económica y al desarrollo técnico, cultural, social y económico.

110. Ofrecer un acceso fácil al derecho de autor frustraría los incentivos vinculados al sistema de patentes y diseños industriales, que podrían devenir innecesarios, al ofrecer el derecho de autor una protección sólida (independiente del destino de la obra), duradera, sin necesidad de registro, sin necesidad de explotación obligatoria y sin necesidad de pagar tasas de obtención y renovación. Y frustraría a la postre los objetivos perseguidos por el conjunto de derechos de propiedad intelectual, entorpeciendo la innovación subsiguiente (al ampliar significativamente el monopolio jurídico sobre el bien inmaterial) y encareciendo los precios (al limitar la competencia)⁶⁷.

111. Señala en este sentido el Abogado General Sr. Szpunar en sus Conclusiones al Asunto “Cofemel”, facilitar el acceso al régimen del derecho de autor a las creaciones de diseño permitiría excluir en la práctica el régimen “*sui generis*” destinado a los dibujos y modelos industriales, lo cual tendría efectos negativos: *“la devaluación del Derecho de autor, solicitada para proteger creaciones banales, la obstaculización de la competencia como consecuencia de la duración excesiva de la protección o incluso la inseguridad jurídica, en la medida en que los competidores no pueden prever si un dibujo o modelo cuya protección sui generis ha expirado no está protegido también por el Derecho de autor”* (ap. 52). Por eso entiende que una aplicación estricta del derecho de autor por los órganos jurisdiccionales nacionales podría poner remedio en gran medida a los inconvenientes resultantes de la acumulación de protecciones (ap. 54). Sin embargo, en lugar de basar esa decisión en el efecto estético o visual artístico del objeto industrial, considera que la solución debe venir de la dicotomía entre idea y expresión en las obras de artes aplicadas (ap. 57), debiendo apartarse las soluciones funcionales de la protección del derecho de autor (ap. 59).

112. El Abogado General Sr. Manuel Campos Sánchez-Bordona, en sus Conclusiones al Asunto “Brompton”, considera asimismo que *“la vigencia del principio de acumulación no debe significar una protección desmesurada del derecho de autor, que iría en detrimento de los intereses públicos al actuar como freno del sistema de defensa de los derechos de propiedad industrial”* (ap. 39); equilibrio que se rompería si el plazo asignado se extendiera, sin más, hasta alcanzar los generosos términos propios del derecho de autor, *“pues los diseñadores perderían los estímulos para acogerse al sistema de propiedad industrial si, con menos gastos y menos requisitos formales (ausencia de registro, entre otros), tuvieran asegurada la protección de sus creaciones a título del derecho de autor, y por un plazo mucho más prolongado”* (ap. 40).

113. Ahora bien, si los Señores Abogados Generales (y el propio TJUE) tienen tan claro los efectos nocivos que la tutela de creaciones técnicas y estético-industriales por medio del derecho de autor produce para el sistema de derechos de propiedad intelectual y para la libre competencia, cabe preguntarse por qué han rechazado con tanta contundencia valorar el carácter artístico en el concepto de

⁶⁷ Vid. CARBAJO CASCÓN, “Bienes inmateriales híbridos y concurrencia de protecciones: formas de tutela de las obras aplicadas a la industria”, Pe.i, n° 55, enero-abril 2017, pgs. 13-58. También, SUÑOL, “Diseños funcionales y derechos de autor”, cit., pgs. 256-257.

“obra original”; al menos para resolver el problema de la acumulación de protecciones en las creaciones industriales y restringir así su acceso a la tutela del derecho de autor como obras de arte aplicadas.

114. Es posible que, ante la falta de armonización legislativa en el Derecho de la UE sobre el concepto de “obra original”, se haya querido definir un concepto autónomo de “obra” y de “originalidad” abierto a todo tipo de creaciones intelectuales, aunque no sean estrictamente literarias o artísticas (en los términos del Convenio de Berna y de muchas legislaciones nacionales), incluyendo así las obras tecnológicas y muchas creaciones menores o calderilla que no encuentran protección en otros derechos de propiedad intelectual.

115. Pero esto no estaría necesariamente reñido con la fijación jurisprudencial de un concepto más estricto para las obras de arte aplicado o, en general, para todas aquellas creaciones que (como las de diseño, los modelos de utilidad o las fotográficas) pueden gozar de protección exclusiva a través de otros derechos de propiedad intelectual. Aunque la Directiva 2001/29 no aporta un criterio de obra original, la coexistencia en el ordenamiento de la UE de esta Directiva con la Directiva y Reglamento en materia de diseños y dibujos industriales, que consagran la teoría de la acumulabilidad de protecciones, habilitaría al TJUE para establecer reglas especiales, más férreas y claras, para regular el acceso de los objetos industriales a la protección del derecho de autor.

116. La dicotomía entre idea y expresión -en la que tanto insisten los Abogados Generales y el propio TJUE- puede servir, ciertamente, para excluir del concepto de obra protegida por el derecho de autor aquellas creaciones en que los elementos o reglas técnicas tienen un peso esencial en la forma del objeto industrial. También, quizás, para excluir del derecho de autor aquellas otras creaciones menores o banales donde el aspecto literario o visual no hace sino reflejar una simple idea o información de tipo profesional, comercial, técnico o publicitario (como los manuales de instrucciones de electrodomésticos, prospectos de medicamentos, anuncios por palabras o anuncios estereotipados, logotipos básicos, eslóganes, etc.).

117. Pero no es en todo caso un criterio decisivo, pues siempre deja margen para forzar la interpretación y apreciar elementos creativos siquiera mínimos que dejen margen a la duda. Y no lo es desde luego en el caso de muchos diseños industriales o invenciones donde, junto a los elementos técnicos y funcionales, se pueden apreciar formas visuales singulares tridimensionales o bidimensionales que bien pueden calificarse como formas estético-industriales pero no necesariamente, o no tan fácilmente, como formas estético-artísticas.

118. En cualquier caso, de la doctrina del TJUE se puede extraer una idea clara: el reconocimiento de objetos industriales (creaciones técnicas o de forma) como obras de arte aplicado protegibles por el derecho de autor, y por lo tanto la acumulación de protecciones por distintos derechos de propiedad intelectual, tiene que ser en todo caso restrictivo o limitado. A partir de aquí, creo que no estaría reñido con el espíritu de la Jurisprudencia del TJUE, limitar el acceso al derecho de autor únicamente a aquellos objetos industriales donde sea posible reconocer una forma diferenciada o singular que presente un plus de creatividad que vaya más allá de los aspectos estrictamente industriales (sean funcionales o formales) del objeto en cuestión (se quiera llamar a ese plus creatividad o singularidad artística o no).

119. Con este proceder se evitarían los problemas apuntados en relación con la retirada de incentivos para el registro de diseños industriales y modelos de utilidad y, con ello, para el juego de los incentivos y el equilibrio de intereses privados y públicos en la estructura y funcionamiento competitivo del mercado.

120. Así, fuera de los casos donde se aprecien esos aspectos artísticos suplementarios a los estrictamente industriales (técnicos y/o formales), una vez transcurrido el periodo de protección de patentes y diseños industriales, y caídos los bienes inmateriales en el dominio público, las ideas y formas industriales podrán ser libremente explotados por terceros en régimen de competencia por imitación,

pudiendo los otrora titulares de derechos exclusivos recurrir a la tutela “*ad hoc*” que ofrece el derecho de competencia desleal para luchar contra copias o imitaciones serviles que pudieran generar confusión o asociación entre los consumidores o un aprovechamiento indebido de la reputación o del esfuerzo ajeno (cfr. art. 11.2 LCD)⁶⁸. Como podrán también recurrir al derecho de competencia desleal los creadores de diseños no registrados (o de cualesquiera otras obras) que no reúnan el mínimo de creatividad para ser considerados obras originales protegibles por el derecho de autor. En ambos casos, siempre que la comercialización por terceros de copias o imitaciones sea susceptible de alterar el orden concurrencial, en el sentido de provocar una pérdida o trasvase significativa de clientela de un operador económico a otro que no se habría producido de no darse esos comportamientos desleales⁶⁹.

⁶⁸ El Abogado General Campos Sánchez-Bordona apunta en sus Conclusiones al Asunto “Brompton” que el eventual rechazo de la protección a título de derechos de autor no impediría acudir a otras normas previstas para luchar contra las imitaciones serviles o parasitarias, pues aun no estando armonizada plenamente a escala de la Unión puede encontrar respuesta en los respectivos ordenamientos nacionales (ap. 100-101), refiriendo (ap. 68) que el propio TJUE se refirió a esta posibilidad “*obiter dictum*” en el apartado 61 de la Sentencia “Lego Iuris” en materia de marcas: “*La situación de una empresa que haya desarrollado una solución técnica con respecto a competidores que comercializan copias que imitan la forma del producto e incorporan exactamente la misma solución no puede protegerse confiriendo un monopolio a esa empresa mediante el registro como marca del signo tridimensional constituido por dicha forma, sino que, en su caso, puede examinarse a la luz de las normas en materia de competencia desleal. Sin embargo, tal examen no es objeto del presente litigio*”.

⁶⁹ Y teniendo presente, en el caso de modelos de utilidad o diseños industriales registrados cuya protección hubiera caducado, que como el diseño ya gozó de una protección exclusiva por medio de un derecho de propiedad intelectual, cualquier valoración desde la competencia desleal ha de realizarse en términos restrictivos, a fin de favorecer o priorizar la libre competencia salvo en aquellos comportamientos que muestren una mayor evidencia de deslealtad y mayor gravedad para el orden concurrencial en el mercado.

SUCESIÓN DE NACIONAL EXTRANJERO RESIDENTE EN
TERRITORIO DE DERECHO FORAL: LAS CUESTIONES
OMITIDAS. SENTENCIA DE LA AP DE GIRONA (SECCIÓN 2)
NÚM. 367/2019 DE 4 DE OCTUBRE

SUCCESSION OF A FOREIGN NATIONAL RESIDENT
IN A FORAL LAW TERRITORY: THE SKIPPED ISSUES.
JUDGMENT OF THE COURT OF APPEAL OF GIRONA
NUMBER 367/2019 OF 4TH OCTOBER

LUIS F. CARRILLO POZO

*Profesor de Derecho Internacional privado
Universidad de Almería*

ORCID ID: 0000-0002-5507-167X

Recibido: 12.03.2020 / Aceptado: 06.04.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5641>

Resumen: En el caso de una sucesión testamentaria de un nacional británico, un tribunal tiene que desplegar una actividad dirigida básicamente a la elucidación de tres cuestiones: Con independencia de la residencia habitual del causante; ¿dónde tuvo su último domicilio? ¿Tienen las disposiciones testamentarias valor de elección de ley? Admitido el reenvío, ¿se puede aplicar sin más la normativa de la Comunidad Autónoma, en base a un criterio puramente territorial? En el caso analizado, no sometido al reglamento 650/2012, la Audiencia Provincial prescinde de estos análisis. Si el reglamento hubiera sido aplicable, el resultado podría haber sido muy distinto.

Palabras clave: Sucesión testamentaria, reenvío, *professio iuris*.

Abstract: In the case of a testamentary succession of a British, a court must carry out an activity aimed basically at the elucidation of three issues: Regardless of the habitual residence of the deceased, where had he his domicile? Do the testamentary dispositions have the value of choice of law?; once the renvoi it's accepted, can the Law of the Autonomous Community be applied without further ado, based on a purely territorial criterion? In the case analyzed –being the regulation 650/2012 inapplicable–, the Provincial Court skips out these analysis. But if the regulation had been applicable, the result could have been very different.

Keywords: Testamentary succession, renvoi, *professio iuris*.

Sumario: I. Los hechos y la sentencia. II. ¿Y si el causante tuviera su *domicile* en Gran Bretaña? III. El reenvío. ¿Se puede decidir en base a conjeturas y cálculos aproximados? IV. Mirando al futuro: La *professio iuris*. ¿Y si se ha elegido el Derecho rector de la sucesión? V. A modo de recapitulación: Una *check list* sucesoria.

I. Los hechos y la sentencia

1. El presente comentario no puede ser demasiado original, más que nada porque los hechos que se hallan en la base de la sentencia –dentro de la parquedad del relato de la que adolece la decisión– son bastante usuales: Nacional británica residente en territorio con Derecho civil especial (Cataluña a la sazón) desde 1983, donde vivió hasta el momento de su muerte, en mayo de 2015. En 2002 había otorgado testamento en el que designaba como heredero universal a su segundo marido. De la narración del litigio deducimos que había al menos un hijo del primer matrimonio, que es el que acciona en primera instancia, reclamando ser considerado y recibir lo que le correspondiera como legitimario, pedimento que fue estimado. Ahora, en apelación, es el hijo de ese segundo matrimonio quien impugna la decisión, discutiendo –en lo que interesa en este comentario– la cuestión de la ley aplicable, esto es, si lo era la española o la inglesa, extremo resuelto por el tribunal en esta última dirección. Este es el punto crucial, claro, porque de su solución depende el reparto del caudal relicto. Aquí es donde la Audiencia argumenta de forma muy mecánica, casi desgana, deslizándose afirmaciones cuando menos dudosas, para terminar acogiendo la competencia del Derecho catalán. De haber reflexionado un poco más, la respuesta habría sido –probablemente– otra.

Existen a mi juicio dos momentos que jalonan la argumentación, y a ellos pretendo dedicar las siguientes páginas: La afirmación del domicilio en España de la causante y la viabilidad del reenvío de retorno. En otro orden de cosas, la decisión permite realizar alguna referencia a la *professio iuris* testamentaria.

2. No se me oculta que a día de hoy el tipo de controversia internacional que fue objeto de este litigio tiende a ser residual; ni siquiera la apertura de la sucesión se produce una vez era aplicable el Reglamento europeo sobre sucesiones. Pero a medida que nos vayamos alejando de la fecha crítica del 17 de agosto de 2015 se irá imponiendo en ellas la aplicación del RS –con correlativa disipación de las dudas generadas por el juego del art. 9.8 CC y el carácter plurilegislativo del Estado–, cuyas soluciones en alguno de los temas tratados son más o menos claras (o al menos están en trance de clarificación, gracias a la intervención del TJUE). En todo caso, de momento no es tan extraño tener que ejecutar un testamento redactado antes de esa fecha, y ahí sí que puede resultar útil reflexionar sobre las apreciaciones y sobre todo los silencios y omisiones de la Audiencia de Gerona, algunas trasladables al Derecho vigente, como se verá¹.

3. De otro lado, téngase presente el trasfondo sobre el que se desenvuelven las controversias en materia sucesoria, caracterizado por la relatividad extrema de las soluciones, incluso en el entorno europeo. Subsisten apreciables diferencias al nivel de los Derechos sustantivos, pero también en el nivel conflictual, y, como consecuencia, en las respuestas judiciales, muchas veces de carácter eminentemente nacional y cerradas a la cooperación². En consecuencia, desechemos la ilusión de haber abandonado el territorio de las incertidumbres y haber llegado a un punto de máxima seguridad jurídica o de previsi-

¹ Ya sé que no es usual, pero quiero aprovechar esta humilde primera nota a pie de página para expresar mi testimonio de reconocimiento y gratitud hacia los magistrados de esta Audiencia, donde aprendí los rudimentos de la apasionante y sublime arte de elaborar sentencias.

² En Inglaterra no consta que se haya ejecutado una sola decisión extranjera en base a un convenio bilateral. En Dinamarca sólo se reconocen las decisiones procedentes de países escandinavos, lo mismo que en Finlandia antes del RS. Nueva York se ha convertido en un refugio oficial frente a normativas extranjeras que prevén una cuota obligatoria en favor de algunos herederos: Como se permite elegir la ley del Estado para la sucesión de los bienes situados en su territorio, basta con introducir una cláusula de elección para hacer inatacables las transacciones sometidas a su ordenamiento, sea mediante sustitutivo testamentario sea mediante testamento. Otro tanto dígame respecto a la ley de Florida, que somete a su ley los depósitos bancarios en su territorio. En Bahamas los arts. 8, 9 y 10 de la *Trust (Choice of Governing Law) Act*, de 1989, se inmuniza el *trust*, al *trustee* y a los bienes transferidos a un *trust* frente a acciones en reducción o *clawback* de los herederos reservatarios al amparo de la *lex successionis* o frente a decisiones judiciales extranjeras. Idéntica inmunidad de los *trusts* sometidos a su ley frente a pretensiones basadas en las cuotas reservadas por cualquier otro ordenamiento existe en los sistemas de la Islas vírgenes británicas (*Trustee (Amendments) Act* de 1993 y 2003), las islas del Canal (Gernsey y Jersey), las Islas Cook o las islas Caymán.

bilidad; todo lo que aquí se puede decir se hace exclusivamente desde nuestro foro (a lo sumo, desde los sistemas vinculados por el reglamento 650/2012), sin pretensiones de universalidad, y eso en una sucesión internacional (o sea, con dispersión del patrimonio) nos coloca en las lindes del azar³.

II. ¿Y si el causante tuviera su *domicile* en Gran Bretaña?

4. Nada nuevo descubro al recordar que el punto de partida de todo el proceso aplicativo del art. 9.8 CC pasaba por la averiguación de la nacionalidad del difunto, y que, una vez instalados en su Derecho nacional, habría que verificar si sus normas de conflicto remiten al ordenamiento español. Esta sencilla tarea encierra sin embargo dos actividades tan complejas como desatendidas por lo general, a saber, la prueba del tenor de las normas de conflicto extranjeras (y adviértase que estamos en presencia de un Estado plurilegislativo) y la integración de su contenido⁴. Con demasiada frecuencia se dan por conocidas⁵, cuando lo cierto es que se conocen de forma muy epidérmica: Desde el caso en el que se maneja una versión parcial hasta la pura ignorancia de aquello de lo que se habla. En el primer grupo, el ejemplo de las reglas contenidas en el *Restatement second on the Conflict of Laws* es diáfano, cuando por los jueces españoles se prescinde de la referencia a normas de conflicto del país reclamado y se quedan sólo con la segunda parte del sintagma, es decir, la que hace referencia a lugar del domicilio del difunto para la sucesión de los bienes muebles y a la *lex situs* para los bienes inmuebles⁶; respecto al segundo, la tendencia a equiparar el *domicile* inglés y la residencia habitual española: Era perfectamente posible que una ciudadana inglesa como la del caso comentado viviera en España desde 1983 a 2015, y sin embargo tuviera *domicile* inglés, entre otras cosas porque existe la presunción de que no se quiere perder, en la medida en que conserven el *animus*, elemento esencial integrante de tal concepto⁷ (y en este sentido se podría defender que la afirmación en disposición testamentaria de que el sujeto tiene su domicilio en Gran Bretaña, por ejemplo, es manifestación de la voluntad de conservarlo)⁸.

De otra parte, se da por sentado la naturaleza (mueble, inmueble) de los bienes, olvidando que su calificación debería ser hecha conforme al ordenamiento reclamado por la norma de conflicto española⁹. De todas formas, no existen elementos como para cuestionar las conclusiones alcanzadas.

³ Diga lo que diga un tribunal español, nada garantiza que se logren las atribuciones patrimoniales deseadas, o que globalmente se ajusten a los principios inspiradores del ordenamiento declarado aplicable.

⁴ No existe reenvío de retorno sin prueba de la norma de conflicto extranjera: resolución de la DGRN (supongo que para resoluciones entre 1861 y 2020 se puede seguir usando esta denominación) de 5 de febrero de 2005, SAP Las Palmas 28 de junio de 2004, SAP Tarragona 13 de mayo de 2004.

⁵ Por ejemplo, la STS 18/2019 de 15 de enero exime de prueba de la norma inglesa sobre sucesiones considerando que, habiendo sido aplicada con frecuencia, es sobradamente conocida y no se requiere su acreditación. Justo la solución contraria, estricta, es la que adopta (para otro ámbito geográfico, es evidente) la resolución de la DGRN de 5 de febrero de 2005 (sucesión sometida al ordenamiento de Nueva York).

⁶ Secciones 236, 239, 260 y 263. Extraigo la observación de M. VIRGOS SORIANO/E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Succession law and renvoi: the Spanish solution”, en H. P. MANSEL et al. (eds.), *Festschrift für Erik Jayme*, Munich, 2004, p. 986.

⁷ Al respecto *vid.* E. CASTELLANOS RUIZ, “Ley aplicable a la sucesión *mortis causa*”, en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCO-SA GONZÁLEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea IV. Comentario al Reglamento UE núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre sucesiones mortis causa*, Cizur Menor, 2019, p. 500; S. A. SÁNCHEZ LORENZO, “Algunos problemas del régimen jurídico de los actos inscribibles relativos a ciudadanos británicos”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2006, pp. 2003 ss.

⁸ Así, en la STS de 5 de diciembre de 2018 el causante declara tener su domicilio a efectos sucesorios en un Estado diferente al de su residencia habitual, a lo que el TS da relevancia. En realidad, en el caso se descubre una elección de ley a partir de indicios como éste, en un momento en que no cabía elección alguna, como bien recuerda la STS de 15 de enero de 2019. Existe un comentario de la sentencia de 2018 de L. GARCÍA GUTIÉRREZ, “Sucesión de un nacional británico residente en España: el reenvío, de nuevo, como elemento decisivo entre la libertad de testar y los derechos sucesorios de legítima, típicos del Derecho civil común español”, en *CDT*, 2019, pp. 616 ss., evidenciando muy bien la distinción entre *domicile* y residencia habitual. La resolución de la DGRN de 15 de junio de 2016 habla sin problemas de un residente en España con «su domicilio determinado en este caso por su lugar de nacimiento, [lo que implica sujeción] a las leyes de Reino Unido».

⁹ *Cfr.* P. LAGARDE, “La qualification des biens en meubles ou immeubles dans le droit international privé du patrimoine familial”, en *Melanges en l'honneur de Mariel Revillard. Liber amicorum*, París, 2007, p. 215.

5. Esta es la primera cuestión omitida. Si la sentencia recoge bien el tenor del recurso nunca lo sabremos: Es posible que donde decía domicilio se haya transcrito residencia habitual. Sea como fuere, si aceptamos por contra que ha sido fiel al recoger los argumentos del recurso, habrá que concluir que este estuvo mal planteado o que no se explicó bien. No hay en la sentencia ni una palabra sobre el *domicile*. Se insiste en que argumentaba que la causante tenía su residencia en Gran Bretaña por haber mantenido “cierto arraigo” en aquel lugar, al tener una cuenta bancaria, acciones y productos financieros en tal plaza; como era augurable, el argumento fue descartado sin más trámite por falta de prueba de cuál sería el domicilio de la testadora en Reino Unido y porque el propio recurrente ya había aceptado el hecho de la residencia en España (¡los tozudos hechos propios!). Es la permanente confusión de ambos conceptos. Se puede residir en España y tener domicilio (en sentido anglosajón) en Inglaterra. Por supuesto que existían datos suficientes como para demostrar que la causante vivía en España¹⁰. Eso no lo discute nadie. Pero no es tan diáfana la conclusión si se hubiera razonado sobre el *domicile*, y a este detalle la AP de Gerona no dedica ni una línea. Compárese esta decisión con la ejemplar sentencia de la AP de Murcia de 30 de noviembre de 2011, por ejemplo, que para emplearlo realiza un exhaustivo ejercicio de reconstrucción, atento tanto al lugar en el que se vive como a la voluntad de permanecer o no en él, recurriendo a la prueba testifical, documental (empadronamiento) e indicios (venta de sus propiedades en Gran Bretaña, escolarización del hijo), y contemplando específicamente extremos como la no tramitación del permiso de residencia para descartar su relevancia; o la precitada STS de 5 de diciembre de 2018, detectando –informe jurídico mediante– un domicilio en Inglaterra a partir del “cierto arraigo” que supone tener cuentas corrientes en aquel país¹¹. Si se hubiera manejado la doctrina contenida en las decisiones que correctamente distinguen ambos conceptos, es dudoso a qué conclusión hubiera llegado la AP: Nacionalidad y “alguna cuenta o efecto bancario allí” probablemente fueran suficientes para hablar de un domicilio británico¹².

6. Se habla de hechos propios, de declaraciones unilaterales del causante. No deberían tener tanta relevancia. Parece razonable que el juez asuma la tarea de averiguar de oficio los elementos a partir de los cuales afirmar dónde está el domicilio de un sujeto, como dimensión integrante de la imperatividad de la norma de conflicto, sin que quepan los pactos entre los litigantes, en un sector donde la autonomía conflictual no estaba permitida¹³. Dentro del ordenamiento objetivamente aplicable podrán llegar a los acuerdos que quieran, pero este sistema jurídico no puede ser pactado entre los particulares. La situación es actualmente similar; no es admisible que se lleguen a acuerdos sobre cuál era la residencia habitual del difunto. Por ello el considerando 23 del RS exige que la autoridad que sustancie la sucesión realice un juicio sobre tal extremo¹⁴.

7. En definitiva: Se podría haber alcanzado otra conclusión, y el hecho de que la causante tuviera su domicilio en Reino Unido habría tenido una doble consecuencia: En lo que nos afecta (plano conflictual), la inviabilidad del reenvío de retorno; en el sustantivo, que se nos escapa, la posibilidad de que también el juez inglés conociera de la sucesión y decretara una *reasonable provision* en favor del hijo¹⁵.

¹⁰ Tarjeta de residencia, su propia declaración ante el notario, la declaración en la escritura de aceptación de herencia, el domicilio consignado en los documentos bancarios ingleses.

¹¹ Se supone que la AP está vinculada por la doctrina del TS, aunque sea tan débil y criticable como la de esta sentencia. Un cierto análisis era exigible.

¹² Aviso a litigantes, pues: Hay que ilustrar al tribunal, que no tiene por qué conocer el ordenamiento extranjero, ni los conceptos usados en sus normas. La prueba pericial o la exhaustiva reproducción de sentencias españolas correctamente construidas es ineludible.

¹³ No obstante, la STS de 21 de mayo de 1999 da por buena la anuencia del demandado en cuanto al domicilio del causante.

¹⁴ Recuérdese que la DGRN exige que el notario haga ese juicio sobre residencia habitual: *V. gr.* resolución de 2 de marzo de 2018.

¹⁵ Al final, las asignaciones obligatorias en favor de determinadas personas existen de un modo u otro, en todos los sistemas, *ex ante* o *ex post*. Es la solidaridad familiar. La libertad testamentaria absoluta no existe: Sin llegar a los extremos de la famosa sentencia del BVG de 19 de abril de 2005, recuérdese que al amparo de la *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act* de 12 de noviembre de 1975 el juez puede realizar atribuciones patrimoniales a las personas que de un modo u otro dependan del causante, si bien es cierto que es raro que a los hijos adultos jóvenes y capaces se les conceda una *financial*

III. El reenvío. ¿Se puede decidir en base a conjeturas y cálculos aproximados?

8. Es claro que el art. 34 RS comporta un cambio sustancial en materia de reenvío, y la decisión comentada en sí misma tiene escaso potencial explicativo. Ahora bien, alguna de las consideraciones que se pueden hacer a propósito de ella servirá para ilustrar desarrollos futuros. Téngase en cuenta que la coincidencia entre foro y Derecho aplicable que realiza el RS convierte a esta técnica conflictual en algo tendencialmente casi excepcional (más allá del aparentemente generoso tenor del art. 34), pero su incidencia no ha desaparecido: Dejando de lado los improbables supuestos de apertura de un foro de necesidad, donde las conclusiones sobre ley aplicable son demasiado abiertas, piénsese en la hipótesis concreta de un ciudadano con nacionalidad española que muera teniendo residencia habitual en Gran Bretaña, caso en el que nuestros tribunales podrán conocer de toda su sucesión (art. 10.1.a RS), lo mismo que cuando un británico muera residiendo en su país pero haya estado hasta hace poco viviendo en España (art. 10.1.b RS): El art. 21 RS conduce a la ley de su residencia habitual, y si ese ciudadano tiene inmuebles en el extranjero, o si su domicilio se encuentra en otro lugar, volveremos a encontrarnos en la tesitura de tratar con el reenvío (y de nuevo surgirá el debate en torno al dogma de la unidad y la escisión). Volveremos sobre estos supuestos.

9. La argumentación de la AP es muy sencilla: Siguiendo la orientación jurisprudencial consolidada¹⁶, en base a los arts. 9.8 CC y 12.2 CC, resulta aplicable el Derecho español¹⁷. Hay tres datos a considerar en el fundamento jurídico tercero:

- El reenvío como forma para conseguir la aplicación de la ley más estrechamente conectada: Se trata de una afirmación muy extendida¹⁸, que sin embargo parece olvidar que el reenvío precisamente comporta el abandono de los objetivos de proximidad tal y como han sido concebidos por el legislador patrio. Se puede discutir si sus finalidades son unas u otras, si se mueven en el plano procesal o sustantivo¹⁹, pero lo que es evidente es que no persigue

provision; sería necesario que el difunto tuviera obligaciones y responsabilidades que subsistiesen en el momento de la muerte, no bastando las antiguas no satisfechas.

¹⁶ Un completo repaso de la jurisprudencia reciente sobre el tema –salvo algunos detalles, como por ejemplo la condición de legitimarios en el CC, p. 508– en E. CASTELLANOS RUIZ, “Reenvío y sucesiones *mortis causa* con carácter internacional. Pasado, presente y futuro en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado*, vol. II, Murcia, 2019, pp. 489 ss.

¹⁷ «No siendo de aplicación al caso el Reglamento Europeo 650/2012, que además de no ser suscrito por el Reino Unido (...), la cuestión ha de quedar sujeta a lo previsto en los arts. 9.8 y 12.2 del CC, según los cuales la sucesión se rige por la ley personal del causante; y por remisión del derecho inglés y en virtud de la norma de conflicto, la ley personal de la causante que sería la inglesa, remite a la aplicación de la ley española por el lugar en que se encuentran los bienes, si son inmuebles; y en el caso de muebles, por el domicilio de la causante. Lo que en el caso analizado, conduce a la aplicación de la ley española, tanto por el inmueble que constituye el elemento más valioso del caudal relicto, como por los depósitos bancarios e instrumentos financieros que también se integran en él. Y al residir la testadora en la Comunidad de Cataluña, resulta aplicable el Derecho especial de Cataluña». Por lo demás, la cursiva es propia: Curiosa forma de entender el funcionamiento de un reglamento europeo.

¹⁸ Recientemente, por ejemplo, STS de 15 de enero de 2019. Esa idea del reenvío como forma de conseguir la aplicación del ordenamiento mayormente vinculado fue muy bien expuesta entre nosotros, por ejemplo, en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/J. J. MARTÍNEZ NAVARRO (eds.), *Prontuario básico de Derecho sucesorio internacional*, Granada, 2012, pp. 31 ss., siguiendo a C. CAMPIGLIO, “Versatilità e ambiguità del meccanismo del rinvio”, en *RDIPP*, 2010, pp. 367-382. Claro que a partir de ahí afirmar que la mayor vinculación equivale a eficiencia del resultado porque satisface las expectativas de las partes (I. LORENTE MARTÍNEZ, “La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015. Derecho sucesorio internacional y lectura económica del reenvío”, en *CDT*, 2015, p. 470) comporta un salto sin justificación, más que nada porque cuando las partes litigan en temas sucesorios no lo hacen animadas por una idea de justicia conflictual ni de eficiencia, sino que animadas por un sano egoísmo buscan el amparo del ordenamiento que les confiere mayor cantidad de derechos de propiedad. Para el órgano judicial el reenvío es un mecanismo de ahorro (minimiza el coste de error al permitir aplicar su propia ley), pero para las partes los objetivos son muy distintos. La certidumbre es el verdadero ahorro; aplicar una ley desvinculada no necesariamente comporta pérdida de eficiencia ni irroga perjuicios a las partes, siempre que pudieran preverlo. A día de hoy en materia de sucesiones la autonomía es la única forma de alcanzar ese objetivo, porque la alternativa (residencia habitual del causante) no está huérfana de problemas.

¹⁹ Es realmente elocuente que la STS de 12 de enero de 2014 (tímidamente recuperada en la de 12 de enero de 2015), sin ambages ni frases hechas, descarte la idea del reenvío como instrumento al servicio de la armonía internacional de soluciones: hay que reconocer que el reenvío no se entiende si no es en el marco del régimen de prueba del Derecho extranjero.

prevalentemente la aplicación de la ley más conectada *in casu* –sin perjuicio de que este sea un resultado derivado, aceptado pero no buscado–. Si algo garantiza la aplicación de la ley de la vinculación más estrecha es la inclusión de una cláusula de excepción ilimitada, como la del art. 21.2 RS.

El camino apuntado es peligroso. El reenvío no tiene que ser justificado en datos ajenos a su propia estructura de funcionamiento (inclúyase aquí la voluntad del *de cuius*). No hay que buscar razones en clave de calidad o de contenidos del ordenamiento declarado aplicable (como si fuera la excepción de orden público), ni de proximidad a las partes. Tampoco es instrumento idóneo para alcanzar resoluciones racionales y justas –porque la racionalidad depende del proceso argumentativo y la justicia (toda la justicia que le es dado perseguir a un tribunal) de la adecuación a la legalidad– ni se requiere un examen de oportunidad²⁰. Y, por supuesto, no vale para imponer unas legítimas en favor de los residentes en España, que alivien las deficitarias arcas públicas. Bastaba, pues, chequear el contenido de la norma de conflicto extranjera y la satisfacción del requisito de unidad de ley asentado en la jurisprudencia del Supremo. Lo demás, huelga, porque la universalización de la lógica del tribunal llevaría a poner en marcha un ulterior instrumento de control de la técnica (el de la existencia o no de proximidad), que no tiene base legal, y sus consecuencias son controlables sólo con un elevado y desproporcionado coste. Ni que decir tiene que lo anterior sirve para los casos cubiertos por el RS.

- La situación de los bienes y el desconocimiento de la eventual existencia de otros. La sentencia alude (¿se justifica?) al bien inmueble español como elemento más valioso del caudal relicto²¹. La referencia es simplemente superflua, porque no hay nada en la norma que conceda relevancia a ese dato: Por mucho que el bien inmueble situado en España fuera extraordinariamente valioso, por muy grande que sea el volumen de los depósitos bancarios depositados en un banco español, la admisión o no del reenvío se ancla (y se seguirá anclando) en otras consideraciones, y si no quedara garantizada la unidad de ley por la presencia en el caudal relicto de bienes inmuebles dispersos por el mundo de reducido valor, no sería admisible al amparo del art. 12 CC (como tampoco lo sería si el domicilio de la difunta estuviera en Gran Bretaña).

De cara al futuro, una vez resulta aplicable el RS, permanece la duda de si se admite o no el reenvío realizado desde las normas de Derecho internacional privado de un Estado tercero cuando comporte el fraccionamiento del régimen legal (piénsese en los ejemplos expuestos *supra* 8 cuando el causante sea propietario de bienes inmuebles en varios lugares del mundo): ¿Prima la unidad? Ni del considerando 57 ni del art. 34 se deduce nada tajante. De momento sólo tenemos aportaciones doctrinales. Se puede poner el acento en la búsqueda de la unidad de ley²² o en el carácter incondicionado de la norma sobre reenvío o la ausencia de restricciones en el preámbulo²³, a lo que se puede añadir la propia tolerancia del fraccionamiento –en efecto, excepcional– en el articulado del Reglamento (art. 30) o la inexistencia de consenso al respecto en los sistemas europeos. Será este un tema sobre el que el TJUE habrá de pronunciarse, pero en tanto llega su decisión apuesto que los tribunales españoles optarán por la unidad, básicamente por las dificultades ínsitas en la prueba de la ley extranjera y la coordinación de diversos sistemas sucesorios operando de forma simultánea.

²⁰ En contra, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ley nacional del causante, autonomía de la voluntad conflictual y reenvío. Una obra en tres actos. Breves notas a la sentencia del Tribunal Supremo de 15 enero 2019”, en *CDT*, 2019, p. 481.

²¹ «Lo que en el caso analizado, conduce a la aplicación de la ley española, tanto por el inmueble que constituye el elemento más valioso del caudal relicto, como por los depósitos bancarios e instrumentos financieros que también se integran en él». Claro que no se sabe si la referencia a los depósitos es por el lugar de su situación o viene a cuento por la idea de cúmulo de indicios y consecuente mayor proximidad.

²² Así, por ejemplo, A. FERNÁNDEZ TRESGUERRES, *Las sucesiones mortis causa en Europa: aplicación del reglamento (UE) 650/2012*, Cizur Menor, 2016, RB-18.3.

²³ A. BONOMI/P. WAUTELET, Comentario al art. 34, n° 27, en *El derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) n° 650/2012, de 4 de julio de 2012*, Madrid, 2015.

Y una derivada: Todo ello nos lleva a ponderar la incertidumbre inherente en cualquier reenvío, dependiente de que se tengan localizados todos los bienes²⁴. La irrupción de un inmueble no es una mera adición de herencia que altere el reparto, no es que fuerce a crear un nuevo activo que haya que repartir según las mismas reglas conforme a la cuales se repartieron los anteriores: Es que cambia las reglas de identificación de los beneficiarios, el ámbito de poder de un causante, la naturaleza de las atribuciones, la suerte de los negocios realizados en vida,... En suma, puede alterar radicalmente todo. Juegan ahí, por tanto, los intereses contrapuestos de las partes, convertidas aquí -como en el sector del Derecho concursal- en guardianas de las bases fácticas sobre las que opera (por eso es tan importante un buen sistema de notificaciones internacionales). Claro que las posibilidades de investigar un patrimonio y aportar nuevos bienes antes desconocidos son restringidas²⁵: Se podrá estar a la norma del art. 286 LEC sobre hechos de nueva noticia, o hacer uso de las posibilidades abiertas por el 460 LEC en apelación, pero habrá que convenir que, dado su limitada esfera temporal, no reportan demasiados beneficios. Ulterior vía es el recurso de revisión (causa 1ª del art. 510 LEC), cuyo ajuste con la cautela del art. 28 LH -cuando no convierte en definitivas las inscripciones de derechos reales hasta pasados dos años desde la muerte del causante- es dudoso, dada la diversidad de plazos²⁶, con el consiguiente peligro de vanificación de los resultados alcanzados.

Valga lo anterior como elocuente demostración de la vulnerabilidad de la argumentación usada para admitir o no el reenvío. Más valdría no admitirlo nunca, en coherencia con las opciones localizadoras del legislador.

- La aplicación del CCCat: «Y al residir la testadora en la Comunidad de Cataluña, resulta aplicable el Derecho especial de Cataluña». Este es un tema clásico, contaminado por consideraciones no jurídicas, idéntico durante la vigencia del art. 9.8 CC y en la actualidad, por lo que no hace falta sino recuperar las observaciones realizadas al respecto por voces más autorizadas que la mía²⁷: La territorialidad como base de la aplicación de los Derechos regionales no se sostiene, y es necesario pasar por las normas de reparto *ad intra* de competencia legislativa, tal y como prevé el sistema español de normas de conflicto -y como prevén los convenios y reglamentos-. Y supuesto que cuando se produce un reenvío de retorno y el causante es extranjero no vale el criterio de la vecindad civil²⁸, no cabe sino recurrir a la ley de

²⁴ La resolución de la DGRN de 13 de agosto de 2014 constituye un ejemplo paradigmático: Se alude a que el patrimonio del causante está formado por un inmueble en España (a lo que se alude en el testamento controvertido), y después se termina rechazando el reenvío en base a la necesidad de garantizar la unidad de régimen jurídico habida cuenta de la existencia de inmuebles dispersos por el mundo: No constando acreditado este extremo en modo alguno, sólo pudo afirmarse en base a una pura suposición. En verdad, cualquier decisión en este aspecto debería ser siempre provisional, a reserva de que posteriormente aparezca un inmueble. Algo parecido en la SAP de Madrid de 10 de septiembre de 2012. No deja de ser caprichoso, por lo demás, que la decisión dependa de dónde se haya decidido realizar la inversión inmobiliaria, si en uno o en más países, si en el mismo donde tiene su domicilio el causante o en otro, colocando a los inmuebles en el eje de todo el razonamiento conflictual, sea cual sea su peso relativo en el caudal relicto: *Cfr.* G. LARDEUX, “Le mythe de l’unité successorale”, en *Rec. Dalloz*, 2009, p. 1659. No se ve con claridad que situaciones económicamente homologables reciban un tratamiento jurídico tan distinto.

²⁵ La información sobre testamentos depositados en el extranjero tiene una eficacia y utilidad muy limitadas: Por ejemplo, países no conectados, en caso de sucesiones abintestato o testamentos parciales.

²⁶ Justo es reconocer que el origen y finalidad de la norma poco tiene que ver con el Derecho internacional privado y el reenvío (véase la Res. DGRN de 4 de septiembre de 2019), pero es evidente que la inopinada aparición de un inmueble altera la ley aplicable y por ello la identidad de los beneficiarios.

²⁷ *Vid.* S. ALVÁREZ GONZÁLEZ “El reglamento 650/2012, sobre sucesiones, y la remisión a un sistema plurilegislativo: algunos casos difíciles o, simplemente, llamativos”, en *RDC*, 2015, p. 17; ídem, “La «eficacia territorial» del Derecho civil autonómico como (no) criterio de aplicación en situaciones internacionales”, en *RDC*, 2017, pp. 51 y 56; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Problemas de aplicación de las normas de conflicto del RSE”, en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea IV. Comentario al Reglamento UE núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre sucesiones mortis causa*, Cizur Menor, 2019, pp. 264 ss.

²⁸ Bien explicado en la resolución de la DGRN de 24 de mayo de 2019. Por supuesto no se puede entrar aquí en el problema de fondo, que es la inexistencia -y no mera inadecuación- de normas idóneas para resolver el problema de concurrencia de leyes españolas en un caso que afecta a extranjeros.

la residencia habitual, según manda el art. 9.10 CC, y no en base al 14 del estatuto de autonomía de Cataluña o normas similares²⁹. La solución de la Audiencia es correcta, pues, pero el camino no era ese.

IV. Mirando al futuro: La *professio iuris*. ¿Y si se ha elegido el Derecho rector de la sucesión?

10. Una aclaración: Aunque hay decisiones antiguas que hablan de *electio iuris* a propósito de sucesiones abiertas antes del 17 de agosto de 2015, está claro que no es hasta esa fecha cuando en puridad hay que investigar si un testador ha elegido o no el Derecho aplicable. En consecuencia, las observaciones que siguen no van referidas al caso concreto comentado. ¿Cómo actuar, en fin, respecto a disposiciones testamentarias previas a esa fecha y sucesiones abiertas después? El tema no es baladí, habida cuenta que en España residen casi 300.000 británicos, cuyo patrón de comportamiento está bastante estandarizado.

11. Que la autonomía de la voluntad ha ido penetrando en todos los sectores del Derecho internacional privado es evidente, y en el art. 22 RS lo hace de forma controlada³⁰. También sabemos que al amparo del art. 9.8 CC no cabía la elección de ley reguladora de la sucesión, pero la disposición de Derecho transitorio del art. 83 RS obliga al tribunal a verificar si se ha hecho, aun de forma tácita: Si se elige la ley, se excluye el reenvío (art. 34 RS). Es previsible que la estrategia dominante vaya en el sentido de descubrir una tal *professio*: Elimina las incertidumbres inherentes al reenvío, garantiza la unidad de ley y la planificación sucesoria (objetivos declarados del RS), permite respetar íntegramente la voluntad del causante, garantiza la continuidad de las soluciones previas y posteriores a la entrada en juego del RS³¹ e incluso (a veces solamente: no en el caso de los ciudadanos británicos por ejemplo) despojarse del conocimiento de la causa (art. 6 RS), con el consiguiente alivio de la carga de trabajo judicial³².

En los casos dudosos es cuando habrá que desenvolver una tarea de búsqueda y ponderación. Partiendo de que las referencias del considerando 39 del RS son meramente ejemplificativas³³, parece claro que lo que valga como elección tácita después de 17 de agosto de 2015 debe ser admitido como válido si se hizo antes. El art. 83.4 RS no incorpora, de hecho, exigencia formal específica alguna³⁴. Basta estar al texto del acto dispositivo.

12. Si en nuestro caso la causante hubiera fallecido después de la tan citada fecha de 2015, sería legítimo sospechar que sí ha existido *professio iuris*. En general, se trata de casos bastante típicos, donde por testamento se designa heredero universal al cónyuge del causante (al segundo en este supuesto), con preterición de quien tendría la consideración de legitimario en algún sistema patrio pretendidamente aplicable, siendo así que ello es posible en el ordenamiento inglés mas no en el español. ¿Equivale eso a elegir el Derecho? La línea interpretativa es aún errática, yendo desde la exigencia de elección indubitada³⁵ hasta su reconstrucción en base a elementos indiciarios. Por eso, porque existen

²⁹ En la actualidad, cuando el mecanismo de distribución interno no funcione se acude directamente al art. 36.2 RS y se aplica la ley de la residencia habitual o la que muestre los vínculos más estrechos, según reseña A. FERNÁNDEZ TRESGUERRES, *Las sucesiones mortis causa en Europa...*, op. cit., RB-18.10.

³⁰ Sobre las formas de ejercicio de la *professio iuris*, véase el exhaustivo tratamiento de J. M. FONTANELLAS MORELL, *La professio iuris sucesoria*, Madrid, 2010, pp. 218 ss., poniendo de relieve la progresiva aceptación de la elección tácita de la ley, acompañada a la creciente admisión de la autonomía en este tema.

³¹ M. PFEIFFER, "Legal Certainty and Predictability in International Succession Law", en *Journal of Private International Law*, 2016, p. 578

³² Cfr. J. M. FONTANELLAS MORELL, *La professio iuris...*, op. cit., p. 260 y bibliografía citada.

³³ Recuérdesse: «... Puede considerarse que la elección de la ley resulta de una disposición *mortis causa* en caso de que, por ejemplo, el causante haya hecho referencia en ella a determinadas disposiciones específicas de la ley del Estado de su nacionalidad o haya mencionado explícitamente de otro modo esa ley».

³⁴ A diferencia de la determinación de la ley más estrechamente vinculada, que bebe de factores externos a la disposición testamentaria, elemento contingente en este caso, por lo demás.

³⁵ Resolución de la DGRN de 10 de abril de 2017, que se niega a deducir nada de la mera nacionalidad del testador.

indicios suficientes para afirmar una cosa y la contraria, el núcleo de atención se desplaza hacia la razonabilidad de la argumentación. Al margen de los casos claros en los que se haga expresa invocación de la ley nacional propia (elección como tal o declaración de que se actúa a su amparo), se han manejado varios datos para hablar de *professio iuris*: a) el tipo de disposiciones que se contengan en el testamento, a partir de la constatación de que hay algunas que son válidas en la ley nacional del causante –no en vano, elegible al amparo del RS³⁶- y no en el Derecho español o de que ciertas formas de transmisión de la riqueza son las más habituales en algunos ordenamientos³⁷. En el fondo, esto no es sino aplicar el art. 83.4 RS; b) la nacionalidad del causante, teniendo en cuenta además que la opción primera del art. 9.8 CC es justamente ésta, de forma que descubrir la existencia de una *professio iuris* no desentona con la preferencia del legislador español, evita el reenvío y permite implementar la voluntad del testador³⁸. Es más, en caso de duda, afirmar que hubo elección permite salir del *impasse*³⁹; c) la declaración del lugar donde se tiene el domicilio⁴⁰; d) el idioma y otros aspectos formales como la forma de redacción del testamento (bilingüe a doble columna)⁴¹. No es relevante que se disponga sólo de los bienes en España; incluso se es consciente a veces de que existen bienes en el extranjero sin que sea óbice para mantener la existencia de elección⁴². Y, por supuesto, no es posible hablar de *electio iuris* cuando un causante se limita a manifestar su deseo de quedar sometido a la ley de su residencia habitual⁴³. En fin, acudir a un fedatario de su nacionalidad (cónsul) no es decisivo, pero sí elemento coadyuvante⁴⁴.

13. Pues bien, cuando vuelva a darse un supuesto como el de la sentencia, como mínimo se suscitará la duda, y en condiciones normales habrá que concluir que hubo elección de ley. Los precedentes son claros. (Evidentemente –repito- no es criticable que no se desplegara un examen del género en el presente caso, por razones de fechas). Es augurable que al menos cuando exista una disposición testamentaria –

³⁶ Resolución de la DGRN de 15 de junio de 2016.

³⁷ Permítaseme la larga cita de la resolución de la DGRN de 4 de julio de 2016: su claridad lo justifica. Para el caso de un causante británico, con residencia en España, que había otorgado testamento en 2005 y fallece después de la aplicabilidad del RS, instituyendo heredera universal a su esposa. «...debe predicarse una interpretación flexible de su DISPOSICIÓN transitoria -artículo 83- redactada con la finalidad de que los ciudadanos europeos, pese a los tres años dados para la aplicación de la norma, no se sorprendan con las modificaciones que la misma introduce en sus tradiciones jurídicas cuando hubieran dispuesto con anterioridad a su aplicación, la forma en que debía llevarse a cabo su sucesión (*vid.* considerando 80) ... Y así puede entenderse de la disposición a favor sólo de su esposa realizada por el disponente, conforme al tipo de frecuencia de los testamentos británicos». Elocuente es la de 13 de agosto de 2014, que no aplica el RS por simple razón temporal, pero desliza una frase tajante a la hora de hablar de una hipotética elección de ley en presencia de un testamento en favor de la esposa, que se declararía válido conforme a su ley nacional: Se exige expresa declaración de sometimiento a su ley nacional. A día de hoy la respuesta habría sido otra, pero no en ese momento. No comparto por ello la idea de que la referencia a la ley inglesa debería haber servido para descubrir una elección tácita: A. YBARRA BORES, “La reciente doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en relación a determinados aspectos de la sucesión de británicos en España”, en *Bitácora Millennium Digr*, nº 10, p. 8. La resolución ha sido igualmente anotada por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ en *AEDIPr*, 20142015/DGRN/15.

Una asignación realizada en términos de *pars valorum* o de *pars bonorum* podría ser indicio útil, pero esto nunca ha sido usado como criterio.

³⁸ Resolución de la DGRN de 14 de febrero de 2019.

³⁹ La argumentación es típica del operador continental, temeroso de hacer algo que no estuviera en los planes del legislador, insistiendo en que el comportamiento no es heterodoxo, ni siquiera creativo.

⁴⁰ STS de 5 de diciembre de 2018, ya citada y no necesariamente digna de elogio.

⁴¹ Resoluciones de la DGRN de 4 de julio de 2016 y de 2 de marzo de 2018.

⁴² Al fin y al cabo, es lo coherente con la idea de universalidad. De nuevo, resolución de la DGRN de 14 de febrero de 2019.

⁴³ Resolución de la DGRN de 5 de octubre de 2018. Aunque es cierto que una referencia a esa ley puede valer para despejar dudas, excluyendo la ley de la nacionalidad: A. BONOMI/P. WAUTELET, Comentario al art. 22, nº 34, en *El derecho europeo de sucesiones...*, *op. cit.* Para lo que no sirve es para excluir el reenvío y el juego de la cláusula de excepción, como pretende E. CASTELLANOS RUIZ, “Ley aplicable a la sucesión *mortis causa*”, en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea IV. Comentario al Reglamento UE núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre sucesiones mortis causa*, Cizur Menor, 2019, p. 148: En el RS está muy claro cuál es la forma de eludir tanto uno como otra.

⁴⁴ A. BONOMI/P. WAUTELET, Comentario al art. 22, nº 60, en *El derecho europeo de sucesiones...*, *op. cit.* En la misma línea, recuérdese que la SAP de Málaga de 13 de marzo de 2002 ya descubría una elección de ley en el hecho de eludir al fedatario español (además de atender al contenido de las disposiciones). Es claro que eludir una ley no equivale a elegir otra distinta: *Cfr.* P. JIMÉNEZ BLANCO, Comentario, en *REDI*, 2003, p. 432.

más aún un contrato sucesorio en riesgo de nulidad- la conclusión vaya en este sentido (hay demasiados incentivos), con la consiguiente reducción de la esfera de actuación de mecanismo de reenvío.

V. A modo de recapitulación: Una *check list* sucesoria

14. El resultado alcanzado en este litigio es razonable en cuanto a la solución (*rectius*, el hombre medio dirá que no es descabellado o sorprendente) y cómodo en el íter, pero queda la desazón de reconocer que no se ha sido escrupuloso en el análisis. Cuando no cuesta nada proceder correctamente, no deberían valer los atajos, porque la generalización de esta forma de proceder desemboca en la justicia del cadí. Además, otro resultado habría sido perfectamente posible y no menos razonable. De cara al futuro, en casos como el estudiado –que se repetirán hasta el agotamiento- resultaría necesario a mi juicio seguir un protocolo de estudio centrado en los siguientes aspectos problemáticos, para responder a las siguientes preguntas: 1. ¿Dónde tuvo su última residencia habitual el causante? Habrá que huir de la inmediatez en su determinación, y en todo caso perder el respeto a la cláusula de excepción. Si el causante pudo elegir la ley y no lo hizo, el tribunal no puede ser guardián de la previsibilidad sino garante de la proximidad. 2. Cuando resulte aplicable un ordenamiento de un Estado tercero, ¿qué dice exactamente la norma de conflicto extranjera? Cuidado con las simplificaciones: residencia habitual no es lo mismo que domicilio. 3. ¿Es un sistema escisionista? ¿Cuál era el *domicile* del difunto? ¿Cambió realmente de domicilio a lo largo de su vida? ¿Existen bienes inmuebles en el caudal relicto? De nuevo, cuidado con la calificación de los bienes como muebles o inmuebles. 4. ¿Hubo elección de ley, expresa o tácita? Previamente, habrá que conocer qué nacionalidad o nacionalidades tenía el causante, en el caso de que no se manifieste explícitamente o sea dudoso.

Seguir esos pasos no asegura el mejor resultado o la aplicación del Derecho mayormente vinculado al causante, pero al menos queda a salvo la seguridad jurídica hija del estricto imperio de la ley.

EXAMEN DETALLADO DE LA EXCLUSIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO EN EL REGLAMENTO ROMA I AL HILO DEL ASUNTO *VEREIN FÜR KONSUMENTENINFORMATION*: FORTALEZA LEGAL HACIA EL CONSUMIDOR INVERSOR*

DETAILED EXAM OF THE EXCLUSION OF COMPANY LAW IN THE ROME I REGULATION TO THE THREAD OF THE *VEREIN FÜR KONSUMENTENINFORMATION* CASE: LEGAL STRENGTH TOWARDS THE INVESTOR CONSUMER

DAVID CARRIZO AGUADO

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho internacional privado
Universidad de León*

orcid ID: 0000-0002-9427-287X

Recibido: 09.03.2020 / Aceptado: 27.03.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5642>

Resumen: La tutela a los consumidores en el ámbito del Reglamento (CE) 593/2008 se sustenta en dos pilares: por un lado, las condiciones y límites de la autonomía de la voluntad en la elección de ley aplicable y, por otro, la determinación de cuándo una prestación de servicios se realiza exclusivamente en un Estado distinto del de la residencia habitual del consumidor a los efectos de excluir dicho contrato de la protección otorgada por el artículo 6 de la mencionada norma. El estudio gira en torno a ofrecer un razonamiento del *quid* de la exclusión del ámbito de aplicación material del Reglamento (CE) 593/2008 en relación a un contrato fiduciario cuyo objeto es la administración de una participación en una sociedad comanditaria. Las operaciones como la venta o la fiducia referidas a participaciones sociales pueden plantear cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, pero no ocurre lo mismo con los contratos subyacentes a dichas operaciones. En particular, la mera circunstancia de que un contrato tenga un vínculo con «cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades» no tiene por efecto eliminar del perímetro material del Reglamento (CE) 593/2008 aquellas obligaciones que tienen su origen en dicho contrato.

Palabras clave: Derecho de sociedades internacional, Ley aplicable, cláusulas abusivas, contratación a distancia, operaciones de consumo transfronterizas.

Abstract: The guardianship of consumers within the scope of Regulation (EC) 593/2008 is based on two pillars: on the one hand, the conditions and limits of the autonomy of the will in the choice of applicable law and, on the other, the determination of when a provision of services is carried out exclusively in a State other than that of the habitual residence of the consumer for the purpose of excluding said contract from the protection granted by article 6 of the said norm. The study revolves around offering a reasoning for the exclusion of the scope of material application of Regulation (EC) 593/2008 in relation to a fiduciary contract whose purpose is the administration of a participation in a limited partnership. Operations such as

*Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación emergente I+D+i financiado por la Generalitat Valenciana (con referencia GV/2019/118) titulado “La tutela de los derechos en el entorno digital: nuevos retos, desafíos y oportunidades”, Investigador Principal José Juan Castelló Pastor del que el autor es miembro del grupo de investigación.

sale or trust related to social interests may raise issues pertaining to company law, but the same does not occur with the contracts underlying those operations. In particular, the mere circumstance that a contract has a link with “matters pertaining to company law” does not have the effect of removing from the material perimeter of Regulation (EC) 593/2008 those obligations that have their origin in that contract.

Keywords: International company law, applicable law, abusive clauses, distance contracting, cross-border consumer contract.

Sumario: I. Relato de los hechos que dieron lugar al litigio. 1.1. Planteamiento inicial. 1.2. La «tela de araña» en relación a la situación fáctica. II. Análisis del ámbito de aplicación material del Reglamento (CE) 593/2008: exclusión del Derecho societario. 1. Apunte inicial. 2. Posicionamiento jurisprudencial. III. Régimen jurídico del contrato de prestación de servicios transfronterizos: Hilo conductor para su clasificación como contrato de consumo. 1. Caracteres esenciales emanados de la *praxis* jurisprudencial y doctrinal. 2. Contratación a distancia: especial referencia al artículo 6 Reglamento (CE) 593/2008. 3. Requisitos de activación del sistema protector del Derecho de consumo internacional para la concreción de la Ley aplicable. A) Exclusiva protección al consumidor pasivo. B) La «actividad dirigida» en el Reglamento (CE) 593/2008. C) Diferenciación entre consumidor activo y consumidor pasivo. D) Contratos concluidos vía *on line*. IV. Las cláusulas abusivas a debate en torno a la Directiva 93/13/CEE. A. Aclaración preliminar. B. Reglas de juego entre la Directiva 93/13/CEE y el Reglamento (CE) 593/2008. C. ¿Quién es un verdadero consumidor? D. Diagnóstico de las cláusulas no negociadas en la práctica comercial internacional.

I. Relato de los hechos que dieron lugar al litigio

1. Planteamiento inicial

1. La base sobre la que se sustenta la STJUE de 3 de octubre de 2019, asunto C-272/18, *Verein für Konsumenteninformation*¹, tiene como fin ofrecer una clara interpretación de los artículos 1, apartado 2, letra e), y 5, apartado 4, letra b), del *Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980*, «Convenio de Roma»², de los artículos 1, apartado 2, letra f), y 6, apartado 4, letra b), del *Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*, Roma I³, y del artículo 3, apartado 1, de la *Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*⁴.

2. La «tela de araña» en relación a la situación fáctica

2. La cuestión prejudicial se ha presentado en el contexto de un litigio entre la Verein für Konsumenteninformation, asociación austriaca para la información de los consumidores conocida por el acrónimo «VKI», y la sociedad alemana Treuhand- und Verwaltungsgesellschaft für Publikumsfonds mbH & Co KG, bajo las sigas «TVP», en relación con la licitud de una cláusula de elección de la ley aplicable que esta última incorpora en contratos celebrados con inversores privados.

3. «VKI», establecida en Austria, en calidad de asociación de consumidores sin ánimo de lucro, interpone una acción de cesación con el fin de proteger los intereses de los consumidores que residen en Austria.

¹ EU:C:2019:827.

² DOCE núm. 266, de 9 de octubre de 1980.

³ DOUE núm. 177, de 4 de julio de 2008.

⁴ DOCE núm. 95, de 21 de abril de 1993.

«TVP», con domicilio social en Hamburgo, filial al 100 % del grupo Münchmeyer Capital AG Hamburg, «Grupo MPC», crea y comercializa fondos de inversión de tipo cerrado. Dichos fondos se constituyen en forma de sociedades comanditarias sujetas al Derecho alemán, en las que pueden participar inversores privados e institucionales como socios comanditarios.

4. Hasta finales del año 2014, existía un contrato de dominio y cesión de beneficios entre «TVP» y su sociedad matriz de manera que, la dirección de «TVP» estaba subordinada al grupo MPC. Entre las numerosas sociedades comanditarias creadas por el grupo MPC figura el «Fondo 43». «TPV», en calidad de fiduciaria y socia comanditaria fundacional, participa con dicho fondo. Si bien, «Fondo 43» no fue comercializado solamente en Austria, pues se abrió una cuenta fiduciaria en un banco austriaco, en la que habían de efectuarse los pagos relativos a las participaciones de los inversores residentes en Austria.

5. En el mecanismo dispuesto por los estatutos sociales del «Fondo 43», «TVP» está facultada para incorporar a nuevos socios comanditarios. Los inversores interesados, futuros socios comanditarios, ingresan una participación en la cuenta fiduciaria de este fondo y de este modo, los inversores entran en el fondo indirectamente como fiduciarios por medio de «TVP».

De este modo, «TVP» no se encarga ella misma de buscar nuevos inversores, sino que esta actividad la realiza CPM, filial al 100 % del grupo MPC. Las ofertas y anuncios selectivos son transmitidos a consumidores austriacos por esta filial y, también, por otros intermediarios, como bancos austriacos o asesores financieros. «TVP», que no posee ningún establecimiento ni sucursal en Austria, no tiene contacto directo con los socios comanditarios ni presta por sí misma ningún servicio de asesoramiento.

6. Por consiguiente, los inversores pueden participar en los fondos dirigiendo a «TVP» una declaración de adhesión en forma de oferta de celebración de un contrato fiduciario. De esta suerte, TVP ofrece a los inversores la prestación de un servicio fiduciario y, en todo caso, asume la participación comanditaria por cuenta del inversor y la administra a título fiduciario. Si bien, ejerce los derechos inherentes a la participación en nombre propio, pero por cuenta del inversor, y le remite a este los dividendos, así como todas las demás ventajas patrimoniales derivadas de su participación. «TVP» redirige permanentemente a los inversores la información que recibe del fondo sobre el curso de la actividad de la sociedad en la que estos poseen una participación.

7. El modo de actuar de «TPV» en el tráfico jurídico es a través de modelos de contrato en sus operaciones comerciales con los inversores privados. De esta forma, el conjunto de inversores radicados en Austria firman la declaración de adhesión y los colaboradores de «TVP» lo aceptan en ese mismo país. Experimenta gran relevancia la cláusula no negociada tanto de Competencia judicial internacional, así como de Ley aplicable impuesta en el contrato: “El presente contrato fiduciario se rige por el Derecho de la República Federal de Alemania. El lugar de cumplimiento y el fuero judicial para todo litigio derivado del presente contrato y en relación con su celebración es el correspondiente al domicilio social de la fiduciaria (Alemania), siempre que este pacto esté permitido por la ley”.

8. En este escenario, interesa destacar la actuación práctica que manifiesta «TVP», pues dirige sus prestaciones de servicios al mercado austriaco y gestiona un sitio web, www.tvp-treuhand.at, desde el que se remite al usuario al sitio web alemán www.tvp-treuhand.de. En consecuencia, los inversores austriacos pueden registrarse a través de esta *webpage* y todos aquellos inversores que lo manifiesten expresamente pueden votar en línea junto con la consulta de los documentos que se les han remitido por vía electrónica.

II. Análisis del ámbito de aplicación material del Reglamento (CE) 593/2008: aislamiento del Derecho societario

1. Apunte inicial

9. El Reglamento (CE) 593/2008 se aplica para determinar el Derecho aplicable a las obligaciones contractuales en aquellas situaciones en las que exista un conflicto de leyes en materia civil y mercantil⁵.

El Tribunal de Luxemburgo ha declarado que surge una obligación contractual en la que subsista un compromiso libremente asumido por una parte frente a otra⁶.

2. Posicionamiento jurisprudencial

10. Con carácter previo, es preciso señalar que la eliminación del ámbito de aplicación material del Reglamento (CE) 593/2008 de aquellas cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, relativas a cuestiones como la constitución, mediante registro o de otro modo, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, queda establecida por el legislador europeo en su artículo 1, apartado 2, letra f)⁷.

Este planteamiento queda confirmado por el Informe relativo al Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, elaborado por los profesores Mario Giuliano y Paul Lagarde, según el cual la exclusión de dichas cuestiones del ámbito de aplicación del Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, que fue remplazado entre los Estados miembros, por el Reglamento (CE) 593/2008, contempla todos los actos de naturaleza compleja necesarios para la constitución de una sociedad o que rigen su vida interna o su disolución, esto es, actos pertenecientes a la esfera del Derecho de sociedades.

11. En más de una ocasión, el Alto Tribunal Europeo ha apreciado que, la Ley aplicable a ciertas obligaciones complejas, como puede ser el contrato de empréstito celebrado por una sociedad con anterioridad a su absorción transfronteriza, el cual estaba comprendido en el ámbito de aplicación del Convenio de Roma, seguía siendo la que era aplicable al contrato antes de la fusión⁸.

12. Conviene tener presente el prolijo análisis realizado por el Abogado General, Henrik Saugmandsgaard, en sus conclusiones en torno al asunto *Verein für Konsumenteninformation*, en las que afir-

⁵ El Reglamento (CE) 593/2008 sólo se aplica a las obligaciones contractuales que nacen de contratos sometidos al Derecho Privado, es decir, los contratos que celebran entre sí y que vinculan exclusivamente a particulares y entes privados (Cfr. A-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 947).

⁶ STJUE de 17 de septiembre de 2002, asunto C-334/00, *Tacconi* (EU:C:2002:499); STJUE de 20 de enero de 2005, asunto C-27/02, *Engler* (EU:C:2005:33); STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-419/11, *Česká spořitelna* (EU:C:2013:165).

⁷ Así lo corrobora el TJUE en su reciente sentencia de 8 de mayo de 2019, asunto C25/18, *Brian Andrew Kerr* (EU:C:2019:376). Como acertadamente señala DE MIGUEL ASENSIO, es interesante destacar que el TJUE se aleja del planteamiento del Abogado General, quien había entendido que una reclamación de pago se halla excluida del ámbito de aplicación material del Reglamento Roma (CE) 593/2008. El Tribunal pone de relieve que esa exclusión se limita a los aspectos orgánicos de las sociedades u otras personas jurídicas, sin abarcar la reclamación de cuotas anuales que se enmarcan “en la esfera del Derecho general en materia de obligaciones contractuales” y, por lo tanto, quedan comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma I (Vid. P.A. DE MIGUEL ASENSIO, «Propiedad horizontal y Derecho internacional privado», <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2019/05/propiedad-horizontal-y-derecho.html>). Esta misma postura es mantenida por M^a.P. DIAGO DIAGO, «Reclamación del pago de las cuotas de la comunidad cuando los propietarios de la vivienda están domiciliados en el extranjero: sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de mayo de 2019. Asunto C-25/18: Kerr, *La Ley Unión Europea*, núm. 74, 2019, versión *on line*.

⁸ STJUE de 7 de abril de 2016, asunto C 483/14, *KA Finanz* (EU:C:2016:205). En torno a la misma, vid. I. LAURENCE, “Fusions transfrontalières et protection des créanciers”, *Europe*, núm. 6, 2016, pp. 40-41; S. EMANUELE, “La fusione per incorporazione transfrontaliera tra continuità dei rapporti giuridici e tutela dei creditori. Il caso KA Finanz AG”, *Rivista di diritto societario*, núm. 1, 2017, pp. 150-156; T. THIERRY, “L’arrêt KA Finanz AG: la fusion transfrontalière et la protection des créanciers”, *Revue de droit commercial belge*, 2018, pp. 64-70.

ma que, las operaciones como la venta o la fiducia referidas a participaciones sociales pueden plantear cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, pero no ocurre lo mismo con los contratos subyacentes a dichas operaciones. En particular, la mera circunstancia de que un contrato tenga un vínculo con «cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades» no tiene por efecto excluir del ámbito de aplicación del Reglamento (CE) 593/2008, las obligaciones que tienen su origen en dicho contrato. Por lo tanto, estas cuestiones no deben confundirse con las cuestiones de carácter contractual⁹.

III. Régimen jurídico del contrato de prestación de servicios transfronterizos: Hilo conductor para su clasificación como contrato de consumo

1. Caracteres esenciales emanados de la *praxis* jurisprudencial y doctrinal

13. En lo que respecta al análisis de la categoría “contrato de prestación de servicios”, el TJUE ha realizado ciertos apuntes significativos, habida cuenta de que la interpretación de ese concepto enmarcado en el artículo 6, apartado 1, letra a) Reglamento (CE) 593/2008 debe hacerse en paralelo con su significado en los artículos 7, apartado 1 Reglamento (UE) 1215/2012¹⁰ y 4, apartado 1, letra b) Reglamento (CE) 593/2008.

14. La base que sustenta esta fórmula contractual, en el asunto objeto de este comentario, resulta del compromiso de llevar a cabo una determinada actividad a cambio de una remuneración. De modo particular, el juzgador europeo concluye que un contrato fiduciario en el que la fiduciaria ejerce una actividad consistente en la administración del bien objeto del contrato fiduciario a cambio de una remuneración, es un contrato de prestación de servicios¹¹.

15. Como acertadamente apunta la doctrina, el concepto de prestación de servicios debe interpretarse en sentido muy amplio, pues dicho contrato comprende tanto obligaciones de medio como de resultado, así como obligaciones de hacer y de no hacer, e incluso comporta la obligación de poner a disposición una cosa, como es el caso del préstamo¹².

16. Tal y como se enunció al comienzo de este epígrafe, es necesario acudir a criterios utilizados por el Tribunal de Luxemburgo que son aclaratorios en el marco de la tarea espinosa de establecer la determinación del lugar de la prestación de servicios, esencialmente en supuestos efectuados a distancia. Así, cuando exista la situación de una pluralidad de lugares de prestación, se deberá atender en el que deba efectuarse la principal prestación de servicios, en función de criterios económicos, siendo determinante los servicios cuya prestación esté vinculada al contenido propio del contrato y no a las actividades preparatorias con vistas a la prestación del servicio. En cualquier caso, se deben respetar los objetivos de previsibilidad y de proximidad¹³.

⁹ De hecho, la acción de cesación entablada por la «VKI» versa sobre el carácter abusivo y, por ende, la licitud de determinadas cláusulas de los contratos fiduciarios en cuestión. Por consiguiente, las cuestiones que plantea el litigio principal pertenecen al ámbito de aplicación de la *lex contractus* y, por ende, del Reglamento (CE) 593/2008.

¹⁰ DOUE núm. 351, de 20 de diciembre de 2012.

¹¹ *Vid.* apartados 46 y 47 del asunto C-272/18, *Verein für Konsumenteninformation*.

¹² En cuanto a los contratos complejos, si la finalidad económica del contrato es la prestación del servicio y no la transmisión de la propiedad, este debe calificarse como contrato de prestación de servicios. Por el contrario, si el fin del contrato es la transmisión de la propiedad de una cosa en sí, el contrato no será una prestación de servicios. *Vid.* en este sentido, A-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I Bis*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 161-164.

¹³ STJUE de 9 de julio de 2009, asunto C-204/08, *Rehder* (EU:C:2009:439); STJUE de 11 de marzo de 2010, asunto C-19/09, *Wood Floor Solutions Andreas Domberger* (EU:C:2010:137).

17. No dejando de lado lo dificultoso que conlleva la prestación de servicios a distancia, como ocurre en los supuestos de aquellos servicios en línea, se puede afirmar que, las obligaciones de la parte contratante que ofrece servicios a través de Internet son normalmente obligaciones de puesta a disposición o, a lo sumo, de remisión, pues quien presta los servicios se limita típicamente bien a hacer posible que el cliente pueda acceder al sistema en el que se almacena la información requerida y consultarla o, incluso, obtener una copias mediante la transmisión a la memoria de su ordenador. La configuración de estos supuestos parece conducir a localizar el lugar de ejecución de estas obligaciones donde se pone a disposición o se emite la información, es decir, donde se encuentran físicamente en la Red los recursos utilizados¹⁴. En definitiva, el empleo del establecimiento de la parte que presta los servicios como elemento decisorio para fijar el lugar de ejecución resulta aconsejable por ser previsible y expresión de un vínculo significativo de proximidad, y, sin lugar a dudas, favorece la correlación *forum-ius*¹⁵.

2. Contratación a distancia: especial referencia al artículo 6 Reglamento (CE) 593/2008

18. De un mayor calado reviste el estudio del artículo 6 Reglamento (CE) 593/2008, específicamente en lo que concierne a la prestación de servicios fuera del Estado donde el consumidor posee su residencia habitual.

19. El asunto *Verein Für Konsumenteninformation* es trascendental en la medida en que, contribuye a esfumarse eventuales dudas que pudieran existir acerca de cuál debe ser el tratamiento de los contratos en los que dichos servicios se prestan a distancia, e incluso, el prestador del servicio lleva a cabo su actividad en un país distinto al de la residencia habitual del consumidor, pero sin que este se desplace de su residencia habitual. De ahí, la repercusión de la sentencia, ya que, con sensatez, el Tribunal de Justicia opta por una interpretación restrictiva de la exclusión, de modo que, los contratos de prestación transfronteriza de servicios a distancia en los que el consumidor permanece en el país de su residencia habitual no se verán afectados por la exclusión establecida por el artículo 6, apartado 4, letra a).

Vale decir, cuando el lugar de realización material de la prestación se encuentra en un país distinto de aquel en el que el consumidor la recibe, debe considerarse que los servicios solo se prestan «exclusivamente» fuera del Estado miembro de residencia habitual del consumidor cuando este no tiene ninguna posibilidad de recibir dichos servicios en su Estado de residencia y tiene que desplazarse al extranjero para ello¹⁶.

3. Requisitos de activación del sistema protector del Derecho de consumo internacional para la concreción de la Ley aplicable

20. Conviene poner de manifiesto que, para otorgar una tutela efectiva y, por ende, aplicar el régimen de protección *-favor consummatoris-* resulta necesario que concurran ciertos requisitos.

¹⁴ Ahora bien, la ubicación de esos recursos informáticos puede resultar aleatoria y por completo desconocida e imprevisible para la otra parte, siendo muy sencillo su desplazamiento de un país a otro por medio del cambio de servidor empleado, lo que limite la posibilidad de una determinación fáctica del lugar de ejecución en esas circunstancias (*Vid.* P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Contratación comercial internacional” en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, R. ARENAS GARCÍA y P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los negocios internacionales*, 5ª ed., Iustel, Madrid, 2016, p. 331).

¹⁵ P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “El lugar de ejecución de los contratos de prestación de servicios como criterio atributivo de competencia”, en J.J. FORNER I DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS y R. VIÑAS FARRÉ (coords.) *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 306.

¹⁶ *Vid.* apartado 52 del asunto C-272/18, *Verein für Konsumenteninformation*. *Vid.* un notable comentario, F. RIELÄNDER, “Choice-of-law clauses in pre-formulated fiduciary contracts for holding shares: Consolidation of the test of unfairness regarding choice-of-law clauses under Art. 3(1) Directive 93/13/EEC”, *IPRax: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, Vol. 10, núm. 3, 2020.

Con todo, para que el mercado único beneficie de manera efectiva a los consumidores debe asegurar no sólo la adquisición de bienes y servicios sino la obtención de reparación o indemnización en caso de litigio; por ello, su verdadera protección conllevará el aumento de confianza en el mercado europeo y máxime en la era del boom digital en la que estamos inmersos¹⁷. El futuro camina digitalmente hacia un consumo masivo online y en dicho paisaje social virtual es necesario que el TJUE abra vías de protección al consumidor de un modo evolutivo¹⁸.

A) Exclusiva protección al consumidor pasivo

21. Como punto de partida, el artículo 6 Reglamento (CE) 593/2008¹⁹, especifica de manera bastante clarividente quién debe considerarse consumidor²⁰ y quién profesional y, así, poder enmarcar la relación que pudiere surgir entre ambos, bajo la modalidad contractual «contratos de consumo»²¹.

El principal objetivo que persigue el citado precepto es proteger la posición jurídica del consumidor²², pues en ningún caso, poseen el mismo poder de negociación²³. La consecuencia inmediata es que la elección de la ley aplicable no sea impuesta por el empresario, dada la posición jurídica de inferioridad en la que se encuentra el consumidor²⁴.

¹⁷ D. CARRIZO AGUADO, ««Trampantojo» de foros ante los profusos incumplimientos llevados a cabo por la compañía Ryanair en vuelos internacionales», *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 11, núm. 2, 2019, p. 507.

¹⁸ Como muy bien afirma un sólido sector doctrinal, es preciso que, en futuras reformas del Reglamento (UE) 1215/2012 se incorporen los conceptos que el TJUE ha creado en relación con la competencia judicial en el sector del consumo transfronterizo: los conceptos de «acto de consumo», «consumidor», «profesional», y «actividad dirigida», por ejemplo, deberían dejar de ser conceptos jurisprudenciales para pasar a ser conceptos legales (Cfr. A-L. CALVO CARAVACA, «Consumer contracts in the European Court of Justice case law. Latest trends», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 1, 2020, pp. 86-96). Este planteamiento es, sin lugar a dudas, trasladable a Ley aplicable regulado por el Reglamento (CE) 593/2008.

¹⁹ La mejora en la protección de los consumidores dispensada por el artículo 6 Reglamento (CE) 593/2008, se refleja en la enorme importancia que supone la protección del consumidor en el marco de la UE (Vid. VOLKER, B.: «Rome I Regulation a –Mostly-Unified Private International Law of Contractual Relationships within-Most-of the European Union», *Journal of Law and Commerce*, vol. 29, 2011, pp. 248-250).

²⁰ El artículo 6 Reglamento (CE) 593/2008, define al consumidor como aquella persona física que entra en contacto con un profesional con el propósito de poder ser considerado en contraposición a éste último, fuera de la esfera de actuación del empresario (Vid. F.J. GARCIMARTÍN ALFEREZ, «The Rome I Regulation: Exceptions to the Rule on Consumer Contracts and Financial Instruments», *Journal of Private International Law*, vol. 5, Issue 1, 2009, pp. 85-103; M. MCPARLAND, *The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations*, Oxford University Press, United Kingdom, 2015, pp. 524-525; F. RANGO, «The Law Applicable to Consumer Contracts under the Rome I Regulation» en F. FERRARI, / S. LEIBLE, (EDS.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier, Munich, 2009, pp. 133-137; B. UBERTAZZI, *Il Regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Guiffré editore, Milán, 2008, pp. 82-88).

²¹ Interesa recordar que, las personas jurídicas no tienen la consideración de consumidores para el Reglamento (CE) 593/2008, por lo que los contratos celebrados por sociedades en calidad de consumidores no quedan sujetos al régimen que para ellos consagra el Reglamento (Vid. P. JUÁREZ PÉREZ, «La ley rectora de los contratos internacionales de consumo: el sistema del Reglamento n° 593/2008 ("Roma I")», *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, vol. 58, núm. 1, 2010, p. 53).

²² Nadie cuestiona hoy la necesidad de que las normas jurídicas asuman la misión de acudir al amparo de un consumidor que, para satisfacer sus necesidades, se encuentra inmerso en ofertas comerciales de difícil diferenciación, en mensajes subliminales que le someten a poderosos instrumentos de consumo y en técnicas de mercado agresivas que utilizan, casi sin límites, a publicidad. Es necesaria por tanto, la construcción de un derecho tuitivo, integrante de un orden público económico, que genere un marco estable en el que el consumidor se sienta protegido en sus relaciones con los profesionales productores de bienes y servicios. A esta necesidad han sido sensibles las organizaciones económicas y políticas, tanto nacionales como supranacionales (Vid. F.E. PUERTA SEGUIDO / R. SERRANO LOZANO, *Fundamentos jurídicos para el desarrollo de un sistema público de protección al consumidor*, Centro de Estudios de Consumo, Toledo, 2006, pp. 5-8).

²³ El legislador europeo establece reglas especiales de competencia judicial internacional y Ley aplicable para los litigios derivados de las relaciones contractuales con consumidores. Este tipo de contratos se caracteriza por la existencia de una posición de asimetría entre las partes intervinientes (profesional-consumidor) que encuentra su reflejo en la dimensión procesal: D. CARRIZO AGUADO, «La relación de causalidad como indicio justificativo de la «actividad dirigida» en el contrato internacional de consumo: análisis del foro de protección de la parte débil», *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 8, núm. 1, 2016, pp. 301-317.

²⁴ En el marco de la categoría contractual de consumo, el principio tuitivo ha justificado una amplia limitación al ejercicio de la autonomía conflictual. Por consiguiente, de manera análoga en el ámbito de los contratos de franquicia y de distribución, el principio tuitivo se ha expresado en términos, más que de justicia material, de justicia conflictual. (Vid. H. AGUILAR GRIEDER, «Los contratos internacionales de distribución comercial en el Reglamento Roma I», *Cuadernos de derecho transnacional*, vol.

22. En el asunto objeto de este estudio, resalta el límite impuesto por el TJUE en el sentido de que las partes, en un contrato de consumo al que se adhieren, no pueden pactar el lugar exclusivo de prestación del servicio si ello supone alterar la protección que pretende el artículo 6 Reglamento (CE) 593/2008. A este respecto, la excepción de su artículo 6, apartado 4, solamente procederá en los supuestos en que la parte consumidora del contrato no tenga ninguna posibilidad de recibir los servicios contratados en el país de su residencia habitual y deba desplazarse al extranjero para ello²⁵.

23. Habida cuenta del reciente asunto *Jana Petruchová*, de 3 de octubre de 2019²⁶, el juzgador europeo efectúa una notable analogía entre los Reglamentos (CE) 593/2008 y (UE) 1215/2012 en materia de obligaciones contractuales de consumo. De esta manera, clarifica que, aunque el concepto de «consumidor» se define en el artículo 6, apartado 1, Reglamento (CE) 593/2008 en prácticamente los mismos términos que los empleados en el artículo 17, apartado 1, del Reglamento (UE) 1215/2012, el artículo 6, apartado 4, letra d) Reglamento (CE) 593/2008, leído a la luz de sus considerandos 28 y 30, excluye de las normas aplicables a los contratos de consumo fijadas en el artículo 6, apartados 1 y 2, de ese Reglamento, a los «derechos y obligaciones que constituyan un instrumento financiero».

Pues bien, como resulta del considerando 30 de dicho Reglamento, a efectos del Reglamento (CE) 593/2008 se entiende por instrumentos financieros aquellos mencionados en el artículo 4 de la Directiva 2004/39²⁷. Con todo, advierte que, el Reglamento (CE) 593/2008 y el Reglamento (UE) 1215/2012 persiguen objetivos distintos. Así, el Reglamento (CE) 593/2008 se aplica a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, con el fin de determinar el Derecho material aplicable²⁸, mientras que el Reglamento (UE) 1215/2012 tiene por objeto fijar las normas que permitan determinar el tribunal competente para resolver un litigio en materia civil y mercantil que verse, en particular, sobre un contrato celebrado entre un profesional y una persona que actúa con un fin ajeno a su actividad profesional, de manera que esta última quede protegida en tal situación²⁹.

1, núm. 1, 2009, pp. 33-35). La distribución comercial es la forma más común de hacer llegar los productos del fabricante al consumidor; éstos en gran medida son de carácter internacional, puesto que la globalización está impulsando a las empresas a buscar mercados en el exterior (*Vid.* J. RODRÍGUEZ RODRIGO, *Contratos internacionales de distribución comercial en el Derecho internacional de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2013).

²⁵ La doctrina estima que, las condiciones restrictivas van en la línea del propio TJUE de limitar y restringir las excepciones a los principios generales y objetivos perseguidos para garantizar el cumplimiento de lo esperado por el legislador, es decir, la protección del consumidor como parte débil en la relación contractual: J. M. DE DIOS MARCER, “Autonomía de la voluntad, protección del consumidor y Derecho aplicable a los contratos de consumo en el Reglamento 593/2008. Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2019, Asunto C-272/18: Verein für Konsumenteninformation y TVP Treuhand- und Verwaltungsgesellschaft für Publikumsfonds mbH & Co KG”, *La Ley Unión Europea*, núm. 78, 2020, versión *on line*.

²⁶ STJUE de 3 de octubre de 2019, asunto C-208/18, *Jana Petruchová*, EU:C:2019:825. Cierta sector doctrinal intuye en dicho pronunciamiento una excesiva compartimentación en la interpretación de distintas normas puede conllevar una cierta dosis de inseguridad jurídica: G. ROMERO GARCÍA-MORA, “La condición de consumidor en los casos de actividad inversora”, *Diario La Ley*, núm. 9528, 2019, versión *on line*. Hay que tener presente que, la inquietud jurídica a la que se enfrentan los clientes minoristas, esencialmente, por la imposición de cláusulas predispuestas a cargo de las compañías financieras, ha sido uno de los principales detonantes en la litigiosidad internacional; en el asunto *Petruchová* se ha observado, por un lado, la inviabilidad jurídica de sumisión a favor de los tribunales de la compañía inversora, y, de otro, la formidable calificación de consumidor a favor del inversionista, y, por ende, beneficiario del régimen procesal conformado por los foros de los contratos de consumo instaurados por el Reglamento (UE) 1215/2012: *Vid. in extenso*, D. CARRIZO AGUADO, “Nuevas coordenadas en las transacciones financieras internacionales: la teoría «Petruchová»”, *Revista de Derecho del Sistema Financiero*, núm. 0, 2020, en prensa.

²⁷ Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo (DO núm. L 145, de 30 de abril de 2004).

²⁸ No se ha de perder de vista que el propósito del Reglamento (CE) 593/2008 es la unificación de las normas de conflicto de los Estados miembros de la Unión referidas a los contratos, desactivando toda posibilidad de *forum shopping*, y, así, con independencia de cuál sea la jurisdicción del Estado miembro ante el que pueda plantearse el litigio, que la ley aplicable sea siempre la misma (*Vid.* J.I. PAREDES PÉREZ, “La noción de consumidor a efectos de la aplicación de los foros de protección del Reglamento de Bruselas I bis a litigios relativos a instrumentos financieros y de inversión. Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2019, asunto C-208/18: *Petruchová*”, *La Ley Unión Europea*, núm. 75, 2019, versión *on line*.

²⁹ Especial atención revisten los apartados 62 y 64 del asunto *Jana Petruchová*.

24. De lo señalado hasta el momento se deduce que, no se tutela al consumidor activo³⁰, el cual celebra un contrato de consumo desplazándose a otro mercado o tomando la iniciativa negocial; se protege exclusivamente al consumidor pasivo, que es quien se ve asaltado en su país por ofertas de consumo de empresarios y profesionales. Son estos quienes desean celebrar un contrato con los consumidores en o hacia otro país; es más, el consumidor puede incluso no saber que el empresario oferente tiene su sede en un país extranjero³¹.

B) La «actividad dirigida» en el Reglamento (CE) 593/2008

25. Para que se proceda a la aplicación del régimen específico del artículo 6 Reglamento (CE) 593/2008, y en consecuencia la ley de la residencia habitual del consumidor, basta con que el profesional ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o simplemente por cualquier medio dirija estas actividades a ese país, o a distintos países, pero incluido también el de la residencia habitual del consumidor. En caso contrario, el contrato celebrado por el consumidor seguirá las reglas generales de ley aplicable contenidas en los artículos 3 y 4 Reglamento (CE) 593/2008. Por esta razón, la mayor dificultad radica en determinar si el profesional ha dirigido o no sus actividades comerciales hacia el país de la residencia habitual del consumidor³².

26. La expresión enmarcada en este epígrafe ha exigido complemento jurisprudencial emanado del Alto Tribunal Europeo para su puesta en marcha en la práctica. Así, en sendos pronunciamientos³³, el TJUE ha establecido una serie de indicios que permiten determinar en qué casos puede entenderse que una actividad está «dirigida» al Estado miembro del domicilio del consumidor.

Entre estos parámetros podemos destacar los seis siguientes: a) aquellas manifestaciones expresas para atraer clientes de un determinado Estado miembro; b) los gastos de remisión a páginas web en Internet que han sido prestados por una empresa que explota un motor de búsqueda con el fin de facilitar el acceso al sitio del vendedor; c) la utilización de un nombre de dominio distinto de primer nivel diferente al del Estado miembro en que está establecido el vendedor; d) el uso de nombres de dominio neutros; e) la descripción de itinerarios desde otro u otros Estados miembros al lugar de la prestación del servicio; f) la mención de una clientela internacional formada por clientes domiciliados en diferentes Estados miembros, concretamente mediante la presentación de testimonios de dichos clientes.

³⁰ El artículo 6 Reglamento (CE) 593/2008 no protege a quien asume el riesgo de adquirir en el extranjero, bien porque a tal persona se le supone la consciencia de estar entrando en un contrato internacional en tales casos o la preparación o los medios para hacer frente a una eventual sumisión del contrato a la ley extranjera (*Vid.* M. GUZMÁN ZAPATER, “El reglamento CE núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: régimen general, contratos de consumo y contrato individual de trabajo”: régimen general, contratos de consumo y contrato individual de trabajo”, *Aranzadi civil: revista quincenal*, núm. 2, 2009, pp. 2271-2278).

³¹ *Cfr.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Ley aplicable a los contratos internacionales: El Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, p. 277. La idea que subyace a esta opción de política legislativa es aparentemente persuasiva. Esto puede provocar lagunas de regulación en el caso de los consumidores activos, que sólo pueden colmarse por vía de desarrollo hermenéutico (*Vid.* F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Obligaciones contractuales” en A. BORRÁS RODRÍGUEZ (coord.), *La Cooperación en Materia Civil en la Unión Europea: Textos y Comentarios*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 624-625).

³² J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, / S.A. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, 10ª ed., Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2020, libro electrónico. En consideración de la doctrina privatista francesa, la ley española debe ser concebida en sentido amplio como un conjunto de normas que se aplican a los bienes y servicios ofrecidos al consumidor fruto de las relaciones entre profesionales y consumidores (*Vid.* S. ABID MNIF, “Le droit de la consommation et le droit des contrats: quelle destinée ? Réflexions sur l'évolution du droit positif tunisien”, *Revue internationale de droit comparé*, núm. 1, 2020, p. 128).

³³ *Vid.* STJUE de 7 de diciembre de 2010, asuntos C-585/08 / C-144/09, *Peter Pammer / Hotel Alpenhof GesmbH* (ECLI:EU:C:2010:740); STJUE de 6 de septiembre de 2012, asunto C-190/11, *Mühlleitner* (ECLI:EU:C:2012:542); STJUE de 17 de octubre de 2013, asunto C-218/12, *Emrek* (ECLI:EU:C:2013:666).

C) Diferenciación entre consumidor activo y consumidor pasivo

27. La distinción entre consumidor activo y consumidor pasivo³⁴ sirve para imputar el riesgo asociado a la internacionalidad del contrato a quien lo genera³⁵.

A estos efectos se va entender que, si la publicidad de un operador extranjero llega regularmente al Estado del consumidor, tal hecho constituye objetivamente un medio de promoción de sus productos o servicios en ese mercado³⁶. En tal caso, si el consumidor contrata desde su Estado, aunque sea él quien haya tomado la iniciativa de dirigirse al profesional del otro Estado, el riesgo de internacionalidad corre a cargo del profesional y se aplicará la ley del consumidor³⁷.

28. Desde el punto de vista de los consumidores, el consumidor pasivo no tiene que preocuparse por la procedencia nacional o extranjera del producto o servicio ofrecido, pues en todo caso, le protegerá la ley del Estado de su residencia habitual³⁸. Este puede desentenderse de los problemas de ley aplicable y simplemente debe comparar los productos o servicios ofrecidos por sus elementos esenciales y por su precio³⁹.

29. La pervivencia en el Reglamento (CE) 593/2008 de este tratamiento del consumidor activo resulta censurable, y su inclusión en el régimen general de designación de ley no es la solución más adecuada, ya que ignora la condición de parte débil que posee el consumidor activo al otorgarle la consideración de profesional⁴⁰.

³⁴ Vid. F. RANGO, "The Law Applicable to Consumer Contracts under the Rome I Regulation", F. FERRARI / S. LEIBLE (EDS.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier, Munich, 2009, pp. 144-149.

³⁵ El Reglamento (CE) 593/2008, presenta tres preceptos de interés para determinar el régimen jurídico de los contratos de consumo: el artículo 23, el artículo 6 y el artículo 3.4, que es una de las novedades del citado Reglamento. En relación a este último precepto, interesa destacar ante qué situaciones se aplica. Pues según ciertos autores, presenta problemas en relación a la figura del consumidor pasivo con residencia habitual dentro de territorio comunitario, puesto que no son coincidentes las soluciones ofrecidas por el artículo 6 y del artículo 3.4; es decir, la *lex fori* del artículo 3.4, no siempre es la de la residencia habitual del consumidor, del artículo 6.1 y 6.2. Si bien, se puede afirmar en este sentido, que en virtud de la regla *lex specialis*, procede afirmar que el artículo 3.4 comprende situaciones no cubiertas por el artículo 6.1. y 6.2: contratos de consumo (consumidores pasivos) excluidos por razón de la materia, o incluidos, si no se realizan en las circunstancias que desencadenan la consecuencia prevista por el precepto, si además los elementos pertinentes de la situación se vinculan sólo al espacio comunitario (Vid. M. REQUEJO ISIDRO, "Contratos de consumo y Roma I: ¿un poco más de lo mismo?", *Anuario español de derecho internacional privado*, núm. 8, 2008, pp. 498-499).

³⁶ Las actividades publicitarias y comerciales realizadas a través de páginas de Internet poseen una orientación global; el hecho de que los lugares de Internet sean accesibles desde cualquier país hace emerger una presunción favorable a que dicha publicidad y ofertas, cuando se trata de lugares interactivos, son realizadas en el país de la residencia habitual del consumidor (Vid. F. ESTEBAN DE LA ROSA, "Régimen jurídico de la contratación electrónica internacional de consumo en el sistema español de Derecho internacional privado", *Aranzadi civil: revista quincenal*, núm. 1, 2009, pp. 2177-2178).

³⁷ El principio del Estado de destino convierte en indiferente el contratar en el Estado del consumidor con un proveedor nacional o extranjero, pero no hace indiferente el ser un consumidor activo o pasivo dentro del territorio comunitario (Vid. M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Estado de origen VS. Estado de destino: las diferentes lógicas del Derecho Internacional Privado", *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Tomo II, Edifer, Madrid, 2005, pp. 1804-1805).

³⁸ El consumidor pasivo extracomunitario que contrata con una empresa comunitaria cabría garantizarle la aplicación de la ley de la residencia habitual en aquellos casos en que el Derecho internacional privado del Estado ofreciera una solución parecida a las de los consumidores europeos (Vid. B. AÑOVEROS TERRADAS, "Consumidor residente en la Unión Europea vs. consumidor residente en un estado tercero: a propósito de la propuesta de Reglamento Roma I", *Anuario español de derecho internacional privado*, núm. 6, 2006, p. 401).

³⁹ Esto aumenta la confianza de los consumidores y refuerza la competencia dentro del mercado del Estado del consumidor. Además, la aplicación de su propio Derecho reduce los costes de información del consumidor. Este ahorro de costes es especialmente visible en los casos litigiosos, donde a los costes de información se suman los de alegación y prueba del Derecho extranjero (Vid. M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "Estado de origen vs. estado de destino: las diferentes lógicas del Derecho internacional privado", *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 251, noviembre 2004, pp. 13-14).

⁴⁰ Cfr. JUÁREZ PÉREZ, P.: "La ley rectora de los contratos internacionales de consumo: el sistema del Reglamento nº 593/2008 ("Roma I")", *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, vol. 58, núm. 1, 2010, pp. 62-63. En cuanto al consumidor activo intracomunitario, un sector de la doctrina considera que debe quedar protegido por la ley del Estado miembro donde contrata (Vid. M. REQUEJO ISIDRO, "Régimen de las garantías en la venta transfronteriza de los bienes de consumo: armonización en el mercado interior y Derecho nacional", *Revista española de derecho internacional*, vol. 57, núm. 1, 2005, p. 263).

D) Contratos concluidos vía *on line*

30. La evolución tecnológica, indudablemente, ha conducido a la expansión de los servicios prestados por vía electrónica, favoreciendo así el fenómeno de la contratación electrónica. La admisibilidad de la contratación vía Internet deriva, con carácter general, de la autonomía de la voluntad concedida a los contratantes para formalizar y configurar sus negociaciones. Ahora bien, la aplicación de las reglas generales a la contratación electrónica no es suficiente para garantizar la seguridad jurídica en el ámbito contractual, por ello, es necesario exigir ciertos requisitos que proporcionen a las partes intervinientes la necesaria confianza en la materialización de sus relaciones⁴¹.

31. Ciertamente, para valorar si un sitio de Internet va dirigido a un determinado país cabe entender que deben tomarse en consideración todos los elementos que permitan apreciar si, básicamente por su configuración, contenido y las actividades de sus responsables, el sitio web trata de captar clientes o influir en un determinado mercado⁴².

32. En general, la comercialización de productos a través de una web⁴³, especialmente dirigida hacia el mercado donde el consumidor tiene su domicilio, es susceptible de quedar amparada bajo la forma de contrato de consumo.

Con ello, lo que se pretende es reforzar la protección al consumidor, ya que en el caso de Internet se hace más difícil determinar el lugar en que se realizan los actos necesarios para la celebración del contrato⁴⁴. Cabe pensar en aquellos casos en los que el contrato ha sido celebrado directamente a través de la página web del empresario que ha resultado accesible en el país del consumidor y, se puede apreciar con mucha claridad la existencia de una vinculación entre el contrato celebrado y la actividad del empresario en el país del domicilio del consumidor. También, parece razonable poder considerar que el mencionado vínculo existe cuando la consulta de la página web ha sido el motivo que ha determinado al consumidor realizar las gestiones necesarias para celebrar el contrato⁴⁵.

33. Si el consumidor no dispone en el momento de la conclusión del contrato de una conexión a Internet, ni conoce la página web del empresario cuya actividad se dirigía a su país, cabe, ciertamente, entender que esta situación no ha de traer por consecuencia la aplicación de las normas de protección, en cuanto el contrato queda claramente desvinculado de la actividad del empresario⁴⁶. Pero hay que tener en

⁴¹ D. CARRIZO AGUADO / A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, «Determinación de la competencia judicial internacional en aquellos contratos con condiciones generales celebrados vía on line: Análisis de la validez formal del pacto de sumisión expresa materializado con un "clic" en página web», *Unión Europea Aranzadi*, núm. 7, 2015, pp. 73-88.

⁴² Entre los elementos que pueden ser relevantes, cabe mencionar: el idioma en que esté redactado el sitio; la moneda en que estén expresados los precios; la presencia de direcciones locales de contacto; la existencia de avisos legales acerca de los mercados en los que se comercializan o están disponibles los productos o servicios; el volumen de transacciones con sitio web en medios locales de un país o dirigidos, entre otros, a ese país o la inclusión de enlaces a su sitio en directorios locales del domicilio del demandado (*Vid.* P.A. DE MIGUEL ASENSIO, "Contratación comercial internacional", en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, / R. ARENAS GARCÍA, / P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los negocios internacionales*, Iustel, Madrid, 2013, pp. 320-321).

⁴³ El comercio electrónico es una de las formas de intercambio comercial que conviven en la sociedad globalizada; su conocimiento y perfeccionamiento son factores fundamentales que deben ser implantados en el ámbito mercantil internacional. La descripción, identificación, precio y forma de pago del producto, son elementos fundamentales para crear confianza y credibilidad en los consumidores bajo esta forma comercial (*Vid.* C. PARRA RODRÍGUEZ, "La regulación jurídica internacional del comercio electrónico", en J.L. COLLANTES GONZÁLEZ / B. DE LA VEGA JUSTIBÓ (coords.), *Derecho internacional económico y de las inversiones internacionales*, vol. 2, Palestra Editores, Pueblo Libre, Perú, 2009, pp. 36-37).

⁴⁴ La última crisis global ha puesto más si cabe en evidencia la vulnerabilidad de los consumidores ante los nuevos modelos de negocio (*Vid.* L. CARBALLO PIÑEIRO, "Tribulaciones de Derecho Internacional Privado del consumidor sobreendeudado y sus acreedores" en M. CARBALLO FIDALGO (coord.), *Sobreendeudamiento de consumidores. Estrategias para garantizar una segunda oportunidad*, Boch, Barcelona, 2019, p. 329).

⁴⁵ En aquellos casos en los que la página web del profesional o su intermediario tenga una orientación global que a pesar de no estar específicamente dirigida a un Estado miembro puede concluir de manera más o menos continua contratos con consumidores residentes en la Unión, ello permitiría, atendiendo a los indicios del TJUE, determinar esa intencionalidad de manera análoga a aquellos casos en los que el profesional tiene su establecimiento dentro de la UE. (*Vid.* P.A. DE MIGUEL ASENSIO, "Competencia judicial y protección de los derechos de la personalidad en Internet", *Diario La Ley*, núm. 7787, 2012).

⁴⁶ El elemento temporal también puede de interés para verificar la existencia de la vinculación necesaria entre la actividad

cuenta que, una interpretación demasiado amplia perjudicaría a la empresa, pero una demasiado estricta tendría como consecuencia debilitar los derechos del consumidor⁴⁷.

34. Concretar si un sitio web va o no dirigido al país del domicilio del consumidor resulta una cuestión controvertida⁴⁸. La tradicional distinción entre sitios activos y pasivos⁴⁹, tiene escasa importancia al concretar si una web se dirige a un país⁵⁰; lo determinante es que el sitio esté configurado de tal manera que quepa entender que trata de captar clientes en el mercado del domicilio del consumidor y no que esos clientes hayan contratado a través del propio sitio web, pues pueden haber utilizado un medio diferente para contratar⁵¹. Mediante el uso de esas tecnologías puede llegar a ser posible con un alto gra-

del empresario en el país del consumidor y el contrato celebrado. En efecto, el cumplimiento del requisito implica que la actividad del empresario no se ha dirigido, ni se ha realizado, en el país del consumidor como consecuencia de un contrato previo entre el empresario y el consumidor, pues en este caso no cabe apreciar la vinculación necesaria entre la actividad previa del empresario y el contrato celebrado. En este sentido, no se puede tener en cuenta la actividad dirigida al país del consumidor a través de páginas web cuando éstas han comenzado a aparecer con posterioridad a la celebración del contrato con el consumidor, ni tampoco la existencia de esas páginas con anterioridad, cuando el contrato se ha celebrado tras la cancelación de dichas páginas (*Vid.* F. ESTEBAN DE LA ROSA, “El papel del nexo de causalidad en el sistema europeo de competencia internacional de los contratos de consumo: ¿una condición para el olvido?”, *La Ley Unión Europea*, mes 11, 2014, versión *on line*).

⁴⁷ Las nuevas tecnologías y en concreto Internet ha supuesto que esta cuestión sea muy controvertida y las normas aplicables no contienen ninguna definición al respecto. La publicidad en Internet tienen un alcance global y es en principio accesible desde todos los Estados. De acuerdo con este dato, habrá que analizar en cada caso concreto si concurren indicios suficientes para entender que el vendedor dirige su actividad a otro Estado al Estado donde tiene domicilio el consumidor. Tarea más difícil es encontrar el punto de equilibrio entre los intereses en conflicto (*Vid.* A. PANIZA FULLANA, “La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Española (Gran Sala) de 7 de diciembre de 2010: algunos aspectos relativos a la protección del consumidor en la contratación de servicios turísticos en Internet”, *Aranzadi Civil: Revista Doctrinal*, núm. 11, 2011, pp. 58-60).

⁴⁸ Hay autores que consideran que cobra relevancia la distinción entre páginas activas y páginas pasivas, es decir, entre aquellas que permiten al consumidor la adquisición directa del producto o servicio por medios electrónicos, interactuando a través de la web; y aquellas otras en las que el consumidor no puede adquirir directamente en Internet, utilizándose la página como mero escaparate de negocio. En el primer supuesto, nos encontramos ante un criterio casi determinante de la voluntad del prestador de dirigir su actividad al Estado miembro del domicilio del consumidor, que se fundamenta en la celebración del contrato y en la falta de empleo de medios técnicos que impidan la adquisición a consumidores domiciliados en dicho territorio. En cuanto a las páginas pasivas operaría la presunción contraria, es decir, no se podría interpretar que el prestador dirige su actividad al Estado del domicilio del consumidor, por el mero hecho de que la página sea accesible desde dicho Estado (*Cfr.* P. MÁRQUEZ LOBILLO, “Aplicación de las normas comunitarias sobre competencia judicial a los contratos de consumo electrónicos: interpretación del art. 15.1. c del Reglamento 44/2001”, en G.J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ / A. DÍAZ MORENO, (dirs.), J. BRENES CORTÉS / I. LÓPEZ DE LA TORRE / M. PACHECO CAÑETE, (coords.), *Estudios de Derecho del Comercio Internacional. Homenaje a Juan Manuel Gómez Porriá*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 675). Valorar la voluntad del profesional para precisar el concepto de «actividad dirigida» no contenida ni en el Reglamento (UE) 1215/2012 ni en el Reglamento (CE) 593/2008, hace necesario acudir a la jurisprudencia y así entrelazar la relación entre ambos instrumentos comunitarios (*Vid.* E. LEIN, “The New Rome I / Rome II / Brussels I Synergy”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 10, 2008, pp. 177-198; F. POCAR, “Some Remarks on the Relationship between the Rome I and Brussels I Regulations”, en F. FERRARI / S. LEIBLE (EDS.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier, Munich, 2009, pp. 343-348).

⁴⁹ Cuando ni del contenido de la página ni del comportamiento del empresario pudiera deducirse ningún tipo de intención de traficar en el mercado del consumidor, la página web debería ser considerada pasiva y, por tanto, los consumidores que realizaran algún tipo de operación con el empresario serían consumidores activos y no gozarían de la regulación tuitiva contenida en nuestro sistema de Derecho internacional privado: *Vid.* I. HEREDIA CERVANTES, “Consumidor pasivo y comercio electrónico internacional a través de páginas Web”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 5, 2001, pp. 86-87.

⁵⁰ No es de suma importancia que el sitio web sea interactivo o pasivo, pues según las circunstancias del caso un sitio web pasivo puede ser equivalente a dirigir actividades comerciales o profesionales a otros Estados miembros. Sin embargo, parte de la doctrina entiende que, si el sitio web es pasivo, no existiría *Stream-of-Commerce*, es decir, no se entendería que el empresario dirige su actividad mediante Internet al país del domicilio del consumidor. Aunque la publicidad comercial sea visible en un país, la imposibilidad de actuar de modo interactivo online para adquirir productos o servicios revelaría la voluntad del vendedor de no entrar en el mercado nacional de que se trate (*Vid.* E. CASTELLANOS RUIZ, “Contrato internacional de consumo: voluntad de dirigir la actividad profesional al estado miembro del consumidor”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 34, 2014, pp. 166-167).

⁵¹ Una de las vías a través de las cuales las empresas de comercio electrónico que pretenden operar en varios mercados organizan su estructura es mediante la creación de sitios diferentes para los diversos países, no sólo como mecanismo que ayuda al control de los riegos legales sino también como respuesta necesaria ante las diferentes preferencias lingüísticas, sociales y culturales existentes según los países, también en el seno de la UE (*Vid.* P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Mercado global y protección de los consumidores”, en L. COTINO HUESO (coord.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 163-167).

do de fiabilidad para el titular de un sitio web conocer el país en el que se encuentra ubicado el ordenador desde el que un usuario trata de acceder a sus contenidos o contratar sus servicios o productos.

35. Sin lugar a dudas, Internet ha supuesto un reto para la defensa de los derechos de los consumidores que adquieren bienes y servicios a través de la red⁵². Los consumidores electrónicos transfronterizos se sitúan en un escenario nuevo y desconocido con interrogantes sobre la subsistencia de normas, instrumentos y criterios tradicionales de la contratación clásica. El atractivo de acceder desde cualquier parte del mundo a lo más distantes mercados, a los productos y servicios más variados, se configura como un reclamo difícil de soslayar por los consumidores y usuarios⁵³.

36. La aplicación de las reglas generales a la contratación electrónica no es suficiente para garantizar la seguridad jurídica en el ámbito contractual, por esa razón, es necesario exigir ciertos requisitos formales que proporcionen a las partes intervinientes la necesaria confianza en la materialización de sus relaciones. Los problemas encontrados por el consumidor -escasez de información, publicidad engañosa, información no precisa, etc.-, hacen que, efectuar una eventual reclamación no sea del todo sencilla⁵⁴.

IV. Las cláusulas abusivas a debate en torno a la Directiva 93/13/CEE

1. Aclaración preliminar

37. El amplio clausulado que suelen contener los contratos tipo, normalmente bajo la fórmula de contratos con cláusulas generales, hace que nazcan indiscutiblemente la desigualdad entre ambas partes⁵⁵. También, existe un temor común que consiste en pensar que los comerciantes pueden abusar del poder que les da su pericia y experiencia en la materia a la que se dedican. En ese panorama de desconfianza y desigualdad, los consumidores tienen que tomar decisiones entendiéndolas en teoría por completo -o al menos en su mayor parte- para asimilar los intereses de quienes pretenden vender su producto, integrar sus propios intereses y entender sus eventuales sesgos⁵⁶.

38. El escenario para la determinación de la naturaleza abusiva de las cláusulas no es sencillo, pues su apreciación en conjunto puede ser relevante para enjuiciar la naturaleza abusiva de las cláusulas

⁵² Lógicamente, en la última década se ha logrado mejorar las normas de protección de los consumidores, pero no debe caer en baldío su adecuación ante los retos actuales de los mercados tildados por su constante evolución. Pues bien, en la esfera de la explosión digital, el legislador europeo debe mantenerse firme, con plena pertinencia y capacidad para abordar nuevos designios palpables en la economía 4.0.: D. CARRIZO AGUADO, "Posicionamiento de los consumidores en el mercado único digital desde una perspectiva internacional privatista" en L. GARCÍA ÁLVAREZ y J. M. MARTÍN RODRÍGUEZ (dirs.), *El mercado único en la Unión Europea. Balance y perspectivas jurídico-políticas*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 31.

⁵³ Siempre y en todo caso, se ha de articular mecanismos para proteger a los consumidores y usuarios de los daños y perjuicios que puedan sufrir a consecuencia del alcance global de la red, infracciones que ser caracterizan esencialmente por su repercusión transfronteriza y supuestos de plurilocalización de daños o de ilícitos a distancia. *Vid.* A. HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, "Los consumidores y usuarios en el entorno digital de internet: la responsabilidad civil extracontractual de los proveedores o «ISP»" en L. COTINO HUESO (coord.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 644-645.

⁵⁴ D. CARRIZO AGUADO, "Inmersión del consumidor transfronterizo en la contratación electrónica: una visión desde el derecho privado europeo", en A. SALINAS DE FRÍAS y E.J. MARTÍNEZ PÉREZ (dirs.), A. SÁNCHEZ FRÍAS y F. PEÑA DÍAZ (coords.), *La Unión Europea y la protección de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 175.

⁵⁵ La protección adecuada al consumidor como parte del contrato considerada económicamente más débil y jurídicamente menos experta que su cocontratante profesional, lo ha reiterado el Tribunal de Luxemburgo en sendos pronunciamientos: STJCE de 20 de enero de 2005, C-464/01, *Gruber*, EU:C:2005:32; STJCE de 20 de enero de 2005, C-27/02, *Engler*, EU:C:2005:33 y STJCE de 14 de mayo de 2009, C-180/06, *Ilse*, EU:C:2009:303. Sobre esta última decisión: *vid.* M. REQUEJO ISIDRO, "La promesa de premio en la Jurisprudencia del TJCE (A propósito del asunto C-180/06, *Ilse*)", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 316, 2011, pp. 125-135).

⁵⁶ T. HUALDE MANO, "El consumidor ignora el contenido de su contrato. La falta de lectura en los contratos de adhesión", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2019, p. 16.

contractuales accesorias⁵⁷. Más aún, la vulneración del deber de transparencia contraria a las exigencias de la buena fe se convierte así en criterio directo de abusividad de la cláusula concernida, en la medida en que la previsibilidad del riesgo del que el consumidor no ha sido informado constituye la clave del juicio de su validez⁵⁸. La conexión entre falta de transparencia y abusividad pasando por la noción de desequilibrio es plausible normativamente⁵⁹.

2. Reglas de juego entre la Directiva 93/13/CEE y el Reglamento (CE) 593/2008

39. El ámbito de aplicación de la *Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*⁶⁰ incluye todos los contratos de consumo y no sólo los contemplados por el artículo 6 Reglamento (CE) 593/2008⁶¹. Además, el marco de protección no quedará enmarcado únicamente con referencia a la ley de la residencia habitual del consumidor, sino que también se tendrá en cuenta la ley que presente «vínculos estrechos»⁶².

La «relación estrecha con el territorio de un Estado miembro» tiene por finalidad permitir que se tomen en consideración diversos elementos de conexión en función de las circunstancias del caso concreto⁶³.

⁵⁷ La “tesis de las materias excluidas”, conduce a una situación en la que la cláusula que describe el objeto principal del contrato puede ser apreciada en cuanto a su carácter abusivo, pero sólo bajo la condición de que no se haga referencia al objeto principal ni a la relación calidad/precio (cfr. S. WHITTAKER, “Contratos abusivos, cláusulas abusivas y prácticas comerciales desleales”, en S. CÁMARA LAPUENTE (dir.), E. ARROYO I AMAYUELAS, (coord.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores: más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un derecho europeo de la compraventa de octubre de 2011*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2012, p. 514).

⁵⁸ M. CARBALLO FIDALGO, “Hacia un concepto autónomo y uniforme de cláusula abusiva. La jurisprudencia del TJUE y su recepción por los tribunales españoles”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2019, p. 42.

⁵⁹ A pesar de que la cuestión de la falta de transparencia material se analice en sede de desequilibrio/abusividad, no puede obviarse que la exigencia de transparencia protege la formación de la voluntad y persigue, por tanto, que el adherente no se vincule a cláusulas cuyo real significado no resulte comprensible o no haya comprendido por otros medios (Vid. C.I. ASUA GONZÁLEZ, “La falta de transparencia de las cláusulas no negociadas individualmente en la contratación con consumidores en el Derecho español”, *Anuario de derecho privado*, núm. 1, 2019, pp.69-70).

⁶⁰ DOCE núm. 95, de 21 de abril de 1993. El sistema de protección establecido en la Directiva se ciñe de una parte a los contratos celebrados entre profesionales y consumidores y de otra, a las cláusulas contractuales no negociadas individualmente. Para un estudio en la materia de la mano del Derecho comunitario, vid. M. CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente. Disciplina legal y tratamiento jurisprudencial de las cláusulas abusivas*, Bosch, Barcelona, 2013, pp. 21-60. En cuanto al control y transparencia de las cláusulas abusivas, vid. E. ARROYO AMAYUELAS, “No vinculan al consumidor las cláusulas abusivas: del Derecho civil al procesal y entre la prevención y el castigo” en E. ARROYO AMAYUELAS / A. SERRANO NICOLÁS (dirs.), *La europeización del Derecho Privado: cuestiones actuales*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 65-96; L. BLANCO PÉREZ-RUBIO, “El control específico sobre el contenido de los clausulados negociales predispuestos de carácter abusivo”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año núm. 91, núm. 749, 2015, pp. 1099-1142; J. DOMÍNGUEZ ROMERO, “La fiscalización de los elementos esenciales del contrato celebrado con consumidor: ¿fin de una controversia?”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 27, 2011, pp. 155-176; M. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, “El control de oficio de las cláusulas abusivas. El juez nacional como garante de la protección del consumidor”, *Revista de derecho de la Unión Europea*, núm. 26, 2014, pp. 313-328; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “Cláusulas contractuales abusivas y proceso monitorio”, *Diario La Ley*, núm. 8723, 2016, versión on line.

⁶¹ STJUE de 28 de julio de 2016, asunto C-191/15, *Amazon*, EU:C:2016:612. Las disposiciones legales que regulan las cláusulas abusivas y que desarrollan la Directiva 93/13/CEE constituyen normas imperativas cubiertas por el artículo 6.2 Reglamento (CE) 593/2008.

⁶² En el propio artículo 6.2 Directiva 93/13/CEE del Consejo se plantea un problema de compatibilidad con el propio artículo 6 Reglamento (CE) 593/2008 (Vid in extenso, J.J. EZQUERRA UBERO, “El consumidor protegido por el derecho comunitario” en M^a. P. CANEDO ARRILLAGA (coord.), *Derecho de consumo: actas del Congreso Internacional sobre Derecho de Consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 725-727; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, 9^a ed., Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2016, libro electrónico).

⁶³ Vid. A. QUINONES ESCÁMEZ, “Incorrecta transposición de la noción de “vínculo estrecho con el territorio comunitario” de las Directivas de consumo (STJCE de 9-9-2004, as. 70/03 Comisión c/ España)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año núm. 9, núm. 21, 2005, pp. 540-542; id. “Concepto de «vínculo estrecho» en las Directivas de consumo: repercusiones de la STJCE (as.70/03 comisión C. España) en las leyes nacionales y en la propuesta de reglamento “Roma I” (2005)” en A-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Estudios sobre contratación internacional*, Colex, Madrid, 2006, pp. 465-480.

40. La vinculación del contrato con el país designado por el Reglamento (CE) 593/2008 debe ser una conexión puramente formal, nominal, fugaz, anecdótica, y aparente, pero no sustancial ni real; solo en ese caso, los vínculos del contrato con otro país pueden ser “manifiestamente más estrechos” que los que existen con el país al que conducen las conexiones más rígidas⁶⁴.

41. Por lo tanto, la aplicación del artículo 6 Reglamento (CE) 593/2008 se hace depender de la voluntad de las partes, esto es, de que estas acudan al proceso con la prueba de la ley extranjera. De este modo, se compromete la obligatoriedad del propio Reglamento y su carácter de instrumento directamente aplicable y se pone en cuestión su finalidad principal, la de unificar la Ley aplicable en los Estados miembros de la UE a los contratos internacionales a distancia⁶⁵.

3. ¿Quién es un verdadero consumidor?

42. En el ámbito del Derecho de la Unión Europea no existe un concepto unívoco de consumidor puesto que cada Directiva contiene una definición del mismo a los efectos de su aplicación⁶⁶. En cualquier caso, será considerado consumidor final en el ámbito privado aquel que no participa en actividades comerciales o profesionales y, que sólo engloban los contratos celebrados para satisfacer las propias necesidades de consumo privado del individuo⁶⁷.

La finalidad no profesional, comercial o empresarial de la adquisición del bien o de la contratación de la prestación de un servicio será nuclear para su apreciación, por ende, la satisfacción de necesidades de carácter privado marcará la senda doméstica propia de las personas físicas, cuestión que, si bien, puede desconocerse en personas jurídicas de Derecho privado que realicen actividades extraprofesionales y que merezcan ser consideradas como consumidores o usuarios en determinadas relaciones jurídicas.

43. Para ello, deben concurrir los requisitos que ha de reunir todo «consumidor» para merecer esta calificación jurídica y, en cualquier caso, no podrán realizar actividades de producción o de comercialización de bienes o servicios para el mercado⁶⁸.

Así, se puede afirmar que cuando una persona celebra un contrato para usos relacionados con su actividad profesional debe considerarse que se encuentra en igualdad de condiciones con su cocontratante⁶⁹.

⁶⁴ Cfr. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La cláusula de excepción y los contratos internacionales: La crisis del principio de proximidad” en C. ESPLUGUES MOTA / G. PALAO MORENO (eds.), M. PENADÉS FONS (coord.), *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: liber amicorum: José Luis Iglesias Buhigues*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 463-464.

⁶⁵ Vid. P. OREJUDO DE LOS MOZOS, “Imperatividad de la norma de conflicto y prueba del derecho extranjero en los reglamentos sobre ley aplicable a las situaciones privadas internacionales” en X. ABEL LLUCH / J. PICÓ I JUNOY / M. RICHARD GONZÁLEZ (DIRS.), *La prueba judicial: Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*, La Ley, Madrid, 2010, 477-498.

⁶⁶ A modo de ejemplo, la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, sobre derechos de los consumidores, determina como consumidor a la persona física que actúe con propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión (artículo 2.1.); la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, lo define como toda persona física con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión (artículo 2.a.); la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, lo conceptualiza como aquella persona física con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión (artículo 2.e.). Ninguna Directiva de las mencionadas, entre otras, coincide en la literalidad del concepto. Lo que sí que tienen en común es que no incluyen a las personas jurídicas, suelen emplear el término subjetivo de “propósito”, y el legislador comunitario tiende a la delimitación negativa (vid. J. CAYÓN DE LAS CUEVAS, “Configuración normativa y técnicas de tutela del consumidor en el Derecho de la Unión Europea” en J.L. TOMILLO URBINA (dir.) / J. ÁLVAREZ RUBIO (coord.), *La protección jurídica de los consumidores en el espacio Euroamericano*, Comares, Granada, 2014, pp. 55-57).

⁶⁷ S. CÁMARA LAPUENTE, “El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 3, núm. 1, 2011, pp. 86-87.

⁶⁸ J.M., BUSTO LAGO, “La posición del consumidor y del usuario en el Ordenamiento jurídico español” en AA.VV., *Reclamaciones de consumo. Materiales para la construcción de un Tratado de Derecho de consumo*, 4ª ed., Aranzadi, Navarra, 2020, libro electrónico.

⁶⁹ STJCE de 20 enero de 2005, asunto C-464/01, *Gruber*, EU:C:2005:32 (vid. B. AÑOVEROS TERRADAS, “Delimitación de los supuestos internacionales en los que se justifica el *forum actoris* a favor del consumidor (A propósito de las sentencias del TJCE en

44. Hemos de detenernos, brevemente, para indicar ciertos detalles acerca de la concepción de “consumidor medio” ofrecidos por la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión. Será el asunto *Gut Springenheide*⁷⁰, primer pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo, donde encontramos la identificación conceptual en el que es definido como aquel que está normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (apartado 31)⁷¹. Un sector doctrinal sostiene que, esta idea supone una regresión en la tutela ofrecida al consumidor por las diferentes normas europeas. Por ello, se debe interpretar de manera restrictiva quedando residenciado de manera exclusiva al ámbito de las prácticas comerciales desleales, bien sean engañosas o agresivas⁷².

45. En cuanto a la normativa interna española en materia de Derecho de consumo, debemos reseñar que, con la llegada de la Ley 3/2014, de 27 de marzo⁷³, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios⁷⁴, el legislador español ofrece una nueva redacción a los artículos 3 y 4 de dicha norma, relativa a los conceptos de consumidor y empresario. Sobre este cimiento, en consideración de la doctrina civilista, consumidor y empresario son dos caras de la misma moneda. Si contratas como consumidor, no eres empresario; y si contratas como empresario, no eres consumidor. Pero siempre que contratas, o lo haces como consumidor, o como empresario. No cabe una tercera posibilidad.⁷⁵

Su artículo 3 distingue entre consumidor persona física y consumidor persona jurídica o una entidad sin personalidad jurídica. Ello no supone contravenir el espíritu del legislador europeo, en razón de que, aun cuando sea una Directiva de máximos o de armonización plena, al tratarse de sujetos no incluidos en el ámbito de aplicación de la misma, es decir, materia no armonizada, los Estados miembros disponen de libertad regulatoria al respecto.

Sobre este particular, la doctrina más consolidada estima que, la finalidad del artículo 3 *in fine* es clara: incluir en el concepto de consumidor a algunos entes sin personalidad jurídica, como las comunidades de propietarios, y excluir a las personas jurídicas y entes sin personalidad que se constituyen con un claro ánimo de lucro, como son las sociedades mercantiles, o las comunidades de bienes constituidas por varios sujetos para operar en el mercado⁷⁶.

los asuntos Johann Gruber y Petra Engler”, *Diario La Ley*, núm. 6264, 2005; J. VANNEROM, *Consumer Notion: Natural or Legal Persons and Mixed Contracts, Landmark cases of EU consumer law: in honour of Jules Stuyck*, Intersentia, Cambridge, 2013, pp. 57-72).

⁷⁰ STJCE de 16 de julio de 1998, C-210/96 (EU:C:1998:369).

⁷¹ L. GONZÁLEZ VAQUÉ, “La noción de consumidor normalmente informado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: La Sentencia *Gut Springenheide*”, *Derecho de los negocios*, núm. 103, 1999, pp. 1-15; A. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, “El carácter engañoso de la marca de empresa (comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de Julio de 1998, asunto C-210/96)”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 194, 2001, pp. 29-44; F. PALAU RAMÍREZ, “El consumidor medio y los sondeos de opinión en las prohibiciones de engaño en Derecho español y europeo. A raíz de la Sentencia del TJCE de 16 de julio de 1998, AS. C-210/96, *Gut Springenheide*”, *Actas de Derecho industrial y derecho de autor*, Tomo XIX, 1998, pp. 367-395.

⁷² J. CAYÓN DE LAS CUEVAS, “Configuración normativa y técnicas de tutela del consumidor en el Derecho de la Unión Europea”, en J.L. TOMILLO URBINA, (dir.), J. ÁLVAREZ RUBIO (coord.), *La protección jurídica de los consumidores en el espacio Euroamericano*, Comares, Granada, 2014, pp. 57-59.

⁷³ BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007. La finalidad primera de la Ley 3/2014 es incorporar la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores (DOUE núm. 304, de 22 de noviembre de 2011). Interesa destacar, entre otros, los siguientes comentarios sobre la misma, *vid*: M.J. MARÍN LÓPEZ, “La Directiva 2011/83/UE: esquema general, ámbito de aplicación, nivel de armonización y papel de los estados miembros”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 1, 2012, pp. 8-21; I. RALUCA STROIE, “LA DIRECTIVA 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores, desde sus orígenes hasta la publicación en el diario oficial de la Unión Europea”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 1, 2012, pp.1-7.

⁷⁴ BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007.

⁷⁵ Cfr. MARÍN LÓPEZ, M.J., “Concepto de consumidor y préstamo para financiar una futura actividad empresarial. Comentario a la STS de 11 de abril de 2019 (RJ 2019, 1364)”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 112, 2020, pp. 269-288.

⁷⁶ M.J. MARÍN LÓPEZ, “El “nuevo” concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, 2014, pp. 13-15; ESTALLO, M.L., “El eterno debate sobre la condición de consumidor”, *Actualidad Civil*, núm. 5, 2020, versión on line.

4. Diagnóstico de las cláusulas no negociadas en la práctica comercial internacional

46. Tomando en consideración lo apuntado por el Alto Tribunal Europeo en el asunto C-191/15, de 28 de julio de 2016⁷⁷, con independencia del medio de celebración del contrato, una cláusula de elección de la Ley aplicable incluida por el empresario en las condiciones generales, la cual induce a posibles errores al consumidor dándole la impresión de que únicamente se aplica al contrato la Ley del Estado del domicilio del profesional, y, sin informar al consumidor de que está amparado por las disposiciones imperativas del país de su residencia habitual, tal y como reza el párrafo segundo, del artículo 6 Reglamento (CE) 593/2008, es abusiva, en el sentido del artículo 3.1 de la Directiva 93/13⁷⁸. Es más, cuando los efectos de una cláusula se determinen por disposiciones legislativas imperativas, es esencial que dicho consumidor sea informado por el profesional de dichas disposiciones⁷⁹.

47. Ciertamente, el artículo 6, apartado 2 Reglamento (CE) 593/2008 reconoce la facultad de pactar el Derecho aplicable a un contrato de consumo, siempre que se garantice el respeto de la protección que le proporcionen al consumidor las disposiciones de la ley de su foro, que no podrán excluirse mediante acuerdo. De este modo, la legislación de la Unión autoriza en principio las cláusulas de elección de la ley aplicable.

48. Se infieren como transcendentales las consideraciones ofrecidas por el Abogado General en el asunto C-191/15⁸⁰ al entender que, una cláusula de elección de la ley aplicable redactada previamente que designa aplicable el Derecho del Estado miembro donde se encuentra el domicilio del profesional, sólo es abusiva si presenta ciertas características, propias de su tenor o contexto, que generan un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes.

Precisamente, el carácter abusivo de una cláusula puede resultar de una formulación que no cumple la exigencia de una redacción clara y comprensible enunciada en el artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE. Dada la situación de inferioridad en que se halla el consumidor con respecto al profesional en lo que se refiere, en particular, al nivel de información, esa exigencia debe ser objeto de una interpretación extensiva⁸¹.

⁷⁷ Asunto *Verein für Konsumenteninformation*, EU:C:2016:612. Como bien estima la doctrina extranjera, el pacto de Ley hacia el ordenamiento jurídico del empresario es justo en la medida en que también se hace referencia a la aplicación de las normas sustantivas de la Ley del Estado de residencia del consumidor: J. RUTGERS, "Court of Justice of the European Union 28 July 2016, Case C-191/15 *Verein für Konsumenteninformation v. Amazon EU Sàrl* ECLI:EU:C:2016:612", *Netherlands international law review*, vol. 64, núm. 1, 2017, p. 175. Si bien, se observa una gran ausencia de conocimiento de aquellos problemas derivados de la elección de la Ley aplicable en los contratos de consumo, *vid.* G. RÜHL, "The unfairness of choice-of-law clauses, or: The (unclear) relationship between Article 6 Rome I Regulation and the Unfair Terms in Consumer Contracts Directive: VKI v. Amazon", *Common market law review*, vol. 55, núm. 1, 2018, p. 223. El asunto de la apreciación de oficio es un pilar importante en la protección de los consumidores, derivado directamente del principio de no vinculación establecido en la Directiva (CE) 93/13 y del carácter de orden público de dicha protección. Pero esta apreciación de oficio, lejos de ser un tema sin controversia, plantea en la práctica numerosas cuestiones. Una de ellas, es el alcance de dicho deber del juez nacional de apreciar de oficio las cláusulas abusivas de un contrato. Es decir, hasta dónde tiene el juez que extender esa búsqueda y apreciación de oficio en un contrato. Referente a dicha problemática, *vid.* MARTÍN FUSTER, J.M., "El factor de pertinencia en la apreciación de oficio de la nulidad de cláusulas abusivas", *Actualidad Civil*, núm. 6, 2020, versión *on line*. De hecho, la grandiosa labor realizada por el TJUE en el Derecho de consumo, hace que se controlen las infracciones procesales a la luz del principio de tutela judicial efectiva (*Vid.* CLAVEL, S., "Protection juridictionnelle effective et règles de droit international privé", *Journal du droit international*, núm. 3, 2019, p. 700).

⁷⁸ La determinación de la Ley aplicable, así como, las cuestiones de jurisdicción, en un contexto de contratación transfronteriza con consumidores, y, en el marco de una economía digital, se está convirtiendo en una tarea de gran complejidad. Ambas cuestiones ilustran que, la Ley más efectiva para el consumidor será aquella que le genere confianza con el fin de facilitar los objetivos del Mercado interno, junto con la creación de un entorno digital transnacional en el que los consumidores están adecuadamente protegidos (*Vid.* en este sentido, S. LAW, "At the Crossroads of Consumer Protection, Data Protection and Private International Law: Some Remarks on *Verein für Konsumenteninformation v. Amazon EU*", *European law review*, núm. 5, 2017, p. 764-766).

⁷⁹ STJUE de 26 de abril de 2012, asunto C-472/10, *Invitel*, EU:C:2012:242.

⁸⁰ EU:C:2016:388.

⁸¹ El Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de precisar que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13/CEE no puede reducirse sólo al carácter comprensible de aquéllas en un plano formal y

49. Por consiguiente, una cláusula contractual, inserta en las condiciones generales de venta de un profesional no negociada individualmente, en virtud de la cual se impone de manera imperativa la aplicación de la Ley del Estado miembro del domicilio social del profesional y sea esta la que rija el contrato electrónico, aseveramos que es abusiva.

El motivo en el que se sustenta dicha nulidad resulta de la inducción a error al que es sometido el consumidor⁸²; la escasez de información⁸³ hace que este descarte el amparo legal que, sin lugar a dudas, dispone en virtud del artículo 6, apartado 2, Reglamento (CE) 593/2008, garantizándole así, protección en virtud de la puesta en funcionamiento de las disposiciones imperativas del Derecho que sería aplicable, extremo que debe comprobar el órgano jurisdiccional nacional a la luz de todas las circunstancias pertinentes.

gramatical. Por el contrario, toda vez que el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13/CEE se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad con respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información, esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva: *Vid.* STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, *Kásler y Káslerné Rábai* (EU:C:2014:282); STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, *Matei, y Matei* (EU:C:2015:127) y STJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-96/14, *Van Hove* (EU:C:2015:262).

⁸² No debemos olvidar que el consumidor electrónico presenta características particulares que le convierten en una parte especialmente necesitada de tutela legal. Uno de los riesgos asumidos por el consumidor es el hecho de adentrarse en un ordenamiento jurídico extranjero que no conoce. Los problemas encontrados por este hacen que una eventual reclamación presente no pocas complejidades. Consecuentemente, será necesario protegerlo a través de normas específicas para evitar así evitar que descarte las diversas posibilidades legales de las que dispone frente al empresario (*Cfr.* D. CARRIZO AGUADO, *Régimen jurídico de las operaciones internacionales de consumo en los servicios turísticos digitales*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 155).

⁸³ La información ofrecida por los empresarios ha de constituir una técnica adecuada para que los consumidores lean, entiendan y se comporten racionalmente (*Vid.* I. DE LA MAZA GAZMURI, “El mal que no quiero: la información como técnica de protección de los consumidores”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 31, 2015, p. 350 y p. 354). Toda transacción comercial deberá estar presidida por el principio de veracidad de la información (*Vid.* V. VEGA CLEMENTE, “Consideraciones sobre la protección de los consumidores en el comercio electrónico”, *Revista de estudios económicos y empresariales*, núm. 24, 2012, pp. 162-166).

TIME LIMITS AND DEFAULT JUDGMENTS IN EUROPEAN CROSS-BORDER CIVIL LITIGATION: MINIMUM STANDARDS?

TERMINI PROCESSUALI E SENTENZE CONTUMACIALI NEL CONTENZIOSO CIVILE TRANSFRONTALIERO EUROPEO: STANDARD MINIMI?

GIOVANNI CHIAPPONI

*Research fellow Max Planck Institute Luxembourg for International, European
and Regulatory Procedural Law
PhD Candidate University of Luxembourg*

Recibido: 15.06.2020 / Aceptado: 13.07.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5744>

Abstract: The article focuses on the impact of time limits on the free circulation of judgments rendered *in absentia* in civil and commercial matters within the EU. Starting from the *Lebek* judgment, I will examine the following issues: first, if an application for relief from the involuntary expiry of time limits may justify the denial of recognition and enforcement of judgments under the regime of the Brussels I bis Regulation; second, if the defendant applying for relief may choose between the time limit laid down in the service Regulation or that provided for in national law. Finally, I will address the question of the possible standardisation of the deadline for the first reaction on the part of the defendant.

Keywords: time limits, default judgments, recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, application for relief, standardisation.

Riassunto: lo scritto concerne l'impatto esercitato dai termini processuali sulla libera circolazione di sentenze contumaciali rese in materia civile e commerciale nell'ambito dell'Unione Europea. Partendo dall'analisi della sentenza *Lebek* vengono evidenziate talune questioni. Innanzitutto, ci si chiede se la richiesta di *restitutio in integrum* che il convenuto proponga a seguito dall'involontario spirare dei termini, possa giustificare il mancato riconoscimento e l'esecuzione di una sentenza nell'ambito del Regolamento Bruxelles I bis; si affronta, poi, il problema se il convenuto che domandi la rimessione in termini abbia facoltà di scelta tra il termine contemplato dal Regolamento No 1393/2007 e quello previsto dal diritto nazionale. Infine, si delinea la possibile standardizzazione nel diritto processuale civile europeo del termine per la comparsa del convenuto.

Parole chiave: termini processuali, sentenze contumaciali, riconoscimento ed esecuzione di decisioni in materia civile e commerciale, richiesta di rimessione in termini, standardizzazione.

Summary: I. Introduction. 1. Effective service. 2. Obligation to challenge the decision in the Member State of origin. II Involuntary expiry of time limits and application for relief. 1. Proceedings to challenge a judgment. 2. Time limit within which an application for relief may be brought. III. Minimum and maximum deadlines for the defendant to react.

*This article is based on a presentation given at the virtual conference organized by the University of Vilnius "The future decade of EU law" (8 and 9 May 2020).

I. Introduction

1. Default judgments are a relevant issue because they can have significant impact on the free circulation of judgments in civil and commercial matters within the EU. Default judgments are decisions rendered against a defendant who did not appear in the proceedings. The challenge they pose to the free circulation of judgments in civil and commercial matters across the EU derives from their underlying contrasting interests. On the one hand, the EU legislator aims at granting access to justice to the creditor who may then enforce a title throughout the EU and does not have to bear negative consequences from the defendant's inactivity. On the other hand, the EU legislator needs to safeguard the right of the defendant to a fair trial: when a judgment is rendered against a defaulting defendant, there must also be a guarantee that the defendant was duly informed about the proceedings against him.

2. In principle, default judgments are allowed to circulate across the EU. However, the involuntary default of the defendant may justify the denial of recognition and enforcement of decisions under the regime of the Brussels I bis Regulation¹. Respect of the right of defence certainly plays a key role in ensuring the free movement of civil and commercial judgments between the Member States. Article 45 (1) (b) Brussels I bis Regulation provides for a ground of refusal of recognition and enforcement which specifically aims at protecting the defendant's procedural rights with regard to judgments issued in default proceedings. The objective of this rule is to guarantee that the defendant has been able to properly organize his/her defence².

3. Article 45 (1) (b) is applicable only if very strict conditions are met, since Art. 28 (1) already grants protection to the defaulting defendant at a previous procedural stage, i.e. before the judgment on the merits is rendered, by ordering the court to examine its jurisdiction *ex officio*. Article 45 (1) (b) therefore requires that the defendant "was not served with the document instituting the proceedings or with an equivalent document in sufficient time and in such a way as to enable him/her to arrange for his/her defence"³, and that he/she did not fail "to commence proceedings to challenge the judgment when it was possible for him/her to do so"⁴.

4. For the examination of these two prerequisites, time limits play a fundamental role and so I will address significant issues dealing with the key function of time limits in default proceedings. Time limits, indeed, are firmly connected with the fairness of proceedings and the due process guarantees of the defendant under Art. 47 of the Charter of Fundamental Rights of the EU and Art. 6 of the European Convention of Human Rights. The relevance of time limits increases in the context of cross-border proceedings rendered *in absentia*, where they underlie a very sensitive balance between the defendant's rights and legal certainty. This balance entails consequences which have profound implications for the rules on the recognition and enforcement of default judgments under the regime of the Brussels I bis Regulation (Art. 45 (1) (b)).

5. Thus, how do time limits influence the free circulation of default judgments within the EU? What is their practical impact on the recognition and enforcement of judgments rendered *in absentia* between the Member States?

¹ Regulation (EU) n° 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters [2012] OJ L351/1.

² The importance of this ground for refusal of recognition and enforcement has been stressed by B. HESS, T. PLEIFFER, P. SCHLOSSER in the "Heidelberg Report on the application of the Regulation Brussels I in the Member States", Study JLS/C4/2005/03, Munich, 2008, p. 239, paragraph 539, which affirms that "in practice, the most important provision for objecting to the recognition of a foreign judgment is still Article 34 (2)" (now repealed in its new version in Art. 45 (1) (b)). "This provision mainly applies to default judgments, which occur frequently in the European Judicial Area". For a detailed analysis of the issue, see also C. E. TUO, "La rivalutazione della sentenza straniera nel regolamento Bruxelles I: tra divieti e reciproca fiducia", Cedam, 2012, pp. 174-186; V. RICHARD, "Le jugement par défaut dans l'espace judiciaire européen", Droit Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2019, pp. 305-405.

³ Art. 45 (1) (b) Regulation n° 1215/2012.

⁴ Art. 45 (1) (b) Regulation n° 1215/2012.

1. Effective service

6. According to Art. 45 (1) (b), the court of the Member State where recognition and enforcement of a judgment is being sought should check, first, that the defendant has been effectively served with the document instituting the proceedings in such a way as to enable him/her to adequately prepare his/her defence. The original version of the 1968 Brussels Convention in Art. 27 (2) provided that the document instituting the proceedings had to be “duly” served. The CJEU in its case law considered that recognition and enforcement should be refused where service was not duly effected even when the defendant became aware of the proceedings in sufficient time to organize his/her defence. This requirement gave rise to a huge discussion in legal literature and the EU legislator abolished it from the text of Art. 34 (2) of the Brussels I Regulation and it also does not appear in the Brussels I bis Regulation. What arises from the amended provisions and from CJEU case law is that Arts 34 (2) and 45 (b) do not necessarily require the document which instituted the proceedings to be duly served but they do require that the rights of the defence are “effectively respected”⁵. These modifications aim at ensuring that “a mere formal irregularity in the service will not debar recognition or enforcement if it has not prevented the debtor from arranging for his/her defence”⁶. What matters is, then, that the defendant had the *in concreto* possibility to prepare his/her defence.

7. It would appear that the effective and adequate organization of the right of defence in the Member State of origin depends on the manner and timeliness of service of the claim: the service of the document instituting the proceedings must be effected in sufficient time and in such a way as to enable him/her to arrange for his/her defence. From the date on which the defendant is (or is supposed to be) validly served with the claim at his/her habitual residence or elsewhere, even publically, a period of time long enough to enable him/her to prepare for his/her defence starts to run. What is then crucial is the moment at which the defendant receives (or is supposed to receive) the documents instituting the proceedings and thus becomes aware of them, not the moment when all the formalities are completed at the tribunal⁷. This moment marks the beginning of the calculation of time for the first reaction on the part of the defendant. Whether this period of time is sufficient to enable the defendant to organize his/her defence is a question of fact left to a case by case determination of the court seized with the request of recognition and enforcement.

2. Obligation to challenge the default decision in the Member State of origin

8. The court of the Member State where enforcement is sought should carefully assess whether the defendant has had an opportunity to react to his/her involuntary default in the Member State of origin. Where, under the law of the Member State of origin, the defendant has been in a position to appeal the decision given in default but did not do so due to his/her fault, recognition and enforcement of foreign judgments may not be denied. This situation was regulated differently under the Brussels Convention of 1968⁸. The CJEU in its jurisprudence⁹ prior to the Brussels I and I bis Regulations also did not mention any positive obligation on the defendant to challenge his/her default of appearance in the Member State of origin before he/she could raise the objection at the enforcement stage. Regardless of this case law, the Brussels I and I bis Regulations have adopted a different and more restrictive ap-

⁵ CJEU, 14 November 2006, C-283/05, ASML Netherlands BV v Semiconductor Industry Services GmbH (SEMIS), ECLI:EU:C:2006:787.

⁶ As affirmed in the Commission proposal for a Council Regulation (EC) on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, COM (1999), 348 final, p. 23.

⁷ G. CUNIBERTI, I RUEDA in U. MAGNUS, P. MANKOWSKY, “Commentary Brussels I bis Regulation”, Ottoschmidt, 2016, Vol. 1, p. 910.

⁸ 1968 Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 299.

⁹ CJEU, 12 November 1992, C-123/91, Minalmet GmbH v Brandeis Ltd, ECLI:EU:C:1992:432. See also X. KRAMER in A. DICKINSON, E. LEIN, “The Brussels I Regulation Recast”, Oxford University Press, 2015, p. 456.

proach: the defendant who could have challenged the default judgment in the Member State of origin, but did not do so, loses the possibility to contest the recognition and enforcement of the default judgment in the Member State of enforcement. The CJEU reinforced this approach in *Apostolides*¹⁰ stating that “a default judgment given on the basis of a document instituting the proceedings which was served on the defendant in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defence must be recognised if he did not take the initiative to appeal against the judgment when it was possible for him to do so”. It should be underlined that the pre-condition for the defendant to challenge his/her default in the Member State of origin is that the default judgment “was served on him in sufficient time to enable him to arrange for his defence before the courts of the State in which the judgment was given”¹¹, i.e. he/she has been properly acquainted with the content of that decision.

9. Therefore, the defendant who was aware of the default proceedings initiated against him/her but did not appear, cannot wait until the stage of recognition and enforcement to object to the judgement. He/she must, indeed, challenge the default decision at the time at which proceedings are initiated in the Member State of origin. In this way, the Brussels I bis Regulation aims at concentrating litigation in the judgment State¹²: all procedural issues should be examined by priority in the State where the proceedings were initiated and whose courts are better placed for assessing them¹³. This also prevents abuses which may derive from a “type of strategic default” by the defendant: he/she may take advantage of his/her inactivity by intentionally failing to appear and not challenging the default of appearance in the Member State of origin, simply raising the violation of his/her right to a fair hearing at the stage of enforcement.

II. Involuntary expiry of time limits and application for relief

10. A different situation arises where the defendant has not been able to defend himself/herself because he/she did not know that proceedings were initiated against him/her in the Member State of origin. This is when the defendant had not been made aware of the issuing of a default judgment against him/her and time limits to appeal against that judgment expired without any fault on his/her side. In such a case, the defendant may lodge an application for relief (motion for review) at the stage of recognition and enforcement which would restore his/her right to appeal. This then allows him/her a new time limit identical to the original one to bring a new challenge against the default judgment in the Member State of origin. In the case of cross-border service of documents, Article 19 (4) of the Service Regulation¹⁴ applies to the application for relief from the effects of the lapsed time limit for appeal. Otherwise, if there is no cross-border service, the domestic law of the Member States will regulate the conditions under which the defendant may apply for relief. If the defendant is exempted from the expiry of the time limit, proceedings are brought back to the moment at which he/she should have appeared to show his/her first reaction to the claim and he/she, should conduct new proceedings.

11. Against this backdrop, several issues about an application for relief arise in the context of the Brussels I bis Regulation.

12. When the judge relieves the defendant from the expiry of the time to appeal, may an application for relief be examined as an ordinary challenge falling within the meaning of “proceedings to challenge the judgment” provided for in Art. 45 (1) (b)? Is the defendant applying for relief in the same

¹⁰ CJEU, 28 April 2009, C-429/07, *Meletis Apostolides v David Charles Orams and Linda Elizabeth Orams*, ECLI:EU:C:2009:271.

¹¹ CJEU, C-283/05, *ASML*.

¹² As explained in the Commission proposal, COM (1999) 348 final, p. 7 (point 4.2.2), p. 21 (commentary on section 2), p. 24 (commentary on Article 50-51).

¹³ G. CUNIBERTI, I RUEDA in U. MAGNUS, P. MANKOWSKY, “Commentary Brussels I bis Regulation”, p. 916.

¹⁴ Regulation (EC) n° 1393/2007 of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters [2007] OJ L324/79.

position as the defendant lodging an appeal prior to the expiration of time limits? Under these circumstances, may the defendant be considered to have had an opportunity to properly defend himself/herself in the Member State of origin according to the Brussels I bis Regulation?

1. Proceedings to challenge a judgment

13. These issues were brought before the CJEU in the *Lebek*¹⁵ judgment where the Court stated that an application for relief restoring the right of the defaulting defendant after the expiration of time limits, allowing him/her to bring a new challenge, falls within the meaning of “proceedings to challenge the judgment” laid down in Art. 34 (2) of the Brussels I Regulation¹⁶ (now repeated in the same wording by Art. 45 (1) (b) of the Brussels I bis Regulation).

14. Nevertheless, contrasting interests underlie this solution and the interpretation of “proceedings to challenge the judgment”.

15. On the one hand, it is important to stress the objective of the Brussels I/I bis Regulations, which is to foster the broadest recognition and enforcement of judgments between the Member States by removing further formalities. Article 34 (2)/Art. 45 (1) (b) therefore has to be interpreted extensively so as to also include relief proceedings as being within the meaning of “proceedings to challenge the judgment”.

16. On the other hand, it should be underlined that according to its wording Art. 34 (2)/Art. 45 (1) (b) refers to “proceedings to challenge the judgment”; relief proceedings do not strictly qualify as such. Relief proceedings, indeed, are set to allow the defendant, who did not exercise his/her right due to the expiry of the provided time limit without any fault on his/her part, to restore his/her position and subsequently initiate the relevant proceedings. When relief proceedings are successful, they give to the defendant a new time limit within which he/she may lodge a second appeal. This means that the defendant would be afforded two proceedings, which would seriously disrupt the equality of arms between the parties insofar as the defendant after the *restitutio in integrum* would have the possibility to conduct an additional proceeding to defend his/her interests¹⁷.

17. The CJEU in *Lebek* therefore promotes an autonomous definition of “proceedings to challenge the judgment” which includes relief proceedings. The Court distinguishes between two different hypotheses depending on whether or not the deadline to submit an application for relief has elapsed.

18. First, recognition and enforcement of foreign judgments should not be refused if the “defendant has not made use of his/her right to apply for relief when it was possible for him/her to do so”. This solution results from the wording of Art. 34(2)/Art. 45 (1) (b) and from the CJEU’s case law, precluding the defaulting defendant from applying for refusal of enforcement if he/she had an opportunity to previously defend himself/herself in the Member State of origin.

19. Conversely, a default judgment should not be recognised and enforced if the defendant sub-

¹⁵ CJEU, 7 July 2016, C-70/15, *Lebek*, ECLI:EU:C:2016:524. For case notes on this judgment see E. LEROY, “L’exequatur aux confins de la coopération judiciaire européenne et du respect des droits de l’homme ou le paradigme de l’homme avisé mais pas informé”, *Ius & Actores*, 2016, pp. 439-453; L. IDOT, “Motifs de refus de reconnaissance”, *Europe*, October 2016, n° 10, pp. 40-41; C. NOURISSAT, “Reconnaissance et exécution : la Cour de justice de l’Union européenne conforte sa nouvelle construction sur la purge des procédures dans l’État d’origine”, *Procédures*, 2016 n° 12 pp. 24-25.

¹⁶ Council Regulation (EC) n° 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters [2001] OJ L12/1.

¹⁷ This was the position adopted by Advocate General Kokott in her conclusions delivered on 7 April 2016, C-70/15, *Lebek*, ECLI:EU:C:2016:226.

mitted an application for relief which has subsequently been dismissed (even though the requirements set out for that application were met). It will be up to the Member State addressed to verify if the application has been dismissed correctly or not.

20. The distinction established by the Court perfectly reflects the wording of Art. 45 (1) (b) which draws a distinction based on the defendant's responsibility. Thus, an application for relief may lead to the denial of recognition and enforcement of judgments only if the defendant acted without any fault on his/her part and the time limit to apply for relief was respected.

21. The ruling of the CJEU focuses on the due diligence of the defendant: when his/her default of appearance is involuntary and not attributable to him/her, the recognition and enforcement of judgments may be denied. The CJEU's statement is very strict and severe. The purpose of the Court is to avoid the possibility that the defendant may have derived any advantage from his/her default by using it as a procedural strategy to cause delays in the proceedings and hampering the free circulation of judgments within the EU.

22. A possible third situation that the CJEU in *Lebek* did not take into account could arise if the time limit to apply for relief is still running when enforcement is sought in another Member State. In such a case, "the defendant should of course apply for review in the Member State of origin and make recourse in the Member State of enforcement to the provision of Art. 44 (2) of the Brussels I bis Regulation, which allows the court to suspend the enforcement proceedings if the enforceability is suspended in the Member State of origin"¹⁸. This mechanism is based on the condition that the pendency of an application for relief may entail the suspension of the enforceability of the judgment under the law of the Member State where enforcement is sought. Otherwise, the mechanism laid down in Art. 44 (2) could not work.

2. Time limit within which an application for relief may be brought

23. Moreover, in *Lebek* another issue concerning the time limits within which an application for relief may be brought, comes to the fore. When a default judgment is served cross-border, the requirements of Art. 19 (4) of the Service Regulation should be respected. The defendant may apply for relief if the deadline to appeal has expired and the following two conditions are fulfilled: "(a) the defendant, without any fault on his/her part, did not have knowledge of the document in sufficient time to defend, or knowledge of the judgment in sufficient time to appeal; and (b) the defendant has disclosed a prima facie defence to the action on the merits"¹⁹. Further, Art. 19 (4) sets a deadline to submit an application for

¹⁸ F. GASCÓN INCHAUSTI, "Service of proceedings on the defendant as a safeguard of fairness in civil proceedings: in search of minimum standards from EU legislation and European case-law", *Journal of Private International Law*, 2017, Vol. 13, n° 3, p. 502, footnote 79.

¹⁹ Nevertheless, the conditions under which *restitutio in integrum* can be granted are not clear and varies from State to State according to the linguistic version at stake. As referred in B. HESS, M. REQUEJO ISIDRO, F. GASCÓN INCHAUSTI, P. OBERHAMMER, E. STORSKRUBB, G. CUNIBERTI, C. KERN, E. WEITZ, X. KRAMER, "An evaluation study of national procedural laws and practices in terms of their impact on the free circulation of judgments and on the equivalence and effectiveness of the procedural protection of consumers under EU consumer law", <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/531ef49a-9768-11e7-b92d-01aa75ed71a1/language-en>, June 2017, p. 206, paragraph 477. "Art. 19 para. 4 (a) of the English version of the Regulation sets out the following requirements: the defendant, without any fault on his part, did not have knowledge of the document in sufficient time to defend, or knowledge of the judgment in sufficient time to appeal. The German version, however, requires that both conditions (no knowledge of the document in sufficient time and no knowledge of the judgment in sufficient time) have been met at the same time (the German version uses the word "und" which translates as and). While the English version is in accordance with e.g. the French, the Italian and the Spanish one, the German text seems to be better in line with the purpose of the provision, to grant an extraordinary remedy in cases where the defendant did not have knowledge of the document initiating the proceedings in time. When taken literally, the English text would allow for relief of the defendant also in cases where fault can be attributed to him either for the failure to enter into the proceedings or for the failure to lodge an appeal against the judgment, when only the other omission can be attributed to the lack of information and has happened without any fault on his part. Hence, in an extreme situation, the English text of Art. 19 para. 4 – if taken literally – would allow for *restitutio in integrum* in cases where the defendant has gained knowledge of

relief: such an application “may be filed only within a reasonable time after the defendant has knowledge of the judgment”. What “a reasonable time” might be remains unclear.²⁰ However, the EU legislator introduces a minimum standard specifying that the length of this period shall in no case be less than one year following the date of the judgment. The precise determination of the period is then left to the discretion of each Member State, which shall communicate its decision to the Commission according to Art. 23 (1) of the Service Regulation.

24. Against this background, the CJEU ruled in *Lebek* that, where the cross-border service of documents is at stake under the provisions of the Service Regulation, the only time limit that is applicable to an application for relief is the one provided for in Art. 19 (4) of the Service Regulation, as specified by the Member States in their communication to the Commission (Art. 23 (1)). In this way, the CJEU prevents the defendant, when submitting an application for relief based on Art. 19 (4) of the Service Regulation, from alternatively choosing the most favourable time limit laid down either in national law or at the EU level. As EU Regulations are binding and directly applicable in all the Member States, the time limits provided for in the text of the Service Regulation are the only possible option for the defendant seeking *restitutio in integrum*. The application of national law, even if it provides for a longer time limit for bringing an application for relief, is excluded. This situation, indeed, “could potentially lead to an unjustified discrimination of parties who reside in a different Member States, since they might be time-barred from bringing an application for relief, while a domestic party in the same situation would still be able to do so”²¹.

25. In light of the above, the EU legislator in Art. 19 (4) of the Service Regulation has set a minimum standard that the defendant applying for relief must respect. Each Member State decides autonomously this absolute time limit, which cannot be shorter than one year, and notifies the Commission of it.

26. Even if the scope of this rule is limited and some ambiguities and problems arise, the purpose of the EU legislator is likely far reaching.

III. Minimum and maximum deadlines for the defendant to react

27. The potential use that a provision such as Art. 19 (4) of the Service Regulation may have in a cross-border setting should be addressed.

28. May the rules deriving from this provision be considered a guideline for standardising other time limits in cross-border proceedings?

29. One of the crucial aspects of cross-border litigation deals with the failure of the defendant to enter an appearance. Each national procedural law lays down its own rules on time limits for the entering of an appearance and determines the time-limits within which the defendant domiciled abroad must show his/her first reaction to the claim and, thus, subsequently organize his/her defence. Such rules vary from jurisdiction to jurisdiction. Some legal orders (e.g. Germany, see § 274 para. 3 and § 276 para. 1 sentence 3 German code of civil procedure) set the deadlines by which the foreign defendant has to submit his defences on a case by case basis. Other national legal systems (e.g. Italy, see Arts. 163 bis and

the document initiating the proceedings in time and only did not learn of the default judgment in time to lodge an appeal”.

²⁰ See B. HESS, M. REQUEJO ISIDRO, F. GASCÓN INCHAUSTI, P. OBERHAMMER, E. STORSKRUBB, G. CUNIBERTI, C. KERN, E. WEITZ, X. KRAMER, “An evaluation study of national procedural laws and practices in terms of their impact on the free circulation of judgments and on the equivalence and effectiveness of the procedural protection of consumers under EU consumer law”, p. 206, paragraph 478.

²¹ B. HESS, M. REQUEJO ISIDRO, F. GASCÓN INCHAUSTI, P. OBERHAMMER, E. STORSKRUBB, G. CUNIBERTI, C. KERN, E. WEITZ, X. KRAMER, “An evaluation study of national procedural laws and practices in terms of their impact on the free circulation of judgments and on the equivalence and effectiveness of the procedural protection of consumers under EU consumer law”, p. 207, paragraph 479.

166 Italian code of civil procedure) adopt a more rigid approach, strictly fixing these time limits by law. Further, depending on the internal structure of the proceedings, the first reaction of the defendant varies significantly: he/she may be summoned to appear directly before the court in a hearing²²; a deadline may be granted to him/her to enter an appearance before the court, and when he/she enters, a new deadline will be granted to him/her to present a written statement of defence²³ or to appear for a first hearing²⁴; and a deadline to present a written defence may be granted to him/her²⁵.

30. It follows that these rules differ considerably across the Member States. This lack of uniformity in a cross border scenario may challenge the right to a fair trial of the defendant. This situation –where the CJEU in *Lebek* through an extensive interpretation nevertheless promoted the free movement of judgements– may hamper the recognition and enforcement of civil judgments under EU procedural law rules²⁶.

31. A possible solution for this problem could be to set some minimum standards. Learning from Art. 19 (4) (even if a clearer provisions is more than welcome), the EU legislator may establish minimum and maximum deadlines for the defendant to react. This would help to overcome specific issues which usually arise in cross-border litigation connected with the default of appearance of the defendant. The scope of such a provision should be carefully assessed. It should also be included within the Brussels I bis Regulation, the instrument that applies to most civil judgments. This would help domestic courts mitigate the problems that arise in cross-border settings and improve judicial cooperation in civil matters.

²² For instance, this is the case in Austria (in District Court proceedings), Belgium, France (in front of the Commercial Court), and The Netherlands.

²³ For instance, this is the case in Germany and Italy.

²⁴ For instance, this is the case in France, in front of the Tribunal de grande instance.

²⁵ For instance, this is the case in Austria (in regional court proceedings), England and Wales, Estonia, Greece, Latvia, Lithuania, Malta, Romania, Slovenia, and Spain.

²⁶ As referred in B. HESS, M. REQUEJO ISIDRO, F. GASCÓN INCHAUSTI, P. OBERHAMMER, E. STORSKRUBB, G. CUNIBERTI, C. KERN, E. WEITZ, X. KRAMER, “An evaluation study of national procedural laws and practices in terms of their impact on the free circulation of judgments and on the equivalence and effectiveness of the procedural protection of consumers under EU consumer law”, p. 109, paragraph 233, “we may conclude that the discrepancies concerning the time-limits for service and defense constitute a significant obstacle to the circulation of judgments”.

COMMENTARY ON THE JUDGMENT OF THE PROVINCIAL
AUDIENCIA OF BARCELONA OF 21 NOVEMBER 2019
[NOTIFICATION OF NON-TRANSLATED JUDICIAL
DOCUMENT] [ECLI: ES: APB: 2019: 9450A]

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA
PROVINCIAL DE BARCELONA DE 21 NOVIEMBRE 2019
[NOTIFICACIÓN DE DOCUMENTO JUDICIAL
NO TRADUCIDO] [ECLI:ES:APB:2019:9450A]

JONATAN ECHEBARRIA FERNÁNDEZ

Lecturer in Law

The City Law School. City, University of London

Recibido: 18.03.2020 / Aceptado: 03.04.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5645>

Abstract: The commentary on the judgment of 21 November 2019 of the Provincial Audience of Barcelona on the appeal filed against the Order of 20 February 2019 analyses the need for translating judicial and extrajudicial documents delivered by the judicial authority of a European Union (EU) Member State to an addressee located in another EU Member State. The judgment sets out the views of the Spanish court by analysing relevant case-law of the Court of Justice of the European Union (CJEU) and agreeing with the most recent doctrine of the European court. However, the Spanish court cannot compel a court of another EU Member State to comply with Regulation 1393/2007.

Keywords: notification judicial documents by mail, translation of judicial documents, civil and commercial matters, Regulation 1348/2000, Regulation 1393/2007, Court of Justice of the European Union.

Resumen: El comentario a la sentencia de 21 de noviembre de 2019 de la Audiencia Provincial de Barcelona sobre la apelación presentada contra de la Orden de 20 de febrero de 2019, analiza la necesidad de traducir los documentos judiciales y extrajudiciales enviados por la autoridad judicial de un Estado miembro de la Unión Europea (UE) a un destinatario ubicado en otro Estado miembro de la UE. La sentencia expone las opiniones del tribunal español analizando la jurisprudencia pertinente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y de acuerdo con la doctrina más reciente del Tribunal europeo. Sin embargo, el tribunal español no puede obligar a un tribunal de otro Estado miembro de la UE a cumplir con el Reglamento 1393/2007.

Palabras clave: notificación de documentos judiciales por correo, asuntos civiles y comerciales, Reglamento 1348/2000, Reglamento 1393/2007, Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Sumario: I. Introduction. II. The facts of the case. 1. The concept of judicial document. 2. Acceptance of the document by the addressee in the language or one of the languages of the EU Member State of its residence. III. The *lex fori* *regit processum* rule in Spain and the need for judicial cooperation between European Union Member State courts in the service of judicial documents. IV. Least cost avoider in the service of judicial documents. V. The legal grounds of the decision and final remarks.

I. Introduction

1. The following analysis of the judgment provides an insight on the requirement to translate a judicial document into the official language or languages of the European Union (EU) Member State of residence of an addressee. The requirements laid down in Regulation 1393/2007,¹ that repeals Regulation 1348/2000² are explained in the following sections. The Regulation is applicable among all EU Member States. Recital 23 and Article 20 of Regulation 1393/2007 establish that it “shall, in relation to matters to which it applies, prevail over other provisions contained in bilateral or multilateral agreements or arrangements concluded by the Member States, and in particular [sic] the Hague Convention of 15 November 1965”³ that most of the EU Member States have ratified among the 76 signatory parties worldwide. Moreover, the Brussels recast Regulation⁴ sets out in its Article 28(4) that:

“Where Regulation (EC) No 1393/2007 is not applicable, Article 15 of the Hague Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters shall apply if the document instituting the proceedings or an equivalent document had to be transmitted abroad pursuant to that Convention”.

II. The facts of the case

2. This section sets out the facts regarding the judgment of 21 November 2019 of the Provincial Audience of Barcelona on the appeal filed by the Attorney General Luis Samarra Gallach, on behalf of and in representation of Juan María against the Order of 20 February 2019,⁵ the appellee being the Prosecutor’s Office on behalf and in representation of the Court of Stuttgart. The Order stated that the Court of First Instance no 44 of Barcelona had no jurisdiction to hear the lawsuit filed by Juan María and refrained from knowing that claim. The appellant’s claim against the Court of Stuttgart (*Landgericht Stuttgart*) was barred on the basis that the Spanish courts lacked jurisdiction to hear the case.

3. A claim had been notified by mail to the appellant without being translated into Spanish. A notification should be translated, according to Article 8 of the Regulation 1393/2007.⁶ The Spanish courts have no jurisdiction to compel the German courts to comply with Regulation (EC) 1393/2007 in relation to compliance with procedural requirements according to Article 37 of the Spanish Law on Civil Procedure (SLCP)⁷ and Article 22 of the Spanish Law on the Judiciary (SLJ).⁸ As it is clearly stated by Article 22 of the SLJ:

¹ Regulation (EC) No 1393/2007 of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters (service of documents), and repealing Council Regulation (EC) No 1348/2000, OJ L 324.

² Council Regulation (EC) No 1348/2000 of 29 May 2000 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters, OJ 2000 L 160/37.

³ Hague Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters.

⁴ Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters [2012] OJ L351/1. Also, its predecessors should be considered, Council Regulation (EC) 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, and the Brussels Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, consolidated text of 26 January 1998 [1998] OJ C 27/1.

⁵ Ordinary trial 1143/2018.

⁶ Regulation (EC) No 1393/2007 of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters (service of documents), and repealing Council Regulation (EC) No 1348/2000, OJ L 324.

⁷ Spanish Law 1/2000 of 7 January on Civil Procedure [(SLCP) ‘*Ley de Enjuiciamiento Civil*’ (LEC)] published in the Official State Gazette No 7 of 8 January 2000 and amended by Spanish Law 42/2015 of 5 October.

⁸ Law 6/1985 of 1 July 1985 on the Judiciary ([‘*Ley Orgánica del Poder Judicial*’ (LOPJ)] published in the Official State Gazette no 157 of 2 July 1985, as amended up to Law No 16/2015 of 27 October 2015.

“Spanish Courts will not be competent in those cases wherein the competent jurisdictional bodies outlined in Spanish laws do not envisage such competence”.

4. The Court of Stuttgart had notified a claim addressed to the appellant at his domicile, i.e. the domicile of the defendant, without a Spanish translation of the document. The appellant answered the German court in German by requesting that the notification should be translated into Spanish according to Article 14 (Service by postal services) of Regulation 1393/2007:

“Each Member State shall be free to effect service of judicial documents directly by postal services on persons residing in another Member State by registered letter with acknowledgement of receipt or equivalent”.

5. According to Article 37 of the SLCP, the courts of civil jurisdiction must “refrain from knowing matters that correspond to be heard by the courts of another jurisdictional order of the ordinary jurisdiction”. The appellant argued that the Spanish courts are competent based on the absence of any exclusion for the Spanish courts to know about the appeal procedure. The Spanish Prosecutor's Office had already informed the appellant that the Spanish courts have no jurisdiction to hear the case.

1. The concept of judicial document

6. “Judicial document must clearly be taken to mean documents connected with judicial proceedings. The term extrajudicial documents, however, is not amenable to precise definition” under EU Law.⁹ The CJEU case-law has provided for an autonomous and broad definition of what is understood by extrajudicial documents.

7. The scope of application of Regulation 1393/2007 is summed up as follows: it is mandatorily applicable by EU Member State courts to notify judicial or extrajudicial documents in another Member State (displacing national rules) in civil or commercial matters. Tax, customs or administrative matters and the responsibility of the State for actions or omissions in the exercise of its authority are excluded (*acta iure imperii*).¹⁰ Article 4(2) of the Regulation 1393/2007¹¹ provides for the different categories that fall under the definition of transmission of judicial documents in civil and commercial matters:

“The transmission of documents, requests, confirmations, receipts, certificates and any other papers between transmitting agencies and receiving agencies may be carried out by any appropriate means, provided that the content of the document received is true and faithful to that of the document forwarded and that all information in it is easily legible”.

8. Each state has the power to designate the authorities that can send or receive a notification between EU Member States. Only people and authorities linked to the judiciary are allowed to fall within the category of intervening authorities in Spain, excluding public notaries and lawyers. Autonomous territorial units or judicial authorities constitute the transmitting and receiving agencies for such documents as set out in Articles 4 to 11 of Regulation 1393/2007. Consulates and diplomatic representations can be subject to this notification procedure under Articles 12 and 13 of the Regulation. Under Article 14 the transmitting agency can also directly notify a judicial document to a person residing in

⁹ According to the Explanatory Report on the Convention, drawn up on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union, on the service in the Member States of the European Union of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters (Text approved by the Council on 26 June 1999), OJ 1997 C 261.

¹⁰ A.-L. CALVO CARAVACA and J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, Comares, 2016, pp. 525-572.

¹¹ Regulation (EC) No 1393/2007 (Service) Regulation (EC) No 1393/2007 of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters (service of documents), and repealing Council Regulation (EC) No 1348/2000 [2007], OJ L324/79.

another EU Member State by postal services. Direct service is enshrined in Article 15 “through the judicial officers, officials or other competent persons of the Member State addressed, where such direct service is permitted under the law of that Member State”. There is no ranking set up between the different means of transmission of documents and the *prior in tempore potior in jure* principle applies when several notification routes are served by the transmitting agency.¹²

2. Acceptance of the document by the addressee in the language or one of the languages of the EU Member State of its residence

9. The judicial document can only be served when the following conditions set out in Article 8(1), dealing with the refusal to accept a document, are met:

“The receiving agency shall inform the addressee, using the standard form set out in Annex II, that he may refuse to accept the document to be served at the time of service or by returning the document to the receiving agency within one week if it is not written in, or accompanied by a translation into, either of the following languages:

a language which the addressee understands; or

the official language of the Member State addressed or, if there are several official languages in that Member State, the official language or one of the official languages of the place where service is to be effected”.

10. As it has been mentioned above, the Spanish addressee has one week to refuse the original untranslated document in writing and return it to the Court of Stuttgart. Paragraph 2 of the referred Article is applicable when the addressee refuses to accept that the document is necessary to inform them of their non-compliance with the requirements set out in Article 4(1) of the Regulation. The addressee notified the Court of Stuttgart in German of this mistake. Paragraph 3 enables the lack of translation to be remedied by applying the particular period provided by the domestic laws (German ones in this case) from the date the document was served with the accompanying translation as stated in Article 9(2) of the Regulation. Paragraph 4 extends the application of the previous paragraphs to the means of transmission and service of judicial documents. The reason for not effecting the service “in accordance with the law will be invalid, since the person concerned may be left without a proper defence”.¹³

11. In the current case, Article 14 is applicable since there is no intermediary between the transmitting agency (the Court of Stuttgart) and the recipient (the Spanish resident). The obligation to adequately inform the recipient corresponds to the transmitting agency through the form provided in Annex II. Any refusal of the judicial document delivered to the addressee that does not comply with Annex II can be rejected according to the doctrine set out in the *Alpha Bank Cyprus* case¹⁴ and later judgments of the CJEU in the light of Article 8 of Regulation 1393/2007:

“In the light of all the foregoing considerations, the answer to the three questions referred is that Regulation No 1393/2007 must be interpreted to the effect that, when serving a document on its addressee residing in the territory of another Member State, in a situation where the document has not been drafted in or accompanied by a translation in either a language which the person concerned understands, or the official language-

¹² A. GUTIÉRREZ CARDENETE, “Aplicación del Reglamento (CE) 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (notificación y traslado de documentos) y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1348/2000 del Consejo”, *Boletín del Ministerio de Justicia* 70, No 2194 (2016), pp. 1-44, at pp. 20-21; A-L. CALVO CARAVACA and J. CARRASCOA GONZÁLEZ (note 10), pp. 525-572.

¹³ European Judicial Network (in civil and commercial matters) available at: <https://e-justice.europa.eu/content_service_of_documents-371-es-en.do?init=true&member=1> accessed on 13 March 2020.

¹⁴ Judgment of 16 September 2015, *Alpha Bank Cyprus Ltd v Dau Si Senh and Others*, C-519/13, ECLI:EU:C:2015:603, at paragraph [89].

ge of the Member State addressed, or, if there are a number of official languages in that Member State, the official language or one of the official languages of the place where service is to be effected:
 the court seised in the transmitting Member State must ensure that the addressee has been properly informed, by means of the standard form in Annex II to that regulation, of his right to refuse to accept that document;
 where that procedural requirement has not been complied with, it falls to that court to return the proceedings to a lawful footing in accordance with the provisions of that regulation;
 it is not for the court seised to prevent the addressee from exercising his right to refuse to accept that document;
 it is only after the addressee has effectively exercised his right to refuse to accept the document that the court seised may verify whether that refusal was well founded; for that purpose, that court must take into account all the relevant information on the court file in order to determine whether or not the party concerned understands the language in which the document was drafted; and
 where that court finds that the refusal by the addressee of the document was not justified, it may in principle apply the consequences under its national law in such a case, provided that the effectiveness of Regulation No 1393/2007 is preserved”.¹⁵

12. The *Alpha Bank Cyprus* judgment in its paragraph 33 furthermore points out that the rejection of a document by the addressee is based on the “need to protect the rights of defence of the addressee of that document, in accordance with the requirements of a fair hearing, enshrined in the second paragraph of Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union and Article 6(1) of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, signed in Rome on 4 November 1950.

13. The already cited Article 4(3) of Regulation 1393/2007 establishes that the period that the addressee has to ask the Court of Stuttgart to provide for a notification containing the translation is prescribed by German laws as the CJEU has already expressed in different judgments¹⁶ by relying on Article 9(2) of the Regulation. The annexes accompanying the document should be translated in case of containing essential elements.¹⁷ As CALVO CARAVACA and CARRASCOSA GONZÁLEZ point out, the failure to reject a document not translated into an understandable language by the addressee constitutes a loss of any subsequent right to do it at a later stage by opposing the instituted proceedings.¹⁸ The judgment of 5 September 2018 of the Provincial Court of Barcelona¹⁹ confirms that non-compliance with the requirement set out in Article 1393/2007 of Regulation 1393/2007 means that once the defendant accepts being summoned by the court, appears at court and makes allegations (declinatory of jurisdiction), “this [sic] supposes the acceptance of the location, by not having denounced lack of translation of the documents, as established in Article 8 of the aforementioned Regulation”.

¹⁵ *Alpha Bank Cyprus Ltd* judgment at paragraph [89]. The refusal is stated in paragraph [49] of the judgment; the Order of 28 April 2016, *Alta Realitat SL v Erlock Film ApS and Ulrich Thomsen*, C-384/14, EU:C:2016:316, at paragraph [61], the judgment of 2 March 2017, *Andrew Marcus Henderson v Novo Banco SA*, C-354/15, EU:C:2017:157, at paragraph [50] the judgment of September 2018, *Catlin Europe SE v O. K. Trans Praha spol. s r. o.*, C-21/17, ECLI:EU:C:2018:675, at paragraph [32]; and the judgment of the Spanish Provincial Court of Valencia of 4 December 2019.

¹⁶ E.g. *Henderson* case, at paragraph [51], and judgment of 8 November 2005, *Götz Leffler v Berlin Chemie AG*, Case C-443/03, ECLI:EU:C:2005:665, at paragraphs [50] and [51]; Caravaca

¹⁷ Judgment of 8 May 2008, *Ingenieurbüro Michael Weiss und Partner GbR v Industrie- und Handelskammer Berlin*, Case C-14/07, ECLI:EU:C:2008:264, at paragraph [65]: “[sic] ...under some national legal systems there is no requirement for the documentary evidence in a case to be annexed to what is defined as a document instituting the proceedings and they may be communicated separately. Such documents are not therefore regarded as intrinsically linked to the document instituting the proceedings, in that they are essential to enable the defendant to understand the claim brought against him and to be aware of the existence of the legal proceedings, but have a probative function which is distinct from the purpose of service itself”.

¹⁸ A-L. CALVO CARAVACA and J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (note 10), pp. 525-572.

¹⁹ Judgment of 5 September 2018 of the Provincial Audience of Barcelona, ECLI: ES:APB:2018:7934, as detailed in the second point of the grounds of the decision.

III. The *lex fori regit processum* rule in Spain and the need for judicial cooperation between European Union Member State courts in the service of judicial documents

14. The *lex fori regit processum* rule or the law of the forum governing the procedure is enshrined in Article 3 (Territorial scope of civil procedural rules) of the Spanish Civil Procedure Act (SCPA):²⁰

“With the sole exceptions which may be stipulated in international treaties and conventions, civil procedure taking place in Spain shall only be regulated by Spanish procedural rules”.

15. The Spanish procedural laws are not applicable to notifications carried out by a foreign judge by request of Spanish judicial authorities. The requirement to follow Spanish procedural laws when a process takes places in Spain is clear. However, the notifications carried out by a foreign judge or by a Spanish judge in the context of foreign judicial proceedings do not contravene Article 3 of the SCPA. All in all, the only exceptions curtailing the applicability of this rule in order to follow foreign laws by the Spanish courts fall within the scope of foreign-led procedures.

16. The much-vaunted collaboration between judges from different EU Member States does not appear in this case: the Spanish judge cannot communicate with the deciding German judge. For instance, Article 15(1) (Transfer to a court better placed to hear the case) of the Brussels II-bis Regulation on the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility,²¹ enacted in 2003, offers a solution that is not replicated under Regulation 1393/2007:

“By way of exception, the courts of a Member State having jurisdiction as to the substance of the matter may, if they consider that a court of another Member State, with which the child has a particular connection, would be better placed to hear the case, or a specific part thereof, and where this is in the best interests of the child: (a) stay the case or the part thereof in question and invite the parties to introduce a request before the court of that other Member State in accordance with paragraph 4; or (b) *request a court of another Member State to assume jurisdiction in accordance with paragraph 5*”.

17. The procedure to request to assume jurisdiction from an EU Member State court to another is described in Article 15(5) of the Brussels II-bis Regulation:

“The courts of that other Member State may, where due to the specific circumstances of the case this is in the best interests of the child, accept jurisdiction within six weeks of their seisure [sic]. In this case, the court first seised shall decline jurisdiction. Otherwise, the court first seised shall continue to exercise jurisdiction in accordance with Articles 8 to 14”.

18. Article 15(6) of the Regulation sets out the following cooperation mechanism between EU Member State courts:

“The courts shall cooperate for the purposes of this Article, either directly or through the central authorities designated pursuant to Article 53”.

19. The EU Member State judges can communicate with each other in the European Judicial Area. The appellant seeks the Spanish judge to ask its German counterpart to correctly apply Regulation 1393/2007. However, the Spanish judge is constrained by the limitations imposed by the SCPA.

²⁰ Spanish Law 1/2000 of 7 January on Civil Procedure [(SLCP) ‘*Ley de Enjuiciamiento Civil*’ (LEC)] published in the Official State Gazette No 7 of 8 January 2000 and amended by Spanish Law 42/2015 of 5 October.

²¹ Council Regulation (EC) 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) 1347/2000 (“Brussels II-bis Regulation”), OJ 2003 L338/1.

IV. Least cost avoider in the service of judicial documents

20. From a Law & Economics perspective, the translation of documents is justified by the two main theories. Firstly, the German judge may consider the neo-classical theory “based on the belief in markets and cherishing efficiency”²² by reducing the transaction costs.²³ Secondly, the Court of Stuttgart should observe the “International Stream-Of-Commerce” theory based on the assumption that that court acknowledges the “territorial links of the case to the different States”, Spain in this case, according to the initial claim brought at the Court of Stuttgart.²⁴

21. The global cost of applying the law of the country where the claimant has its habitual residence, i.e. German procedural law under which a translation into Spanish is not required, is not the most efficient in comparison to the law of the country of the habitual residence of the notified party, i.e. Spain, where the judicial document is delivered.²⁵ This is considered the most efficient and cheapest cost avoider. The efficiency is calculated in a holistic manner considering the procedural law that distributes the global costs of conflict in a balanced way and the law that implies lower overall cost for the parties.²⁶ The costs incurred in waiting for the Spanish appellant to notify the Court of Stuttgart of its refusal to accept the judicial notification in German within the one-week period may have several consequences. The period set out by German procedural laws to answer the claim may be halted and the delay may cause further delays and additional costs in respect of the judicial proceedings carried out by the Court of Stuttgart.

22. According to Article 11(2) (Costs of service) of Regulation 1393/2007, “the applicant shall pay or reimburse the costs occasioned by [sic] (b) the use of a particular method of service”. The date of service under Article 9(1) is “the date on which it is served in accordance with the law of the Member State addressed”. Furthermore, Article 9(2) of the Regulation stipulates that “where according to the law of a Member State a document has to be served within a particular period, the date to be taken into account with respect to the applicant shall be that determined by the law of that Member State”.

V. The legal grounds of the decision and final remarks

23. The Spanish judge has raised awareness about the existing controversy regarding the translation of judicial and extrajudicial documents into the official language of the country where the notification is made. The court provides as an example the doctrine set out in the judgment of 19 December 2012 of the Spanish Provincial Court of Alicante²⁷ that follows the *Michael Weiss* case where the translation of the judicial documents, notified by mail under Article 14 of Regulation 1393/2007, did not fall within

²² M. KLAUSNER, “Corporations, corporate law, and networks of contracts.” *Virginia Law Review*, vol. 81, 1995, No 3, pp. 757-852, at p. 785; S. VOGENAUER, “Regulatory competition through choice of contract law and choice of forum in Europe: theory and evidence”, in Horst Eidenmüller (ed.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution*, Verlag C.H. Beck and Hart Publishing, 2013, pp. 227-286, at p. 235; G. RÜHL, “Wettbewerb der Rechtsordnungen im Vertragsrecht - Wunsch oder Wirklichkeit?”, in U. EHRLICH, W. KAAL, M. SCHMIDT and A. SCHWARTZE (eds.), *Festschrift für Christian Kirchner*, Mohr Siebeck, 2014, pp. 975-994, at p. 978.

²³ D. BUREAU and H. MUIR WATT, *Droit international privé*, 2nd ed., Puf, vol. 1, 2010, p. 532; M.-P. WELLER, “Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht: Abschied von der” klassischen, IPR-Dogmatik?”, *IPRax: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, vol. 31, 2011, No 5, pp. 429-437, at p. 433; *Vid ad ex*, H.-B. SCHÄFER and K. LANTERMANN, “Choice of law from an economic perspective”, in Jürgen Basedow and Toshiyuki Kono (eds.), *An economic analysis of private international law*, Mohr Siebeck, 2006, pp. 87-120, at p. 188; in P. MANKOWSKI, “Article 3”, in U. MAGNUS and P. MANKOWSKI, *Rome I Regulation - Commentary, European Commentaries on Private International Law (ECPIL)*, Otto Schmidt, 2017, pp. 120-121.

²⁴ J. CARRASCOA GONZÁLEZ, *Conflicto de leyes y teoría económica*, Colex, 2011, pp. 226-229.

²⁵ *Ibid.* pp. 230.

²⁶ J. ECHEBARRIA FERNÁNDEZ, “Jurisdiction and applicable law to contracts for the sale of goods and the provision of services including the carriage of goods by sea and other means of transport in the European Union = Jurisdicción y derecho aplicable a los contratos de compraventa de mercaderías y de prestación de servicios incluyendo el transporte de mercancías por vía marítima y otros medios de transporte en la Unión Europea”, *CDT*, Vol. 11, No 2, 2019, pp. 58-84, at pp. 78-81.

²⁷ ECLI: ES:APA:2012:4075.

the requirements set out in Article 8 of Regulation 1393/2007 and thus was not considered essential by the CJEU. Contrariwise, the Spanish court agrees with the CJEU's *Andrew Marcus Henderson v Novo Banco SA* case on this occasion and with the requirement of translation of judicial and extrajudicial documents delivered to the addressee by mail. Moreover, the Spanish court stresses that the addressee must be informed of the possibility of rejection of the notification not written in Spanish in the current case.²⁸

24. The current case offers an example of the gaps in Regulation 1393/2007 that should be filled by the CJEU or any new Regulation that supersedes it. The European legislator should consider that the judicial authorities of an EU Member State have no discretion to oblige a judicial authority to comply with the requirement to translate an essential judicial or extrajudicial document to guarantee the right to a fair process for the addressee. The appellant in the current judgment issued by the Provincial Court of Barcelona cannot oppose the German proceedings by relying on the Spanish judge to make the German judge comply with the requirements set out in Regulation 1393/2007. In the opinion of this author, the sound administration of justice is the principle that should guide the European legislator to make the necessary legal changes to the Regulation in order to comply with the prevailing view expressed by the CJEU in its recent judgments. The appellant's right to a proper defence should be respected by resorting in the appropriate mechanisms to receive the judicial notification in one of the official languages accepted in Spain or in a language that the party understands.

²⁸ A-L. CALVO CARAVACA and J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (note 10), pp. 525-572.

PLURALIDAD DE RECLAMACIONES EN ACCIDENTES
DE TRÁFICO TRANSFRONTERIZOS. COMENTARIO A LA
SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID
(SECCIÓN 20ª) DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2019

PLURALITY OF CLAIMS IN CROSS-BORDER TRAFFIC
ACCIDENTS.COMMENTARY TO THE JUDGMENT
OF COURT OF APPEAL OF MADRID (SECTION 20TH)
OF 30 SEPTEMBER OF 2019

ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ*

Profesor titular de Derecho Internacional Privado (acreditado a catedrático)
Universidad de Oviedo

ORCID ID: 0000-0002-6241-6402

Recibido: 17.03.2010 / Aceptado: 03.04.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5646>

Resumen: la Sentencia concluye con acierto la aplicación de la ley española a las acciones ejercitadas. Quizá hubiera sido posible una argumentación más exhaustiva para constatar que en el caso concurren dos tipos de acciones muy distintas. Por un lado, la acción directa del perjudicado, cuya regulación en el artículo 9 del Convenio de La Haya de 1971 apenas tiene protagonismo. Por otro, una acción subrogatoria de la aseguradora, excluida del Convenio y en la que reaparece una igualdad de armas procesales entre aseguradoras, y desaparece un principio de protección al perjudicado como parte procesalmente más débil. Además, la Sentencia es un buen ejemplo para exponer algunos de los problemas estructurales que plantea el Convenio de La Haya de 1971. La aplicación de la ley del lugar del accidente queda desplazada por la ley de la matrícula de los vehículos, siempre que todos los vehículos implicados estén matriculados en un mismo Estado. Y es precisamente este concepto de implicación el más dudoso en el Convenio.

Palabras clave: accidentes de tráfico transfronterizos, acción directa del perjudicado, acción subrogatoria de la aseguradora, Ley del lugar del accidente, Ley de la matrícula del vehículo.

Abstract: the Judgment correctly concludes the application of Spanish law to the claims brought by the claimants. Perhaps a more exhaustive argument would have been possible in order to verify that in the case there are two very different kinds of claims. On the one hand, the direct claim of the injured person, whose rules in Article 9 of the Hague Convention of 1971 has a little role. On the other hand, a subrogation action by the insurer, excluded from the Convention and in which an equality of procedural arms between insurers reappears, and a principle of protection for the injured party as a weaker party disappears. Furthermore, the Judgment is a good example to expose some of the structural problems posed

*Miembro del Grupo de Investigación Consolidado de Derecho Europeo de la Universidad de Oviedo(EURODER-UNIO-VI-IDI/2018/000187). El presente trabajo se adscribe al Proyecto de I+D DER2017-86017-R, “Obstáculos a la movilidad de personas en los nuevos escenarios de la UE”, concedido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, en los términos del artículo 37 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (BOE nº 131, 2-VI-2011).

by the Hague Convention of 1971. The application of the law of the place of the accident is displaced by the law of vehicle registration, provided that all vehicles involved are registered in the same State. Precisely this concept of implication is the most doubtful in the Convention.

Keywords: Cross-border traffic accidents.-Direct claim of the injured person.-Claim by subrogation of the insurer.-Law of the place of the accident-Law of registration of the vehicle.

Sumario: I. Planteamiento. II. Pluralidad de acciones en una litis internacional heterogénea:

1. La acción directa en un litigio mixto. 2. La acción subrogatoria en un litigio mixto. III. Pluralidad de vehículos matriculados en distintos Estados: 1. La implicación de vehículos matriculados en distintos Estados. 2. Noción procesal de implicación de vehículos. 3. Noción fáctica de implicación de vehículos. 4. ¿Una noción mixta? IV. Valoración.

I. Planteamiento

1. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20ª) de 30 de septiembre de 2019¹ se ejercitan dos tipos de acciones: la acción directa por parte del propietario del vehículo y sus pasajeros ocupantes, y la acción subrogatoria por parte de la compañía aseguradora. El vehículo siniestrado tiene matrícula en España, al igual que tiene domicilio en España la compañía aseguradora subrogante. Se reclama a las aseguradoras, también domiciliadas en España, de dos vehículos con matrícula española. En contraste, los elementos extranjeros son básicamente dos: el lugar donde se produce el accidente, Francia; y la implicación fáctica de dos vehículos de matrícula francesa, a cuyos responsables o aseguradoras no se les ha reclamado nada judicialmente, ni tampoco figuran como perjudicados.

2. La Sentencia se centra principalmente en cuestiones de ley aplicable. En este sentido, la Audiencia Provincial acierta al destacar la primacía del Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971, sobre ley aplicable a los accidentes de circulación, respecto del Reglamento (CE) nº 864/2007 (“Roma II”). Frente a la primacía genérica del Derecho de la UE, se recurre a la conocida compatibilidad con convenios anteriores al Reglamento en materias específicas de obligaciones extracontractuales, como es el caso que nos ocupa². No queda muy claro en el caso si el recurrente invoca el Reglamento “Roma II” o no, pero sería un planteamiento equivocado.

Sea como fuere, convendría dar un paso más y que los tribunales tomen conciencia de las relaciones “ocultas” entre el Convenio de La Haya y el Reglamento “Roma II”, y lo que se podría denominar cierta “complementariedad *de facto*” entre los distintos instrumentos. El Convenio tiene aplicación prioritaria al Reglamento “Roma II”, pero este completa todos los aspectos sobre los que el Convenio no dispone nada. Entre esos aspectos no regulados por el Convenio y sí por el Reglamento, cabría apuntar la posible aplicación de las leyes de policía del foro en los términos del Reglamento “Roma II”. Pero, quizá, el aspecto más destacado en el que puede haber un juego supletorio del Reglamento “Roma II” es el de la validez de la elección de ley por los interesados³. Para desarrollar esta idea de complementariedad, conviene referirse al Informe explicativo del Convenio⁴. Este señala que su silencio sobre la elección de ley no significa que la prohíba, sino que remite tal cuestión a las normas del Estado del foro⁵. Así pues, si el Estado del foro es un Estado miembro de la UE, como es el caso de España, admitirá la autonomía de la voluntad por efecto del Reglamento “Roma II”.

¹ ECLI: ES:APM:2019:11054.

² Artículo 28 del Reglamento.

³ Vid. A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Accidentes de circulación por carretera: del Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 al Reglamento (CE) número 864/2007 (Roma II)”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 505-532, pp. 512-515.

⁴ Vid. el Informe explicativo al Convenio de La Haya de 1971 de E. W. ESSÉN, *Actas y Documentos de la XI Sesión de la Conferencia de La Haya*, t. III, 1968 (también disponible en <http://www.hcch.net>), pp. 7-8.

⁵ De la misma opinión, H. HOYER, “Haager Straßenverkehrsübereinkommen und Rechtswahl der Parteien”, *ZfRV*, vol. 32, 1991, pp. 341-348, esp. p. 347.

En cualquier caso, tómese esta relación de complementariedad como una consideración previa y general, pues en el supuesto no consta ningún atisbo de elección de ley. Al contrario, consta una discrepancia sobre dicha ley aplicable.

3. Confirmada la aplicación del Convenio de La Haya, la Audiencia asume que la prescripción de la acción, aspecto verdaderamente debatido en la resolución, es una cuestión de fondo que debe regirse por la ley aplicable a la responsabilidad por daños. Así se establece en el artículo 8 del Convenio, que se refiere a la ley de fondo para regir *“las prescripciones y caducidades por expiración de un plazo, con inclusión del comienzo, la interrupción y la suspensión de los plazos”*. Añade la Sentencia una crítica a lo que denomina el “espigueo normativo”, según el cual el demandante busca *“aplicar de forma indistinta la legislación española o la francesa según sea más o menos beneficiosa para la parte demandante”*. Debe coincidir en la improcedencia de esta práctica. La ley rectora de fondo será una sola y no cabrá un *depeçage* de esta o fraccionamiento de la ley aplicable en función de las cuestiones afectadas. No hay base legal alguna para permitir este fraccionamiento en el Convenio de La Haya. Es más, la hay para lo contrario, para afirmar la unidad de la ley aplicable para todas las cuestiones que el Convenio considera el “alcance de la ley aplicable”⁶.

4. Expuesta la litis, dos elementos dan a la Sentencia un valor especial: la pluralidad de acciones ejercitadas y la pluralidad de vehículos implicados.

II. Pluralidad de acciones en una litis internacional heterogénea

1. La acción directa en un litigio mixto

5. En un caso como el presente, la competencia de los tribunales españoles es clara. De hecho, no es motivo alegado en el recurso. Merece, no obstante, un mínimo comentario por el ejercicio de dos tipos de acciones: la directa y la subrogatoria. La acción directa es ejercitada por las víctimas frente a las aseguradoras, que tienen, a todos los efectos, domicilio en la UE. Precisamente por esta razón resulta de aplicación el Reglamento (UE) n° 1215/2012 (“Bruselas I.bis”) y, en particular, su sección sobre contratos de seguros. De acuerdo con estas normas, los tribunales españoles son competentes por el domicilio del demandado.

6. Como matices, merecen unas mínimas reflexiones el solapamiento de foros, la competencia interna y los problemas de un litisconsorcio pasivo. Comenzando por el solapamiento de foros, debe repararse en que no solo está en España el domicilio de los demandados, sino que también parece que está el domicilio de los demandantes, lo cual de por sí es otra regla de competencia⁷. Ante tal solapamiento, debe hacerse primar la regla de competencia basada en el domicilio del demandado. No solo porque es la norma general, sino, porque, literalmente, el artículo 11 se refiere al domicilio del demandante cuando permite presentar la demanda *“en otro Estado miembro”*, es decir, en un Estado miembro distinto al del domicilio de los demandados.

La duda sobre si la base legal de competencia es el domicilio del demandado o el domicilio de los demandantes es importante en la práctica. La primera solo establece la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, pero no la competencia interna, que deberá determinarse por la Ley de Enjuiciamiento Civil. La segunda establece tanto la competencia internacional como la competencia interna.

⁶ Como cuestión absolutamente menor, quizá convendría destacar que este espigueo no es tanto aplicar de “forma indistinta” una ley u otra, como señala la Sentencia. En efecto, la práctica de aplicar de “forma indistinta” varias leyes se ha utilizado en alguna ocasión para corroborar que la ley del foro, la ley española, llega al mismo resultado que la ley de fondo, la cual no ha sido suficientemente probada. Al contrario, en el caso analizado y que la Sentencia bautiza como un “espigueo” la aplicación de una u otra ley es cualitativamente distinta, porque los resultados a los efectos de entender la existencia o no de prescripción varían notablemente.

⁷ Artículos 11 y 13 del Reglamento “Bruselas I.bis” en una cuestión que, en su día, generó polémica sobre si el perjudicado podía demandar en su propio domicilio.

7. Enlaza lo expuesto con una segunda cuestión de interés, la competencia para un litisconsorcio pasivo, pues no se olvide que se demanda a dos aseguradoras de dos vehículos distintos. De nuevo aquí debe distinguirse entre competencia internacional e interna. En el Reglamento “Bruselas I.bis”, no se contempla el foro del litisconsorcio pasivo en materia de seguros, a diferencia de lo que ocurre en otras relaciones contractuales asimétricas, básicamente, la de trabajadores⁸. Ello significa que el demandante no puede valerse del tribunal del domicilio de cualquiera de los codemandados, aún cuando es patente la relación entre las reclamaciones contra las aseguradoras, al tratarse de un mismo accidente donde se vieron envueltos al menos tres vehículos.

Pero la solución es distinta en el ámbito de la competencia interna. Afirmada la competencia internacional de los tribunales españoles para los dos demandados, así como la remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil para concretar la competencia territorial, no parece que haya ningún problema en aplicar los fueros de la ley interna sobre litisconsorcios⁹. Se respeta la normativa del Reglamento “Bruselas I.bis”, pues no se crea un foro de competencia internacional. Solo se aprovecha la coincidencia de que las dos aseguradoras demandadas, individualmente consideradas, pueden ser requeridas ante los tribunales españoles.

8. En cualquiera de los casos, y entrando ya en cuestiones de ley aplicable, en la argumentación de la Sentencia se echa en falta una alusión al régimen de ley aplicable de la acción directa contra la aseguradora, previsto en el artículo 9 del Convenio de La Haya. Este dispone que las “*personas perjudicadas tendrán derecho a actuar directamente contra el asegurador del responsable*” cuando lo disponga la ley de la matrícula aplicable al caso. Si esta ley “*no reconociera este derecho*”, también podrá ser ejercido si está reconocido por la ley del lugar del accidente. A falta de previsión por este segundo ordenamiento, el derecho de acción directa asistirá al perjudicado si lo prevé la ley del contrato del seguro.

La dicción literal no es menor en el caso, porque, precisamente, parece que el demandante tiene derecho a la acción directa conforme a la ley española por no haber prescrito, mientras que, según el demandado, no tiene ese derecho conforme a la ley francesa por haber prescrito. La ley española sería aplicable como ley de la matrícula (conexión 1) y como ley del contrato de seguro (conexión 3); la francesa, como ley del accidente (conexión 2)¹⁰.

9. En este contexto, y de una forma no muy clara, parece que los demandados invocan la ley francesa (conexión 2) para entender que la acción está prescrita. Este proceder no es sostenible por dos razones. La primera, que la ley española era aplicable a título de ley de la matrícula (conexión 1), sin perjuicio de que no sea una cuestión sencilla como se verá más adelante. Baste ahora señalar que todos los vehículos afectados por el proceso tienen su matrícula en España, de forma que la ley de la matrícula se presenta como una excepción a la aplicación de la ley del lugar del accidente (conexión 2).

Pero, hay, a mayor abundamiento, una segunda razón para entender improcedente la invocación de la ley francesa. El afán de los demandados de demostrar que no debe aplicarse la conexión 1, la ley de la matrícula, sino la conexión 2, la ley del accidente, no debe ocultar que también podría jugar la conexión 3, la ley del contrato. El paso de una conexión a otra debe hacerse en concreto en función de las circunstancias del caso. No basta con comprobar que la acción está genéricamente prevista en un ordenamiento, por ejemplo, en el ordenamiento francés¹¹, sino de demostrar que es viable en el caso concreto, por ejem-

⁸ Artículo 20 que remite al artículo 8 cuando el trabajador pretenda demandar a dos o más empresarios.

⁹ Artículo 53 de la Ley Enjuiciamiento Civil.

¹⁰ Sobre esta cuestión, RAÚL LAFUENTE SÁNCHEZ, “Plazos de prescripción y normas internacionalmente imperativas en el ámbito de la ley aplicable a las acciones derivadas de accidentes de tráfico transfronterizos”, *La Ley Unión Europea*, nº 69, abril 2019, pp. 1-19, si bien en referencia al Reglamento “Roma II” y a la posible consideración de estas cuestiones como leyes de policía del foro.

¹¹ En esta valoración general, se trata de constatar que la acción directa está prevista en un ordenamiento, al margen de que no sea viable en el caso concreto. Esta interpretación se basaría en que el artículo 9 sobre acción directa regula aspectos procesales de esta acción, pero no cuestiones sustantivas de responsabilidad y, recuérdese, que la prescripción y la caducidad se consideran cuestiones de fondo.

plo, por no haber prescrito o caducado¹². En este contexto, la dicción literal del Convenio relativa a “*tener derecho*” podría entenderse como una garantía individual, un derecho subjetivo para el demandante en función del caso concreto¹³. Máxime cuando luego se refiere a los casos en los que “*no se reconociera este derecho*”. De nada parece servir un reconocimiento genérico de la acción directa en la ley francesa, si luego el perjudicado no tiene en el caso concreto ese derecho¹⁴. Así pues, si la acción está prescrita en la ley 1, cabe invocar la ley 2; pero, si la acción está prescrita en la ley 2, cabe invocar la ley 3.

Esto significa que, dispusiera lo que dispusiera la ley francesa (conexión 2) y se concluya lo que se concluya respecto de si es aplicable la ley de la matrícula (conexión 1), la ley española reaparecería como ley rectora del contrato de seguro. Si esta ley da derecho a la acción directa sin que haya prescrito, esta parece incuestionable. No cabe duda de que el contrato de seguro de los vehículos responsables, con matrícula y estacionamiento habitual en España, se va a regir por la ley española, en tanto que trate de cubrir la obligación de aseguramiento por circulación de vehículos en España¹⁵.

2. La acción subrogatoria en un litigio mixto

10. Las entidades prestadoras de cobertura pueden dirigirse contra los responsables del siniestro y contra las aseguradoras que eventualmente cubran sus actividades¹⁶. Esto es precisamente lo que ocurre en el caso.

En el ámbito procesal, el ejercicio de una acción por subrogación no plantea mayores problemas si la demanda se presenta ante los tribunales del domicilio del demandado¹⁷. Aparte de este foro general, no se pueden invocar los foros relativos a seguros. Se considera que los foros en materia de seguro están configurados para una parte *intuitu personae* con una posición jurídica y económica más débil, que no se cumple cuando actúa la aseguradora por subrogación¹⁸. En cambio, cuando, como ocurre en el caso, la aseguradora se ha subrogado en una obligación no contractual, cabrá utilizar los foros propios a esta y, en particular, el lugar del accidente. Otros lugares donde se observan pérdidas patrimoniales de la aseguradora no pueden considerarse foros atributivos de competencia. Así, el lugar donde se produjo el pago de la indemnización no muestran una conexión relevante.

11. Por lo que respecta a la ley aplicable a las acciones subrogatorias, estas, en principio, quedan excluidas del Convenio de La Haya de 1971¹⁹. Si la aseguradora se subroga en una relación no contractual del asegurado, se aplicará el Reglamento “Roma II”²⁰. La ley rectora de la obligación de reparación

¹² Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, “El régimen de las acciones directas en el Reglamento de Roma II”, *AEDIPr.*, t. VII, 2007, pp. 287-313, p. 293. En la jurisprudencia comparada, vid. la Sentencia del Juez de Distrito de Lucerna de 9 de junio de 1999, *SwissLex*, núm. 1501, 1999.

¹³ Vid., en este sentido, la Sentencia de la Corte de Casación francesa de 2 de octubre de 1984, *Bulletin*, núm. 244, 1984-I.

¹⁴ Vid. A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Cobertura de daños causados en accidentes de circulación por carretera de ámbito internacional”, *AEDIPr.*, t. IV, 2004, pp. 1078-1083, esp. p. 1083; P. JIMÉNEZ BLANCO, *loc. cit.*, p. 289, nota 19.

¹⁵ Artículo 7.4 del Reglamento “Roma I”. La clara aplicación de la ley española a los plazos de prescripción hace innecesario recurrir a un tercer argumento, que podría tener cierta importancia en otros casos. Este no sería otro que la posibilidad o no de considerar los plazos de prescripción una ley de policía del foro por su importancia esencial, de forma que fueran aplicables dispusiera lo que dispusiera la ley de fondo. En referencia al Reglamento “Roma II”, vid. STJUE de 31 de enero de 2019, *Agostinho da Silva Martins*, asunto C149/18, ECLI:EU:C:2019:84, y, al respecto, R. LAFUENTE SÁNCHEZ, *loc. cit.*

¹⁶ En la práctica, la SAP de Madrid de 10 de abril de 2000, *AEDIPr.*, t. II, 2002, pp. 1035-1036, aunque anterior a la normativa vigente.

¹⁷ Artículos 4 del Reglamento “Bruselas I.bis” y del Convenio de Lugano.

¹⁸ Vid., STJCE de 17 de septiembre de 2009, asunto C-347/08, *Vorarlberger*, ECLI:EU:C:2009:561. En otros ámbitos, la Sentencia de 15 de febrero de 2004, asunto C-265/02, *Frahuil c. Assitalia*, ECLI:EU:C:2004:77.

¹⁹ Vid. P. BOUREL, “Responsabilité civile”, *Rép. Int. Dalloz*, 1998, §§ 1-165, § 140; G. BEITZKE, “Die 11. Haager Konferenz und das Kollisionsrecht der Strassenverkehrsunfälle”, *RabelsZ.*, vol. 33, 1969, pp. 204-234, esp. pp. 217-218; A. Junker, “Das Internationale Privatrecht der Strassenverkehrsunfälle nach der Rom II-Verordnung”, *J.Z.*, vol. 63, 2008, pp. 169-178, p. 177; C. S. Armstrong, “The Hague Convention on the Law Applicable to Traffic Accidents: Search for Uniformity Amidst Doctrinal Diversity”, *Col. J. Transnat'l. L.*, vol. 11, 1972, pp. 74-103, p. 78.

²⁰ Vid. P. BLANCO-MORALES LIMONES, *El seguro español en el Derecho internacional privado*, Madrid, Caser, 1989, pp. 421-422.

del daño determina el objeto de la subrogación, es decir, qué, cuánto y cómo se puede exigir al responsable²¹. Por su parte, la ley rectora del contrato de seguro determina si la aseguradora se puede subrogar y con qué alcance²².

III. Pluralidad de vehículos matriculados en distintos Estados

1. La implicación de vehículos matriculados en distintos Estados

12. La aplicación del citado Convenio de La Haya de 1971 puede entenderse correcta. Concurren los requisitos para aplicar la ley española, como ley de la matrícula de los vehículos afectados por el proceso. Todos los vehículos afectados por el proceso están matriculados en España; todos, además, parecen mostrar un vínculo real y efectivo entre la matrícula formal y el Estado de matriculación. Por lo menos no existen indicios para entender que el Estado de la matrícula no se corresponde con el de residencia habitual de, al menos, el propietario, el poseedor o el conductor.

De todo ello resulta que la ley española, como ley de la matrícula, tiene preferencia, como excepción, respecto de la regla general, la ley francesa como ley del lugar del accidente²³. Se trata de una argumentación correcta de la Sentencia a la que poco o nada hay que reprochar.

No obstante, hay un aspecto que debería llamar la atención en el caso: la eventual presencia de vehículos de matrícula francesa en el siniestro. En efecto, de acuerdo con el artículo 4.b) del Convenio, si “*estuvieran implicados varios vehículos*”, solo se aplica la ley de la matrícula si “*todos los vehículos estuvieran matriculados en el mismo Estado*”. Aplicado al caso, la ley española como ley de la matrícula dejaría de aplicarse en favor de la ley francesa del lugar del accidente, y no todos tuvieron el mismo Estado de matriculación. ¿Por qué, entonces, en la presente Sentencia no se tiene en cuenta la presencia de varios vehículos de matrícula francesa? En las próximas líneas se tratará de contestar a esta pregunta, sin ánimo de criticar a una Sentencia que resuelve el caso con suficiente solvencia.

2. Noción procesal de implicación de vehículos

13. La respuesta a la implicación de varios vehículos con matrícula de distinto Estado no es sencilla y no debe imputarse a la Sentencia un problema que es estructural al Convenio, como es la falta de definición de qué se entiende por “vehículos implicados”.

Podría entenderse, en una primera lectura, que se trata de un concepto de “implicación procesal”, es decir, en el caso: los vehículos franceses estarían implicados si los responsables o sus aseguradoras tienen alguna posición procesal en el litigio. Estaríamos ante supuestos en los que los responsables o aseguradoras de los vehículos franceses aparecen como demandados en el litigio. También debería entenderse que existe una implicación procesal si estos responsables no son inicialmente demandados, pero sí son llamados al proceso a modo de intervención de terceros por su responsabilidad. Las ventajas de este modelo pasan básicamente por la fácil interpretación del concepto de implicación, pues bastará la constatación de las partes en el proceso para su correcta aplicación. Precisamente esta interpretación es la que asume la Sentencia y nada debe reprocharse. Nadie ha planteado incidencia alguna de los vehículos de matrícula francesa, por lo que es comprensible recurrir a la ley española de matrícula, por ser la de todos los vehículos con intereses en el proceso.

²¹ Vid. A. MALATESTA, “La legge applicabile agli incidente stradali nella proposta di Regolamento (CE) Roma II”, *Riv. dir. int. priv. proc.*, vol. XLII, 2006, pp. 47-66, p. 62; G. CAMPEIS y A. DE PAULI, *Il Diritto internazionale della circolazione stradale*, Milán, Giuffrè Ed., 1997, p. 399.

²² Vid. L. Schuermans y P. Lavrysen-van Eupen, “Les accidents de la circulation en droit international privé belge”, *Rev. dr. int. et dr. comp.*, t. LI, 1974, pp. 7-49, esp. p. 28.

²³ Artículo 3 del Convenio.

3. Noción fáctica de implicación de vehículos

14. La otra noción de implicación sería el de “implicación fáctica” de vehículos con matrícula de otro Estado. Ello significa que la intervención en el siniestro de estos vehículos ya desactivaría la aplicación de la ley de la matrícula. Su ventaja sería posiblemente una solución más propia de Derecho aplicable y sustantivo, sin depender de las estrategias procesales de las partes. Máxime cuando estas estrategias pueden ser variadas en función del número de demandantes, el número de demandados, el tipo de acciones conjunta o directa contra la aseguradora, y del número de Estados en los que se podría interponer la demanda. El principal inconveniente de esta “implicación fáctica” está relacionado con la falta de definición de qué se entiende por implicación y cuál puede ser su alcance. ¿Es la misma implicación la de un vehículo que se salta una señal de stop que la de un vehículo que simplemente evita la colisión con una maniobra y sufre un pequeño desperfecto en el vehículo? Se trata de una cuestión sobre la que el Convenio no se pronuncia.

En cualquier caso, la implicación fáctica de varios vehículos parece referirse tanto a los vehículos responsables como a los perjudicados. No se trata de exigir el mismo Estado de matrícula solo a los vehículos responsables, sino, también, a otros vehículos perjudicados. Y todo ello dejando al margen cuál sea la intensidad del daño sufrido o de la implicación en la responsabilidad. Llevado al caso, se desactivaría la ley española de la matrícula si los vehículos franceses han sufrido daños, aunque sean mínimos, o son potenciales responsables, aunque sean también en un grado leve.

4. ¿Una noción mixta?

15. Cabría, por último, una definición mixta de “implicación” que asuma postulados sustantivos y procesales. Se partiría de la implicación fáctica antes descrita, un mínimo daño o una mínima responsabilidad, pero esta implicación fáctica se constataría con la estrategia procesal presente. Si los demandantes piden el 100% de la responsabilidad a los responsables de los vehículos españoles, y estos no llaman al proceso a los responsables de los vehículos franceses, cabe presumir que no hay implicación fáctica. Podría entenderse que hay unos hechos admitidos, la exención de responsabilidad de los vehículos franceses. De nuevo, la conclusión de la Sentencia objeto de comentario podría encajarse en esta noción.

De todas formas esta noción mixta no solucionaría el problema de varios vehículos perjudicados de distinta matrícula, aún cuando haya consenso sobre qué vehículo puede ser el responsable.

16. Las dificultades del concepto de “implicación” se agravan todavía más si se genera en un escenario procesal de procesos pendientes en distintos Estados. Se trata de una hipótesis de estudio interesante, aunque no consta que haya sucedido en el caso. Pero, por utilizar este caso como ejemplo, no sería descartable que los eventuales perjudicados de los vehículos franceses presentaran una demanda en Francia contra los aquí demandados o, incluso, contra los ahora demandantes. En puridad, no habría identidad de partes entre los procesos, pues los perjudicados de los vehículos franceses no se encuentran personados en España. Se trataría, pues, de un caso de conexidad más que de litispendencia. Pero ello no obstaría la conveniencia de acumular ambos procesos, ya que los riesgos de soluciones incompatibles son notorios. Incompatibilidad jurídica, porque, a la constatación de que en España se está aplicando la ley española por la “implicación” procesal solo de vehículos españoles, se uniría la más que probable aplicación en Francia de la ley francesa, al estar implicados vehículos españoles y franceses. Pero, además de jurídica, cabría referirse a una incompatibilidad fáctica, porque la valoración de unos mismos hechos por dos tribunales podría ser contradictoria. En un proceso cabría entender responsable a uno de los vehículos mientras que, en el segundo proceso, podría considerarse responsable a otro de los vehículos.

A mi juicio, ante esta situación se originan dos consecuencias. Una procesal, de forma que se proceda a la acumulación ante el tribunal que conozca en primer lugar. Ese primer tribunal sería competente, bien por ser el del lugar del accidente, bien por ser el del domicilio de los demandados, si se asume la hipótesis de que los demandados seguirían siendo los responsables de los vehículos españoles.

En todo caso, no habría posibilidad de acumulación por falta de competencia en otros casos en los que los perjudicados demanden en su propio domicilio, distinto al de otros perjudicados.

La segunda consecuencia sería en la ley aplicable, y pasaría por entender que, si en Francia se abre un proceso en el que se personan los propietarios de los vehículos franceses, se constata la “implicación” de vehículos de matrículas de diferentes Estados. Por tanto, el juez español, advertida esta situación, debería resolver conforme a la ley francesa, como ley del lugar del accidente, al constatar vehículos implicados de distinta matrícula. Debería obviar la ley española de matriculación de alguno de los vehículos implicados.

IV. Valoración

17. La Sentencia concluye con acierto la aplicación de la ley española a las acciones ejercitadas. En su deber, quizá una argumentación más exhaustiva para constatar que en el caso concurren dos tipos de acciones muy distintas. Por un lado, la acción directa del perjudicado, cuya regulación en el artículo 9 del Convenio de La Haya de 1971 apenas tiene protagonismo. Por otro, una acción subrogatoria de la aseguradora, excluida del Convenio y en la que reaparece una igualdad de armas procesales entre aseguradoras, y desaparece un principio de protección al perjudicado como parte procesalmente más débil.

Además, la Sentencia es un buen ejemplo para exponer algunos de los problemas que plantea el Convenio de La Haya de 1971. La aplicación de la ley del lugar del accidente queda desplazada por la ley de la matrícula de los vehículos, siempre que todos los vehículos implicados estén matriculados en un mismo Estado. Y es precisamente este concepto de implicación el más dudoso en el Convenio. Falta una definición fáctica de implicación y una definición procesal, en función de las partes personadas en un proceso, tampoco omite el riesgo de que se abran procesos en otros Estados.

Todo ello es una muestra más de que el Convenio de La Haya de 1971 no ha soportado bien el paso del tiempo y que va siendo hora de valorar su denuncia por parte de los Estados miembros de la UE que lo aplican. Ello nos situaría en un nuevo escenario de aplicación del Reglamento “Roma II” sobre ley aplicable a las obligaciones no contractuales. Aunque también es cierto que este Reglamento tampoco ha prestado especial atención a la pluralidad de implicados en un accidente y, en particular, si la búsqueda de una ley más estrechamente vinculada debe hacerse en términos individuales de cada perjudicado o en términos globales para todos los responsables y perjudicados implicados.

DOCUMENTACIÓN A PRESENTAR Y EXEQUÁTUR
DE SENTENCIA EXTRANJERA DE DIVORCIO: COMENTARIO
AL AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA,
DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2019

REQUIRED DOCUMENTS AND RECOGNITION AND
ENFORCEMENT OF FOREIGN DIVORCE JUDGEMENT:
COMMENTARY TO THE JUDICIAL DECREE OF THE
PROVINCIAL COURT OF BARCELONA, OF NOVEMBER 20, 2019

ENRIQUE FERNÁNDEZ MASÍ

Profesor Titular de Derecho Internacional Privado

Universidad de Castilla-La Mancha

ORCID ID: 0000-0002-2062-967X

Recibido: 20.01.2020 / Aceptado: 27.03.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5647>

Resumen: El presente comentario analiza el auto dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona en relación con los documentos que son necesarios presentar junto con la demanda de exequátur de una sentencia argentina de divorcio, para que sea admitida a trámite de acuerdo con lo previsto en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil.

Palabras clave: reconocimiento, exequátur, documentos necesarios, cooperación judicial internacional en materia civil.

Abstract: This paper analyzes the Judicial Decree of the Provincial Court of Barcelona about the required documents that have to file along the claim of recognition and enforcement of a divorce judgment obtained in Argentina, as provided for the Spanish Act on International Judicial Cooperation in Civil Matters.

Keywords: recognition, exequatur proceedings, required documents- international judicial, cooperation in civil matters.

Sumario: I Introducción. II. Los hechos que dan lugar al recurso ante la Audiencia Provincial de Barcelona. III. Estimación del recurso de apelación y valoración de la admisión a trámite de la demanda de exequátur de la sentencia argentina de divorcio.

I. Introducción

1. El objeto del presente comentario es el Auto dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Dieciocho, el 20 de noviembre de 2019 (en adelante, AAP de Barcelona)¹, por el cual se estima el recurso de apelación interpuesto contra el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción

¹ ECLI:ES:APB:2019:9452A.

número 6 de Sant Boi de Llobregat, de 13 de mayo de 2019 (en adelante AJPI de Sant Boi de Llobregat), mediante el cual se había acordado la inadmisión de la demanda de exequátur de una sentencia de divorcio pronunciada por los tribunales argentinos, por no cumplirse los requisitos documentales previstos por la Ley de Cooperación Judicial Internacional en Materia Civil (en adelante LCJIMC)². Como puede fácilmente comprobarse se trata de un tema de especial relevancia en la práctica pues es, sin duda, uno de los que mayores quebraderos de cabeza supone para los abogados cuando en nombre de su cliente y representado, buscan dotar de eficacia a las resoluciones extranjeras de divorcio en nuestro país.

2. El sector del reconocimiento y ejecución de las decisiones extranjeras es un sector del Derecho Internacional Privado (en adelante DIPr), que en los últimos años está sufriendo enormes cambios y novedades en España. La modernización de nuestro sistema no sólo ha venido dada por la frenética actividad de las instituciones europeas a la hora de desarrollar sus competencias en el ámbito del DIPr, sino también por la esperada modernización, después de mucho tiempo, del régimen estatal de reconocimiento y ejecución mediante la adopción de la LCJIMC en 2015, que ha venido a sustituir a la antigua regulación contemplada en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881³.

3. Hoy en día, las sentencias extranjeras de divorcio pueden obtener el reconocimiento en nuestro país a través de distintos instrumentos legales⁴. Por ello, una primera cuestión práctica de gran importancia consiste en identificar el régimen jurídico aplicable a una concreta sentencia extranjera en esta materia. Y ello porque dependiendo del mismo, existen diferencias muy relevantes en relación con los mecanismos posibles para hacer efectiva dicha resolución, los motivos de rechazo, la autoridad competente, el procedimiento a seguir y, por lo que atañe a la cuestión concreta de este comentario, la documentación a presentar.

4. Para la correcta delimitación del régimen jurídico aplicable hay que tomar en consideración la procedencia u origen de la concreta sentencia de divorcio⁵. Así, en primer lugar, y con primacía, hemos de tomar en consideración el régimen europeo. A las resoluciones dictadas por las autoridades públicas de los Estados miembros de la Unión Europea –excepto Dinamarca– que declaran el divorcio, es aplicable actualmente el Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003 (Reglamento Bruselas II-bis)⁶. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que muy recientemente, el 2 de julio de 2019 se ha publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea (número L 178), un nuevo texto legislativo, que vendrá a sustituir a aquel. Es el Reglamento 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre sustracción internacional de menores, que es conocido ya comúnmente como Reglamento Bruselas II ter o Bruselas II bis versión refundida (recast) y, que entrará en vigor, con carácter general, el 1 de agosto de 2022⁷.

5. Descartado este régimen jurídico como aplicable al procedimiento concreto en este caso, ya que la resolución ha sido emitida por parte de las autoridades judiciales de un tercer Estado, tendríamos que tomar en consideración la red de convenios internacionales bilaterales de los que España es Estado parte en esta materia. Y aquí hay que señalar, lógicamente, que tras la adopción del Reglamento Bruselas

² BOE, núm. 182, de 31 de julio de 2015.

³ A este respecto, puede consultarse, A. RODRIGUEZ BENOT, “La Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n.º.1, vol.8, 2016, pp.234-259; F. GASTÓN INCHAUSTI, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n.º.2, Vol.7, 2015, pp.158-187.

⁴ Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Derecho internacional privado*, Vol.II, 18 ed., Comares, Granada, 2018, pp.296-306.

⁵ C. ESPLUGUES MOTA, J.L. IGLESIAS BUHIGUES Y G. PALAO MORENO, *Derecho internacional privado*, 13 ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p.495.

⁶ J.I. PAREDES PEREZ, “El sistema europeo de reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de Derecho de familia: crisis matrimoniales y pronunciamientos vinculados”, *La Ley Derecho de familia*, n.º.17, enero-marzo, 2018, p.3.

⁷ Vid. A. BORRAS RODRIGUEZ, “Bruselas II, Bruselas II bis, Bruselas ter...”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, n.º.38, 2019.

2201/2003, los convenios bilaterales con Francia, Italia, Austria, Alemania, Checoslovaquia (para República Checa y Eslovaquia) y Bulgaria ya no serían aplicables. Sin embargo, quedan activos en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales sobre divorcio, los convenios bilaterales con terceros Estados que si incluyen esta cuestión dentro de su ámbito de aplicación material. A saber, los convenios con Suiza, Colombia, China, Rusia –Convenio con la antigua URSS–, Marruecos, Túnez, Argelia y Mauritania.

6. Dado que la sentencia objeto de la solicitud de reconocimiento ante nuestros tribunales ha sido dictada por parte de los tribunales argentinos, y no existe convenio bilateral aplicable en este supuesto, ha de recurrirse a la aplicación del régimen estatal contemplado en la LCJIMC (artículos 41 a 61). A pesar del carácter subsidiario de este régimen, sin embargo, se ha de subrayar que el mismo en la práctica adquiere una gran importancia, no sólo en relación con la cuestión que nos ocupa, pues se refiere a cualquier materia litigiosa civil y mercantil, a salvo de la legislación sectorial específica, sino porque cubre una muy extensa lista de posibles supuestos fácticos, “...*habida cuenta que en los tratados y reglamentos de la Unión Europea rige el principio de reciprocidad, de forma que sólo son aplicables respecto a resoluciones judiciales originarias de Estados parte en dichos instrumentos y relativas a materias cubiertas por los mismos*”⁸.

7. Identificado el régimen jurídico aplicable en este concreto caso, en las próximas páginas se analizará, en primer lugar, los elementos fácticos que dieron lugar tanto al AJPI de Sant Boi de Llobregat que no admitió a trámite la demanda de exequátur como al correspondiente recurso de apelación resuelto de forma favorable mediante el AAP de Barcelona. En segundo lugar, se valorarán los elementos jurídicos que han sido analizados en el auto objeto del presente comentario, especialmente los referidos a la documentación a presentar junto con la demanda de exequátur y que están previstos en la LCJIMC.

II. Los hechos que dan lugar al recurso ante la Audiencia Provincial de Barcelona

8. Los hechos que motivan la resolución objeto de comentario son los siguientes: el procedimiento se inició mediante la presentación ante el Juzgado de Primera Instancia de Sant Boi de Llobregat de una demanda de exequátur de una sentencia de divorcio pronunciada por el Juzgado de Familia número 4 del Departamento Judicial de Mar de Plata, Provincia de Buenos Aires de la República Argentina. En el fallo de esta resolución se decretaba el divorcio vincular de los cónyuges por la causal prevista por el artículo 214.2 del Código civil argentino que se refiere a la separación de hecho sin voluntad de unirse por un lapso temporal de más de tres años. En el AJPI de Sant Boi de Llobregat se inadmite esta demanda de exequátur, argumentándose que no consta la firmeza y fuerza ejecutiva de la resolución extranjera, ni se ha aportado el original o copia auténtica de esta sentencia legalizada o apostillada, de conformidad con lo previsto en el artículo 54 de la LCJIMC, por lo que finalmente se acuerda archivar el procedimiento.

9. Ante este Auto de primera instancia, se interpone recurso de apelación, cuyas alegaciones se fundamentan por la parte recurrente en que se ha aportado la resolución extranjera apostillada por conducto telemático y con expresión de firmeza, no habiendo sido requerida a presentarla de manera original. Por ello se argumenta que se ha vulnerado por el auto recurrido, el artículo 24.1 de la Constitución española en su vertiente de acceso a la jurisdicción, solicitándose que se reconozca y se declare la ejecutoriedad en España de la sentencia de divorcio.

III. Estimación del recurso de apelación y valoración de la admisión a trámite de la demanda de exequátur de la sentencia argentina de divorcio

10. En la resolución en donde se admite el recurso de apelación se comienza señalando cuales son los documentos que de acuerdo con lo previsto en la LCJIMC deben acompañar la demanda de

⁸ Preámbulo de la LCJIMC.

exequátur. En principio, se declara que son esencialmente los mismos que los requeridos por la antigua ley procesal de 1881, enumerándose: “1) *original y copia auténtica, legalizada o apostillada de la resolución extranjera*, 2) *documento acreditativo de la firmeza, pudiendo constar la misma en la propia resolución, lo que supone una garantía legal a la hasta ahora facultad potestativa de los juzgados de solicitar en documento independiente dicha firmeza, so pena de no admitir a trámite el exequátur*; y por último, 3) *las traducciones, que atendiendo al artículo 144.2 LEC, podrán ser “privadas”, es decir, no juradas, sin perjuicio de que la contraparte pueda impugnarlas por tenerlas por no fieles*”.

11. Hay que señalar que para conseguir el reconocimiento a título principal y con efectos erga omnes de la sentencia argentina de divorcio en España se requiere seguir los trámites del procedimiento de exequátur contemplado en el artículo 54 de la LCJIMC⁹. En esta disposición en su apartado 4 se señala como este procedimiento ha de iniciarse mediante demanda, que debe ajustarse a lo previsto en el artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –en adelante LEC–, no siendo, por tanto, diferente en sus requisitos formales a la demanda que pudiera iniciar un proceso declarativo civil. Junto con ella, y aquí podemos comparar con lo dicho en la AAP de Barcelona para evaluar si se ha actuado de manera correcta, se requiere necesariamente la presentación de otros documentos. El juez español, dado el principio documental que rige este procedimiento de exequátur –en donde no es posible la celebración de vista oral ni la práctica de actos probatorios–, habrá de mostrar una actitud cautelosa y comprobar de manera fehaciente que toda la documentación requerida se ha presentado de manera correcta y se adecúa a lo previsto en nuestra legislación¹⁰.

12. De lo dicho con anterioridad, igualmente, se puede derivar el extremo cuidado con que el abogado de la parte solicitante habrá de presentar toda la documentación exigida y que ésta sea conforme a las exigencias formales previstas. Pues si bien es verdad que, en principio, después del examen por parte del letrado de la administración de justicia, debería concederse un plazo de subsanación de cinco días, la falta de los documentos exigidos o su inadecuada presentación tiene como consecuencia inmediata la inadmisión de la demanda de exequátur, con los consiguientes perjuicios para su cliente y representado. Hemos de señalar que, sin embargo, estos perjuicios no son irreparables, dado que la inadmisión a trámite no impide, sin embargo, que el solicitante, si se subsanan los defectos formales, pueda volver a instar el reconocimiento mediante la presentación de una nueva demanda de exequátur, por lo que, en consecuencia, dicha inadmisión no tiene los efectos de cosa juzgada, pero si alargaría en gran medida todo el procedimiento, con los consiguientes costes tanto en tiempo como en dinero para la parte interesada en el reconocimiento de la sentencia extranjera en nuestro país.

13. En concreto, El artículo 54.4 de la LCJIMC¹¹ señala que la demanda deberá ir acompañada de: a) El original o copia auténtica de la resolución extranjera, debidamente legalizados o apostillados; b) El documento que acredite, si la resolución se dictó en rebeldía, la entrega o notificación de la cédula de emplazamiento o el documento equivalente; c) Cualquier otro documento acreditativo de la firmeza y fuerza ejecutiva en su caso de la resolución extranjera en el Estado de origen, pudiendo constar este extremo en la propia resolución o desprenderse así de la ley aplicada por el tribunal de origen; d) Las traducciones pertinentes con arreglo al artículo 144 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

13. En primer lugar, por tanto, y así lo señala de manera correcta el propio AAP de Barcelona, se requiere la presentación de la sentencia original o copia auténtica, dotada de su correspondiente legalización o “apostilla”. Esta exigencia documental, que siempre ha sido exigida por nuestra normativa proce-

⁹ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, 4 ed., Cizur Menor, Civitas, 2019, p.273.

¹⁰ A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol.I, 18 ed., Granada, Comares, 2018, p.459.

¹¹ Vid. en profundidad sobre esta disposición, P. MARTÍNEZ LLORENTE, “Comentario al artículo 54” en *Comentario a la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil*, A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA (coord.), Barcelona, Bosch, 2017, pp.458-472; J. I. PAREDES PÉREZ, “Comentario al artículo 54” en *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, F.P. MENDEZ GONZÁLEZ Y G. PALAO MORENO (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp.628-663.

sal, tiene como fin evitar todo tipo de falsedades o fraudes, esto es, que lo que verdaderamente se presenta sea una “auténtica” resolución extranjera. Una resolución que habrá de presentarse en su totalidad y conforme a las exigencias formales previstas por el Derecho del Estado de origen de la sentencia. Y, además, dicha sentencia deberá estar legalizada conforme a lo previsto en el 323 de la LEC o, en su caso, venir acompañada de su correspondiente apostilla, de acuerdo con lo previsto en el Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961, suprimiendo la exigencia de la legalización de los documentos públicos extranjeros¹².

14. La falta de este primer documento había sido uno de los motivos para inadmitir a trámite la demanda por parte del AJPI de Sant Boi de Llobregat. Y acertadamente, el AAP de Barcelona rechaza de plano esta idea, tomando en consideración que este requisito había sido convenientemente cumplido por la parte solicitante, al remitir por vía telemática, copia de la sentencia apostillada. Más en concreto, como documento independiente aportado se incluye de manera completa la resolución y en todos los folios que la integran figura el siguiente texto “*certifico que la presente es conforme con su original que en este acto tengo a la vista. Conste. Mar de Plata, 5 de noviembre de 2014, junto al sello e impresión del secretario*”. Y junto con la sentencia, además, como otro documento independiente se había aportado la apostilla correspondiente.

15. Como un segundo documento a aportar junto con la demanda, se precisa en el artículo 54.4 de la LCJIMC, que el demandante presente aquel que acredite, si la resolución se dictó en rebeldía, la entrega o notificación de emplazamiento o el documento equivalente que pruebe que el demandado fue citado en tiempo y forma, y podía haber comparecido. Esta exigencia documental como requisito ineludible para la admisión a trámite de la demanda supone la prueba de que el demandado en el pleito de origen tuvo oportunidad de defenderse ante los tribunales extranjeros y que, si no lo hizo, fue porque no quiso voluntariamente hacerlo¹³. En relación con la resolución comentada, el AAP de Barcelona no menciona entre la documentación a presentar, este concreto documento, ni tampoco lo había hecho con anterioridad el propio AJPI de Sant Boi de Llobregat, pero la razón ha de encontrarse en que, en este caso concreto, no se dio la circunstancia requerida para tener que aportarlo, ya que la demanda de divorcio fue planteada conjuntamente y de mutuo acuerdo por ambos cónyuges ante los tribunales argentinos.

16. Un tercer documento, en principio, que se requiere junto con la demanda, es aquel que acredite la firmeza y, en su caso, fuerza ejecutiva de la resolución extranjera en el Estado de origen¹⁴. Con la acreditación de la firmeza, el legislador español quiere evitar el reconocimiento de efectos a sentencias que puedan ser esencialmente revocables¹⁵. La falta de constancia de la firmeza y de “su fuerza ejecutiva” de la resolución extranjera fue el segundo de los motivos por los que se inadmitió la demanda de exequátur por parte del AJPI de Sant Boi de Llobregat. Frente a ello, el AAP de Barcelona señala correctamente como el tenor literal del artículo 54.4 de la LCJIMC, ya no obliga a presentar un documento independiente que acredite esta firmeza – normalmente una certificación emitida por parte del tribunal extranjero que ha dictado la resolución-, sino que ésta puede tanto derivarse de la propia resolución extranjera presentada como también de la ley aplicada por el tribunal de origen¹⁶. Precisa-

¹² En este sentido, puede consultarse el Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 28 de marzo de 2019, donde se rechaza el reconocimiento de una sentencia extranjera de divorcio, por no haber sido subsanado el defecto consistente en la falta de aportación de la sentencia debidamente legalizada o apostillada, pese a las múltiples ampliaciones de plazo concedidas, ECLI:ES:APC:2019:372A.

¹³ La denegación del exequátur por la falta de esta exigencia documental, aunque referida al régimen aplicable contemplado en el Convenio entre España y Marruecos de 30 de mayo de 1997, fue el objeto del recurso de apelación resuelto por el auto de la Audiencia Provincial de Tarragona de 21 de enero de 2019, siendo éste último objeto de comentario por L.S. HEREDIA SANCHEZ, “Procedencia de exequatur de sentencia extranjera de divorcio dictada en rebeldía: comentario al auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 21 de enero de 2019”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº.2, vol.11, 2019, pp.636-640.

¹⁴ Lógicamente en las sentencias extranjeras de divorcio, como la del caso comentado, en donde únicamente se procede a disolver el vínculo matrimonial no hay nada que ejecutar.

¹⁵ P. MARTINEZ LLORENTE, “Comentario al artículo 54”, op.cit., p.467.

¹⁶ En este último caso, se permite a las partes acreditar este requisito de la firmeza y, en su caso, fuerza ejecutiva, mediante la prueba de la vigencia y contenido del Derecho extranjero. Con ello la nueva regulación se muestra mucho más flexible que

mente, valorando esta circunstancia en el caso concreto, la resolución comentada llega a la conclusión de que la firmeza consta y se extrae de la propia resolución extranjera *“porque se trata de una sentencia de divorcio consensuado dictada en el marco de una postulación conjunta y de mutuo acuerdo entre los cónyuges. La sentencia de divorcio consigna expresamente la inexistencia de hechos controvertidos, siendo el pronunciamiento decretado consentido por ambas partes. No hay litigante vencido”*.

17. Por último, se requiere, siempre que sea preciso, las traducciones de los documentos presentados, de acuerdo con lo previsto en el artículo 144 de la LEC. La exigencia de traducción a lengua oficial española constituye un presupuesto para la eficacia probatoria de los documentos otorgados en el extranjero cuyo incumplimiento, tal y como establece el artículo 54.4 de la LCJIMC, puede dar lugar a la inadmisión de la demanda de exequátur. En el caso de la resolución comentada, aunque en el AAP de Barcelona se hace mención a esta necesaria presentación de las traducciones que, en principio, pueden ser privadas, sin perjuicio de la posible impugnación de las mismas por la parte demandada, lo que obligaría a una posterior traducción oficial, nada se precisa en el caso concreto, ya que la resolución argentina de divorcio viene ya redactada en idioma castellano.

18. En definitiva, con este AAP de Barcelona se corrige el error en el que incurrió el AJPI de Sant Boi de Llobregat al decretar el archivo de las actuaciones y, se procede acordar la admisión a trámite de la demanda de reconocimiento de la sentencia argentina de divorcio a sustanciar a través del procedimiento de exequátur. Con ello, en cierta medida, se mitigan los perjuicios derivados de la falta de un examen cuidadoso de los requisitos documentales precisos para la admisión de la demanda en primera instancia, lo que, por otra parte, ha pretendido ser reforzado por parte del artículo 54 en sus apartados 5, 6 y 7 de la LCJIMC, que prevén un primer examen por parte del letrado de la administración de justicia, un plazo de subsanación de cinco días para el supuesto de que los requisitos formales contemplados no se hubiesen cumplido y una decisión final del juez sobre la admisión o la inadmisión de la demanda de exequátur.

la anteriormente vigente. Así, por ejemplo, ello posibilita la presentación de informes o dictámenes elaborados por expertos en el Derecho extranjero, cuestión que ya había sido aceptada por parte del Tribunal Supremo, con anterioridad a la adopción de la LCJIMC, en su Auto de 18 de octubre de 2005 (JUR/2005/270947), FJ nº.4: *“ha de tenerse por cumplido el requisito de la firmeza de la resolución, pues a los propios términos de la ejecutoria deben añadirse los de las declaraciones juradas que, en este punto, constituyen verdaderos dictámenes jurídicos sobre el derecho extranjero respecto del hecho de la firmeza y el carácter ejecutorio de la resolución”*.

RÉFLEXIONS SUR LA NOTION DE “JURIDICTION” AU
SENS DE L’ARTICLE 3.2 DU RÈGLEMENT (UE) N° 650/2012
APRÈS LES ARRÊTS DE LA COUR DE JUSTICE DE
L’UNION EUROPÉENNE *OBERLE*, C-20/17, ET *WB*, C-658/17.
PERSPECTIVE ESPAGNOLE

REFLECTIONS ON THE CONCEPT OF ‘COURT’ WITHIN THE
MEANING OF ARTICLE 3.2 OF REGULATION (EU) NO 650/2012
AFTER THE JUDGMENTS OF THE COURT OF JUSTICE OF THE
EUROPEAN UNION *OBERLE*, C-20/17, AND *WB*, C-658/17.
SPANISH PERSPECTIVE

JUAN GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ*

*Expert National Détaché à la Commission Européenne
Direction Générale de la Justice et des Consommateurs (DG JUST)*

ORCID ID: 0000-0001-6826-8773

Recibido: 18.05.2020 / Aceptado: 03.06.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5745>

Résumé : Ce travail a pour but d’examiner critiquement l’interprétation de la CJUE à propos de la notion de «juridiction» au sens de l’article 3.2 du Règlement (UE) 650/2012, en ce qui concerne, notamment, les autorités non judiciaires qui y sont envisagées, lorsqu’elle rattache ce concept à l’exigence d’être compétent pour trancher des litiges, méconnaissant la notion de la juridiction gracieuse dont les procédures peuvent leur être attribuées. La CJUE viderait ainsi de contenu ledit article lorsque, partant de ce réquisit qui ne relève pas du Règlement, elle exclut de sa portée les autorités non judiciaires qui exercent de véritables fonctions juridictionnelles, ayant la compétence de décider ou statuer de leur propre autorité, indépendamment de la conformité des parties.

Mots clé : article 3.2 du Règlement (UE) n° 650/2012, juridiction, notaire, fonctions juridictionnelles, juridiction gracieuse.

Abstract: The purpose of this study is to critically examine the interpretation given by the CJUE of the concept of ‘court’ within the meaning of Article 3.2 of Regulation (EU) No 650/2012, as regards, in particular, the non-judicial authorities, when it links that concept to the requirement to have jurisdiction to settle disputes, disregarding the concept of the non-contentious jurisdiction, whose procedures may be awarded to the competence of those. The CJEU would thus deprive of its meaning and content that article when, requiring that condition not envisaged in the Regulation, it excludes from its scope non-judicial authorities exercising genuine judicial functions, acting or deciding on their own authority regardless of the conformity of the parties.

Keywords: article 3.2 of Regulation (EU) No 650/2012, court, notary, judicial functions, non-contentious jurisdiction.

*Les opinions exprimées dans cet article correspondent exclusivement à l’auteur et ne représentent pas la position de la Commission Européenne, quelle qu’elle soit, sur ce sujet. Toutes les traductions des textes en espagnol et italien sont de l’auteur et non officielles.

Sommaire: I. Introduction ; II. La notion de « juridiction » n'est pas univoque dans le droit de l'UE ; III. La notion « large » de « juridiction » au sens de l'article 3.2 du Règlement (UE) 650/2012 ; IV. Exigence de compétence pour trancher des litiges ou controverses ? ; V. Considérations sur les fonctions notariales qui relèvent de la notion de « juridiction ». La juridiction gracieuse ; VI. Statuer de sa propre autorité ou exercer un pouvoir décisionnel qui ne dépende pas de la seule volonté des parties. Compétence ; VII. Principes et réquisits prévus par l'article 3. 2: perspective espagnole. 1. Impartialité. 2. Droit de toutes les parties à être entendues. 3. Voies de recours judiciaires. 4. Force et effet des décisions équivalents à ceux des décisions rendues par une autorité judiciaire. 5. Notification de l'article 3.2 *in fine* du Règlement ; VIII. Conclusion.

I. Introduction

1. Dès l'adoption du Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement Européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen¹, la délimitation de la notion autonome de « juridiction » au sein de l'Union Européenne, au sens de ce Règlement, doit résulter d'un exercice d'interprétation encore plus fin et exigeant qu'elle ne l'était auparavant. En effet, on l'avait surtout considérée comme une notion liée à un aspect plutôt organique ou institutionnel et on songeait, dans ce sens, à son étendue, en particulier, en ce qui concerne la qualité d'agir pour poser une question préjudicielle devant la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE), en application de l'article 267 du Traité pour le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE).

2. Notamment, depuis l'adoption dudit Règlement, il faut aborder cette notion de « juridiction » d'un point de vue organique mais aussi fonctionnel, en prenant en compte l'exercice des fonctions juridictionnelles appartenant tant au domaine de la juridiction contentieuse qu'à celui de la juridiction gracieuse². Les États membres peuvent accorder l'exercice de telles fonctions, selon leurs systèmes juridiques particuliers, aux « organes juridictionnels », « cours » ou « tribunaux » proprement dits, mais aussi à toute autre autorité compétente, comme les notaires, ou aux professionnels du droit envisagés à l'article 3.2 dudit Règlement³.

3. Cela pourrait soulever -et, de fait, cela commence déjà à poser-, des questions à propos de la notion autonome de « juridiction » utilisée par la CJUE jusqu'à présent, en particulier en raison de la difficulté à comprendre et établir une frontière suffisamment claire entre ce qui doit être considéré comme faisant partie de ce qui relève de la juridiction gracieuse ou d'une décision provenant de ce type de juridiction, et un acte appartenant à l'autonomie de la volonté, ou acte purement consensuel, qui ne relève pas de la notion de « juridiction » et qui puisse être reçu et faire l'objet d'un acte authentique dressé par un notaire n'exerçant pas, dans ce cas, une fonction juridictionnelle, et ledit acte authentique ne constituant pas non plus une « décision » au sens de l'article 3.1.g) du Règlement (UE) 650/2012⁴.

¹ JOUE L 201 du 27 juillet 2012, p. 107.

² Le considérant 59 du Règlement (UE) 650/2012 fait référence « [à] la lumière de l'objectif général du présent règlement qui est la reconnaissance mutuelle des décisions rendues dans les États membres en matière de successions, indépendamment du fait que de telles décisions aient été rendues dans le cadre d'une procédure contentieuse ou gracieuse [...] ».

³ Les articles 3.2 du Règlement (UE) 2016/1103 du Conseil, du 24 juin 2016, mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, JOUE L 183 du 8 juillet 2016, p. 1, et du Règlement (UE) 2016/1104 du Conseil, du 24 juin 2016, mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, JOUE L 183 du 8 juillet 2016, p. 30, ont la même portée que l'article 3.2 du Règlement (UE) 650/2012. Cet article a son précédent dans l'article 2.2 du Règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, JOUE L 7 du 10 janvier 2009, p. 1, qui a étendu aussi la notion de « juridiction » aux autorités administratives des États membres compétentes en matière d'obligations alimentaires, sous les mêmes conditions établies après pour les autres autorités ou professionnels du droit à l'article 3.2 objet de cette étude.

⁴ Selon le point 32 de l'arrêt CJUE 23 mai 2019, *WB*, C-658/17, ECLI:EU:C:2019:444, « [a]ux termes de l'article 3, paragraphe 1, sous g), du règlement n° 650/2012, le terme « décision » recouvre toute décision en matière de successions rendue

4. Par conséquent, pour des raisons de clarté et des effets propres à chaque type d'acte selon sa nature juridique, ainsi qu'afin de déterminer et d'appliquer correctement les règles de compétence juridictionnelle, de reconnaissance des décisions ou acceptation des actes, nous faut-il être plus précis et fixer clairement les critères qui permettent d'identifier ce qui fait partie de cette notion de «juridiction» et ce qui ne peut pas y être compris, en délimitant nettement l'étendue et le champ d'application de l'article 3.2 du Règlement précité. Cet article, établissant une définition nouvelle et différente de la notion de «juridiction», plus large et nuancée, ne devrait pas s'interpréter par la CJUE comme cela a été le cas, en particulier dans l'affaire *WB*⁵, en appliquant l'argumentation propre à déterminer ce qui peut relever de la notion de «juridiction» au sens de l'article 267 TFUE, mais, plutôt, en prêtant attention aux traits et caractéristiques, buts et objectifs particuliers du Règlement où elle est intégrée⁶.

II. La notion de «juridiction» n'est pas univoque dans le droit de l'UE

5. Outre la référence au terme «juridiction» objet de cette étude, on trouve dans le droit de l'Union Européenne plusieurs mentions aux juridictions nationales des États membres, qui sont aussi des juridictions européennes au sens des Traités, comme à l'article 19.3.b) du Traité de l'Union Européenne (TUE) et à l'article 267 TFUE, relatifs à la question préjudicielle, ou encore à l'article 47 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne, qui consacre le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial. On pourrait souligner aussi d'autres références et d'autres sens du mot «juridiction», comme c'est le cas des organes ou autorités qui peuvent être compris dans la notion de «juridiction» ou «autorité judiciaire» au sens de l'article 6.1 de la Décision-cadre du Conseil 2002/584⁷, qui ont la qualité pour émettre un mandat d'arrêt européen, et qui, sans nécessairement être des juges ou des juridictions, participent à l'administration de la justice pénale de l'État membre. De même, il existe diverses définitions et références dans les Règlements du Droit international privé européen, avec leur portée particulière, qui comprennent, par exemple, dans certains cas et circonstances, non seulement les organes judiciaires en tant que tels, du point de vue organique ou institutionnel, mais aussi toute autre autorité non judiciaire ou les professionnels du droit, lorsque ceux-ci exercent des fonctions juridictionnelles⁸, ou toute autorité compétente dans les matières relevant du champ d'application correspondant⁹. Cela montrerait que même si, à défaut de renvoi à la loi de chaque État membre pour sa définition, il s'agit d'une notion autonome de «juridiction» du droit de l'Union Européenne, il n'y a pas un seul concept univoque de «juridiction» ou, tout au moins, que cette notion n'est pas toujours la même en fonction de son application concrète, de ses effets et du Règlement ou de la disposition normative en cause qui soit applicable¹⁰. Il ne s'agirait donc pas toujours des situations où il faudrait accomplir

par une juridiction d'un État membre, quelle que soit la dénomination qui lui est donnée, y compris une décision concernant la fixation par le greffier du montant des frais du procès. »

⁵ CJUE 23 mai 2019, *WB*, préc.

⁶ Comme le rappelle le point 50, CJUE 23 mai 2019, *WB*, préc., « il découle des exigences tant de l'application uniforme du droit de l'Union que du principe d'égalité que les termes d'une disposition du droit de l'Union, qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée, doivent normalement trouver, dans toute l'Union, une interprétation autonome et uniforme, qui doit être recherchée en tenant compte du contexte de la disposition et de l'objectif poursuivi par la réglementation en cause [...] ».

⁷ Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, *JOUE* L 190 du 18 juillet 2002, p. 1.

⁸ Voir ledit article 3.2 du Règlement (UE) 650/2012 et les exemples cités à la note 2 *supra*.

⁹ Voir, par exemple, l'article 2.2.1 du Règlement (UE) 2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international des enfants, *JOUE* L 178 du 2 juillet 2019, p. 1, connu comme « Bruxelles II ter ».

¹⁰ L'avocat général Bor, dans le point 66 des conclusions du 8 septembre 2016, ECLI:EU:C:2016:654, dans l'affaire CJUE 9 mars 2017, *Zulfikarpašić*, C-484/15, ECLI:EU:C:2017:199, signale que « [...] le législateur de l'Union a donné des définitions sensiblement différentes de la notion, indissociable, de «juridiction» qui paraît appréhendée de façon très disparate... » ; et identifie, dans les points 67 à 71, trois conceptions différentes de cette notion (d'assimilation, de dilution et de définition), en inscrivant la notion de l'article 3.2 du Règlement (UE) 650/2012 parmi celles de la définition « par consécration des acquis jurisprudentiels ».

les mêmes réquisits que ceux qui ont été établis pour saisir la CJUE d'une question préjudicielle afin de pouvoir être qualifié comme «juridiction» au sens de l'article 267 TFUE¹¹.

6. Précisément, comme le rappelle la CJUE dans le point 40 de l'arrêt *WB* précité, à la différence, par exemple, du Règlement (CE) 805/2004 du 21 avril 2004, portant sur la création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées ou du Règlement (UE) 1215/2012, du 12 décembre 2012 (Bruxelles I bis), concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, qui ne comportent aucune disposition générale fixant les conditions devant être remplies pour qu'une autorité soit qualifiée de «juridiction», le Règlement (UE) 650/2012 précise, dans son article 3.2, que la notion de «juridiction», au sens de ce Règlement, «englobe non seulement les autorités judiciaires, mais également toute autre autorité et tout autre professionnel du droit compétents en matière de successions qui exercent des fonctions juridictionnelles et qui satisfont aux conditions établies par cette même disposition». Dans ce sens, les arrêts de la CJUE dans les affaires *Zulfikarpašić*¹² et *Pula Parking*¹³ constatent que les Règlements (CE) 805/2004 et (UE) 1215/2012, respectivement, à la différence du Règlement (UE) 650/2012, «ne comporte[nt] aucune disposition générale dotée d'un tel effet» comme ledit article 3.2.

III. La notion «large» de «juridiction» au sens de l'article 3.2 du Règlement (UE) 650/2012

7. Selon ledit article 3.2 du Règlement (UE) 650/2012, les autorités non judiciaires et les professionnels du droit compétents en matière de successions peuvent être considérés comme faisant aussi partie de la notion de «juridiction» quand ils exercent de telles fonctions juridictionnelles, ou lorsqu'ils agissent en vertu d'une délégation de pouvoirs d'une autorité judiciaire ou sous le contrôle d'une autorité judiciaire, pour autant qu'ils remplissent les garanties et exigences prévues par cet article¹⁴. Ainsi, comme l'a rappelé l'avocat général BOT dans le point 59 de ses conclusions du 28 février 2019, dans l'affaire *WB* précitée¹⁵, dans cet article 3.2 «sont visées non seulement les autorités dont le statut garantit leur indépendance par rapport aux autres organes de l'État, mais aussi celles qui sont soumises à des exigences équivalentes, en raison des fonctions qu'elles exercent ou de l'intervention de l'autorité judiciaire».

8. Néanmoins, il s'agit là d'une des questions les plus problématiques car chaque État membre règle les matières successorales, familiales et, plus généralement, civiles, selon sa propre tradition juridique, ce qui est reconnu par le droit européen et, notamment, par le Règlement (UE) 650/2012. Concrètement, dans son article 2, sur les compétences en matière de successions dans les États membres, il établit que «[l]e présent règlement ne porte pas atteinte aux compétences des autorités des États membres en matière de règlement des successions». Le considérant 20 rappelle à cet égard que «[l]e présent règlement devrait respecter les différents systèmes de règlement des successions applicables dans les États membres»¹⁶, et le début du considérant 21 souligne que «[l]e présent règlement devrait permettre à tous les notaires qui sont compétents en matière de successions dans les États membres d'exercer cette compétence»¹⁷.

9. En reconnaissant la pluralité et les compétences des États membres sur cette matière, le considérant 20 évoqué, crucial pour l'interprétation de l'article 3.2 du Règlement, ajoute qu'«il convient dès lors de donner au terme «juridiction» un sens large permettant de couvrir, non seulement les juridictions au sens strict qui exercent des fonctions juridictionnelles, mais également les notaires ou les services de l'état civil dans certains États membres qui, pour certaines questions successorales, exer-

¹¹ Voir *infra*.

¹² Voir CJUE 9 mars 2017, *Zulfikarpašić*, préc., point 35.

¹³ Voir CJUE 9 mars 2017, *Pula Parking*, C551/15, ECLI:EU:C:2017:193, point 47.

¹⁴ Voir la section VII *infra*.

¹⁵ ECLI:EU:C:2019:166.

¹⁶ Voir, dans ce même sens, le considérant 29 des Règlements (UE) 2016/1103 et 2016/1104, préc.

¹⁷ Voir, dans ce même sens, le considérant 30 des Règlements (UE) 2016/1103 et 2016/1104, préc.

cent des fonctions juridictionnelles au même titre que les juridictions »¹⁸ ainsi que « les notaires et les professionnels du droit qui, dans certains États membres, exercent des fonctions juridictionnelles dans le cadre d'une succession donnée en vertu d'une délégation de pouvoirs accordée par une juridiction ». Par contre, ce terme « ne devrait pas viser les autorités non judiciaires d'un État membre qui, en vertu du droit national, sont habilitées à régler les successions, telles que les notaires dans la plupart des États membres, lorsque, comme c'est généralement le cas, ils n'exercent pas de fonctions juridictionnelles ».

10. Partant de ce considérant 20, en ce qui concerne notamment l'activité des notaires, ayant été l'objet de l'affaire *WB*, ainsi que de l'affaire pendante *E.E.*¹⁹, on peut conclure que ceux-là peuvent se trouver dans trois situations :

- 1°) les notaires exercent des fonctions juridictionnelles en matière successorale au même titre que les juridictions dans certains États membres dans certaines procédures. C'est le cas de l'Espagne, comme on le verra plus tard, où l'Etat accorde des fonctions juridictionnelles aux notaires -parmi d'autres fonctionnaires-, dans le domaine de la juridiction gracieuse²⁰, et il le fait parce que le notaire espagnol, comme dans d'autres systèmes juridiques de tradition romano-germanique, est un fonctionnaire ou officier public qui agit en partie aussi comme un professionnel du droit pour des raisons d'efficacité du service public²¹ ;
- 2°) les notaires exercent des fonctions juridictionnelles dans le cadre d'une succession donnée en vertu d'une délégation de pouvoirs accordée par une juridiction. La doctrine s'est posée la question de savoir si cette délégation pourrait être entendue comme une délégation générale ou concrète. Cependant, il semble découler du même considérant 20 qu'il s'agit d'une délégation spécifique d'un organe judiciaire, dans le cadre d'une succession donnée, comme il pourrait être le cas, par exemple, de la délégation faite au notaire lors du partage judiciaire par rapport à la liquidation d'une succession concrète en France, selon les articles 841-1 du Code civil et 1361 du Code de procédure civile, ou en Belgique, selon l'article 1210 du Code judiciaire²² ;

¹⁸ La CJUE reconnaît dans le point 53 de l'arrêt du 23 mai 2019, *WB*, préc., que « si les fonctions juridictionnelles et les fonctions notariales sont distinctes, il ressort toutefois du considérant 20 du règlement n° 650/2012 qu'il convient de donner, dans le cadre de ce règlement, au terme « juridiction » un sens large, en englobant également les notaires lorsqu'ils exercent des fonctions juridictionnelles pour certaines questions successorales ».

¹⁹ Sur la notion de « juridiction » au sens de l'article 3.2, dans ses conclusions du 26 mars 2020, ECLI:EU:C:2020:230, dans l'affaire *E.E.*, C-80/19, pendante devant la CJUE, l'avocat général CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA renvoie aux arguments de l'arrêt CJUE 23 mai 2019, *WB*, préc., ici remis en cause, sans questionner ou réviser l'interprétation faite par la CJUE de la portée de cette notion dans ladite affaire *WB*.

²⁰ La *Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria* (loi 15/2015 du 2 juillet 2015 relative à la juridiction gracieuse), BOE du 3 juillet 2015, sur la base de l'article 117.4 de la Constitution Espagnole, a accordé aux notaires la compétence exclusive ou partagée avec d'autres fonctionnaires sur certains dossiers, en suivant le sillage initié par la refonte de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* (Loi de la procédure civile) du 3 février 1881, en matière des *declaraciones de herederos ab intestato* (déclarations de succession ab intestat), faite par la Loi 10/1992, du 30 avril. La *Ley de la Jurisdicción Voluntaria* remarque dans le point V de son préambule que « [...] Le prestige acquis au fil des années par ces fonctionnaires vis-à-vis des citoyens est un élément qui aide à effacer tout doute quant à leur capacité d'intervenir dans la tutelle administrative de certains droits privés, en tant que principaux protagonistes qui sont de notre système de foi publique et garants de la sécurité juridique, sans oublier le fait que bon nombre des procédures de juridiction gracieuse visent à obtenir la certitude de l'état ou de la façon d'être de certains négociants [...] La réforme prévoit, avec un critère de prudence, compte tenu de la provenance de ces dossiers judiciaires, certaines limites au principe du libre choix du notaire par le requérant, en établissant des critères de compétence territoriale qui ont un lien raisonnable avec les éléments personnels ou réels du dossier ».

²¹ Voir l'article 1 de la *Ley del Notariado* (Loi sur le Notariat), et l'article 1 du *Reglamento Notarial* (Règlement Notarial) ; l'article 3 de ce dernier reconnaissant aussi le caractère du Notariat « comme organe de la juridiction gracieuse ». Cependant, on ne devrait pas identifier complètement la fonction notariale avec la notion de juridiction gracieuse et conclure que les notaires agissent toujours, dans tous les dossiers qu'ils autorisent, en tant qu'organes d'une telle juridiction. Même si une partie du domaine de la juridiction gracieuse proprement dite s'intègre dans la fonction notariale, cela ne signifie pas que toute cette fonction relève de ladite nature (voir, à cet égard, J. E. GOMÁ SALCEDO, *Derecho Notarial*, Barcelona, Bosch, 2011, pp. 29 et 30).

²² Voir A. BONOMI / P. WAUTELET, *Le droit européen des successions : commentaire du règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruxelles, Bruylant, 2016, 2^{ème} édition, pp. 175-176 ; ou A. BONOMI / P. WAUTELET, *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al reglamento (UE) núm. 650/2012, de 4 de julio de 2012* (version traduite et adaptée au droit espagnol

3º) les notaires n’exercent pas de fonctions juridictionnelles. Cette situation est typique de l’activité notariale ordinaire.

11. Il faudrait attirer l’attention sur le fait que, même dans les États où l’on attribue aux notaires des fonctions juridictionnelles, soit directement en tant que responsables désignés pour l’exercice de ces fonctions, soit par délégation concrète des tribunaux, il s’agit normalement de fonctions ajoutées et distinctes des fonctions notariales typiques, non juridictionnelles. La nature différente des fonctions a des conséquences pratiques et légales d’importance, car, comme le signale le considérant 22 du Règlement²³, lorsque les notaires exercent des fonctions juridictionnelles, ils sont liés par les règles de compétence²⁴ et les décisions qu’ils rendent doivent circuler conformément aux dispositions relatives à la reconnaissance, à la force exécutoire et à l’exécution des décisions, tandis que s’ils n’exercent pas de fonctions juridictionnelles, ils ne sont pas soumis aux règles de compétence et leurs actes authentiques doivent circuler conformément aux dispositions relatives à ces derniers²⁵.

IV. Exigence de compétence pour trancher des litiges ou controverses?

12. Comme la CJUE le souligne au point 55 de l’affaire *WB* précitée, « il convient de rappeler que la Cour a dit pour droit que l’exercice des fonctions juridictionnelles implique d’avoir le pouvoir de statuer de sa propre autorité sur d’éventuels points litigieux entre les parties concernées », et que, « [a]fin qu’une autorité soit regardée, eu égard à la nature spécifique de l’activité qu’elle exerce, comme exerçant une fonction juridictionnelle, celle-ci doit se voir conférer le pouvoir de trancher un éventuel litige ». Elle ajoute par ailleurs que « [t]el n’est pas le cas lorsque la compétence du professionnel en cause dépend de la seule volonté des parties. » Enfin, la CJUE conclut cet aspect, dans le point 56 de l’affaire *WB*, en déclarant qu’« il convient de considérer qu’une autorité exerce des fonctions juridictionnelles lorsqu’elle est susceptible d’être compétente en cas de contestation en matière de successions » et que « [c]e critère s’applique indépendamment de la nature contentieuse ou gracieuse de la procédure de délivrance d’un certificat d’hérédité²⁶ ».

13. Nous ne pouvons pas partager l’argument de la CJUE selon lequel, pour que l’autorité, notaire ou professionnel du droit en question soient compris dans la notion de « juridiction » au sens de l’article 3.2 du Règlement (UE) 650/2012, ils doivent avoir aussi, comme condition *sine qua non*, la compétence de trancher des litiges, de statuer sur des points litigieux ou de décider en cas de contestation ou de controverse entre les parties concernées.

14. Les arguments de la CJUE, aux points 55 et 56 évoqués, relèvent de ce que l’avocat général Bot a appelé l’application d’un critère matériel qui implique « de la part de l’organe auteur de l’acte un certain rôle dans l’élaboration de celui-ci »²⁷, donnant l’exemple de l’affaire *Solo Kleinmotoren*, selon laquelle l’acte doit émaner d’un organe « statuant de sa propre autorité sur des points litigieux », ce

par S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ/ M. ÁLVAREZ TORNÉ / A. FONT I SEGURA / J. M. GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ / J. GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ/ M. REQUEJO ISIDRO), Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 141-142.

²³ Voir, dans ce même sens, les considérants 31 des Règlements (UE) 2016/1103 et 2016/1104, préc.

²⁴ Voir aussi le considérant 20 qui rappelle, à ce propos, que toutes les juridictions au sens du Règlement devraient être liées par les règles de compétence.

²⁵ Voir les articles 4 à 19, sur la compétence, et les articles 39 à 61, relatives à la circulation et exécution des décisions, actes authentiques et transactions judiciaires, du Règlement (UE) 650/2012, ainsi que le Règlement d’exécution (UE) n° 1329/2014 de la Commission du 9 décembre 2014 établissant les formulaires mentionnés dans le règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l’exécution des décisions, et l’acceptation et l’exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d’un certificat successoral européen, JOUE L 359 du 16 décembre 2014, p. 30.

²⁶ Voir aussi CJUE 21 juin 2018, *Oberle*, C-20/17, ECLI:EU:C:2018:485, point 44.

²⁷ Point 81 des conclusions de l’avocat général Bot dans l’affaire CJUE 9 mars 2017, *Zulfikarpašić*, préc.

qui, selon la CJUE, exclut la transaction judiciaire qui revêt un caractère essentiellement contractuel, en ce sens que son contenu dépend, avant tout, de la volonté des parties²⁸. Par contre, ce qui pourrait être un argument acceptable lors de l'interprétation de ce qu'est une «juridiction» au sens du Règlement (CE) 805/2004 sur le titre exécutoire européen -qui était l'objet de cette affaire-, ne semble pas être adapté à la notion de «juridiction» au sens de l'article 3.2 du Règlement (UE) 650/2012, puisque cette interprétation méconnaîtrait la notion même des procédures gracieuses et non-contentieuses, auxquelles la notion de «juridiction» de l'article 3.2 est aussi d'application, au regard du considérant 59 et des affaires *Oberle* et *WB* dans lesquelles, comme on vient de l'évoquer, la CJUE a exprimé que ce critère de la compétence en cas de contestation s'applique indépendamment de la nature contentieuse ou gracieuse de la procédure.

15. À notre avis, une remarque essentielle à retenir comme critère applicable à cette notion de «juridiction» serait celle de l'avocat général Bot dans le point 81 précité de ses conclusions dans l'affaire *Zulfikarpašić*, sur le besoin mentionné, de la part de l'autorité émettrice de l'acte, *d'un certain rôle dans l'élaboration de celui-ci*. Mais, ce rôle ne devrait pas nécessairement consister à trancher un litige et la procédure en cause ne devrait pas non plus être une procédure dans laquelle cette autorité aura la compétence pour résoudre des controverses ou statuer sur des points litigieux, ce qui est typique ou propre des procédures contentieuses, car cela exclurait de l'article 3.2 du Règlement toutes ou la plupart des procédures gracieuses, qui sont celles où des États membres, dans certains cas, octroient précisément aux notaires ou à d'autres autorités compétentes l'exercice des fonctions juridictionnelles. Ces procédures gracieuses sont notamment celles qui ont donné lieu à la rédaction de l'article 3.2 et les considérants 20 à 22 du Règlement par le législateur européen, en tenant compte de la tendance actuelle chez des États membres à la «déjudiciarisation» de certaines procédures contentieuses²⁹ et en particulier des procédures gracieuses³⁰, afin d'alléger ou décharger les organes judiciaires proprement dits³¹.

16. Partant de l'article 2 mentionné, il faudrait souligner que l'article 3.2 du Règlement ne peut se comprendre dans toute son étendue et sa portée sans tenir compte des catégories juridiques à partir desquelles on construit ladite notion autonome de «juridiction». L'introduction de cet article 3.2 dans le Règlement est la réponse à l'existence d'une réalité dans certains États membres où ces fonctions juridictionnelles ont été accordées aux notaires ou à d'autres autorités ou opérateurs juridiques, ne voulant pas exclure cette réalité de la notion de «juridiction» aux effets du Règlement³². Il faudrait donc intégrer cette réalité dans la notion sans identifier le concept de «juridiction» uniquement avec ce qui relève de la juridiction contentieuse, mais aussi gracieuse, et sans négliger l'importance du contenu et les enjeux de la fonction ou de la tâche même accomplie par l'autorité, fonctionnaire, officier public ou professionnel du droit, non seulement du point de vue de la nature organique mais surtout fonctionnelle de ceux qui l'exercent, tant que les exigences établies par l'article 3.2 sont remplies. La CJUE ne devrait pas bâtir une notion autonome de «juridiction» qui mènerait à vider de contenu cet article en méconnaissant complètement les catégories juridiques existantes et les procédures et fonctions exercées par ces autorités ou professionnels qui ont été la cause de la rédaction dudit article dans sa teneur littérale.

²⁸ Voir CJUE 2 juin 1994, *Solo Kleinmotoren*, C-414/92, ECLI:EU:C:1994:221, points 17 et 18.

²⁹ Voir point 109 des conclusions de l'avocat général Bot dans l'affaire CJUE 9 mars 2017, *Zulfikarpašić*, préc.

³⁰ Voir *supra* note 20.

³¹ Voir, avec ce but de «déjudiciarisation», même si faisant référence aux dossiers de nature variée, la Recommandation du Conseil d'Europe N° R (86) 12, du 16 septembre 1986, relative à certaines mesures visant à prévenir et réduire la surcharge de travail des Tribunaux.

³² Dans les travaux préparatoires du Règlement, le point 4.1, article 2, de l'exposé des motifs la proposition de la Commission Européenne envisageait déjà que «[...] le concept de juridiction utilisé dans le présent règlement est pris au sens large et comprend d'autres autorités lorsque celles-ci exercent une fonction relevant de la compétence des juridictions, notamment par voie de délégation, ce qui inclut notamment les notaires et les greffiers.» (COM(2009)154 final, 2009/0157 (COD), Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen {SEC(2009) 410} {SEC(2009) 411}, du 14 octobre 2009, p. 5).

Une interprétation plus élaborée et qui n'omette pas les critères historique et téléologique, par considération à la *mens legis* et la *mens legislatoris*, selon les buts à atteindre, devrait donc être développée par la CJUE afin que la notion n'exclue pas des réalités qui doivent y être comprises.

17. Voilà pourquoi la CJUE ne devrait pas non plus utiliser uniquement et directement les critères pour identifier ce qu'est une «juridiction» au sens de l'article 267 TFUE (origine légale de l'organe, permanence, caractère obligatoire de sa juridiction, nature contradictoire de la procédure, application par l'organe des règles de droit et indépendance de celui-ci³³), et notamment celui du principe de contradiction, pour interpréter la notion de «juridiction» au sens de l'article 3.2 du Règlement (UE) 650/2012³⁴. Comme l'a remarqué l'avocat général BOBEK, «une transposition à l'emporte-pièce de la jurisprudence relative à l'article 267 TFUE semble difficile. Elle est assurément possible dans une certaine mesure, mais il faut toujours garder à l'esprit le fait que la définition au sens de l'article 267 TFUE a été développée dans un contexte différent et à des fins différentes»³⁵. Il ajoute, toutefois, que «dans le cadre de l'application de la définition de la notion de «juridiction» au sens de l'article 267 TFUE, le caractère contradictoire de la procédure n'est pas une condition *sine qua non*»³⁶. D'ailleurs, la CJUE a déclaré que l'exigence de contradiction dans la procédure pour pouvoir déposer une question préjudicielle n'a pas un caractère absolu³⁷, et elle l'a même tellement assoupli que, dans la pratique, cette exigence a disparu dans certains cas³⁸. Cela conduirait donc à rejeter l'exigence du principe contradictoire pour pouvoir parler de «juridiction» aussi au sens de l'article 3.2 du Règlement (UE) 650/2012, même en utilisant le critère ou notion de «juridiction» au sens de l'article 267 TFUE.

18. En tout état de cause, si l'on retient le raisonnement de la CJUE aux points 55 et 56 de l'affaire *WB* précitée, seul le notaire ou l'autorité compétente en cas de contestation en matière de succession ou statuant «de sa propre autorité sur d'éventuels points litigieux entre les parties concernées» pourrait être considéré comme autorité qui exerce des fonctions juridictionnelles, la CJUE appliquant ce critère «indépendamment de la nature contentieuse ou gracieuse de la procédure», ce qui, à notre avis, doit faire l'objet d'une réflexion ou même d'une critique, puisque cela remettrait en cause le contenu en soi et la portée de l'article 3.2 du Règlement et aussi du considérant 20. En effet, étant donné que, précisément, dans certains États membres qui permettent cet exercice des fonctions juridictionnelles aux notaires, à d'autres autorités ou à des professionnels du droit, comme nous l'avons déjà évoqué, quand ils le font c'est normalement parce qu'il s'agit, concrètement, de procédures juridictionnelles en matière gracieuse ou non contentieuse. Et, si l'on appliquait aussi ce critère de la CJUE indépendamment de la nature contentieuse ou gracieuse de la procédure, cela impliquerait, implicitement, une exclusion de la notion de «juridiction» ici en question de toutes les autorités, fonctionnaires, officiers publiques ou professionnels du droit qui ne font partie du pouvoir judiciaire proprement dit d'un point de vue orga-

³³ Voir, par exemple, l'arrêt CJUE 17 septembre 1997, *Dorsch Consult*, C-54/96, ECLI:EU:C:1997:413, point 23, confirmé par l'arrêt CJUE 24 mai 2016, *MT Højgaard et Züblin*, C-396/14, ECLI:EU:C:2016:347, point 23.

³⁴ Cependant, il serait très intéressant d'analyser la possibilité pour un notaire de saisir la CJUE d'une question préjudicielle lors de l'exercice des fonctions juridictionnelles, sur la base de la jurisprudence de la CJUE initiée avec l'arrêt du 30 juin 1966, *Vaassen Goebbels*, C-61/65, ECLI:EU:C:1966:39, qui admet cette option pour des «juridictions» n'appartenant pas *stricto sensu* au pouvoir juridictionnel. Voir, à cet égard, M. REQUEJO ISIDRO, «El artículo 3, apartado 2, del Reglamento nº 650/2012: autoridades no judiciales y otros profesionales del Derecho», *REEI*, 2020, vol.1, en attente de publication.

³⁵ Voir point 81 des conclusions dans l'affaire CJUE 9 mars 2017, *Pula Parking*, préc.

³⁶ Voir point 112 des conclusions de l'avocat général BOBEK, présentées le 27 octobre 2016, ECLI:EU:C:2016:825, dans l'affaire CJUE 9 mars 2017, *Pula Parking*, préc.

³⁷ Voir CJUE 17 septembre 1997, *Dorsch Consult*, C-54/96, préc., point 31, ou CJUE 21 mars 2000, *Gabalfria*, C-110/98, ECLI:EU:C:2000:145, point 37.

³⁸ Dans l'affaire CJUE 5 mars 1989, *Simmenthal*, C-243/78, la CJUE a accepté la question préjudicielle émise par un *Pretore* italien en mentionnant que le fait que le renvoi soit formulé avant que ne se pose un éventuel débat contradictoire n'exclut pas la possibilité de la question préjudicielle en tant que telle, comme le rappelle l'avocat général TESAURO dans ses conclusions dans l'affaire *Dorsch Consult* précité (voir J. M. GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, «La Directiva 2014/17 y el crédito hipotecario en el derecho de la UE», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, ISSN 0210-3249, Tome 57, 2016-2017, Madrid, EDESA, p. 433).

nique. Ceci serait contraire à l’esprit et même à la teneur littérale de l’article 3.2 du Règlement et les considérants correspondants précités.

19. Il est difficile d’accepter et de comprendre que la même fonction, si elle est exercée par un tribunal, un juge ou toute autre autorité judiciaire, bien entendu d’un point de vue strictement organique, soit toujours considérée comme une fonction juridictionnelle comprise dans la notion de « juridiction » du Règlement, et que la même fonction, soit attribuée par l’Etat directement aux notaires ou d’autres autorités, soit déléguée ou accordée par un tribunal à un notaire ou un professionnel du droit et exercée avec les garanties et exigences déterminées par l’article 3.2 du Règlement, ne soit pas considérée comme faisant partie de la notion de « juridiction » pour le seul fait de ne pas avoir ce caractère organique de juridiction et de ne pas être compétent en cas de contestation, contradiction ou controverse³⁹, -critère que, d’ailleurs, l’article 3.2 ne demande pas-.

20. En effet, l’affaire *Oberle* a été mentionnée à cet égard à propos de la juridiction gracieuse, mais on pourrait penser que la solution dans le cas de figure aurait été différent si au lieu d’un tribunal il s’était agi d’un notaire exerçant la même tâche ou fonction, si l’on ne retient qu’un critère purement organique ou institutionnel au lieu d’un critère fonctionnel qui analyse plus en détail la fonction et l’activité exercée et non pas seulement la nature organique de celui qui l’exerce. À cet égard, le considérant 21 du Règlement (UE) 650/2012 rappelle que « [l]a question de savoir si les notaires d’un État membre donné sont ou non liés par les règles de compétence prévues dans le présent règlement devrait dépendre de la question de savoir s’ils relèvent ou non de la définition du terme “juridiction” aux fins du présent règlement »⁴⁰. D’où l’importance essentielle d’une délimitation correcte de ladite notion par la CJUE, car si elle ne modifie pas sa jurisprudence sur ce point on pourrait alors conclure, par exemple, que dans les États où les parties concernées peuvent avoir recours, selon leur choix, à un organe judiciaire en tant que tel ou à un notaire pour régler le même dossier, dans le premier cas les normes de compétence du Règlement seraient appliquées, tandis que, dans le second, ce ne serait pas le cas. Il en serait de même pour les règles de circulation et reconnaissance des décisions ou acceptation des actes, le cas échéant⁴¹, ce qui ne serait pas logique s’agissant du même type de procédure.

21. Dès lors, si la CJUE maintient l’argumentation soutenue à l’affaire *WB*, toutes les autorités, fonctionnaires ou officiers publiques et professionnels du droit compétents dans les procédures gracieuses n’appartenant pas au pouvoir judiciaire en tant que tel, seraient, de fait, exclus de la notion de « juridiction » s’ils n’ont pas aussi le pouvoir de trancher des litiges ou des controverses, ce qui est matière réservée à la juridiction contentieuse. À notre avis, cette interprétation porterait atteinte au sens de l’article 3.2 ainsi qu’aux règles de compétence et de circulation des décisions et des actes authentiques du Règlement en général. Par conséquent, en vue de nuancer l’interprétation de la notion autonome de « juridiction » envisagée dans l’article 3.2 du Règlement, la CJUE devrait réviser sa jurisprudence sur ce sujet quand elle se trouvera de nouveau devant l’opportunité de trancher des cas similaires.

³⁹ Dans le point 113 des conclusions précitées de l’avocat général BOBEK dans l’affaire CJUE 9 mars 2017, *Pula Parking*, il souligne que même si une procédure peut devenir contradictoire par son transfert à un organe différent, cela ne suffit pas, selon lui, pour faire de l’organe transférant une « juridiction » au sens du Règlement (UE) 1215/2012, car il soutient que la partie effectivement contradictoire de la procédure à caractère juridictionnel se déroulera devant le tribunal, et non devant le notaire. Cependant, contre cet argument, il faut rappeler que cette affaire *Pula Parking* tranche l’interprétation de la notion de « juridiction » au sens du Règlement (UE) 1215/2012, tout à fait différent de celle de l’article 3.2 du Règlement (UE) 650/2012, et qu’il ne prend non plus ici en considération les procédures gracieuses et leur nature juridictionnelle.

⁴⁰ Voir, dans ce même sens, les considérants 30 des Règlements (UE) 2016 /1103 et 2016/1104, préc.

⁴¹ En Espagne, tel qu’il résulte des articles 91 et 92 de la *Ley de la Jurisdicción Voluntaria*, l’article 66 de la *Ley del Notariado* et les articles 843 et 1057 du *Código civil*, la compétence sur certains dossiers de juridiction gracieuse en matière successorale est concurrente ou partagée par les *letrados de la Administración de Justicia* (greffiers) et les notaires, le choix appartenant à la partie requérante. À notre avis, toutes ces autorités (judiciaires et non judiciaires) devraient être soumises aux mêmes normes de compétence prévues par le Règlement si leur fonction est de la même nature juridictionnelle, car son application ne devrait pas dépendre exclusivement de la nature organique de l’autorité, mais de leur caractère de « juridiction » au sens du Règlement. Dans le cas contraire, cela pourrait mener, entre autres, au risque de *forum shopping*.

V. Considérations sur les fonctions notariales qui relèvent de la notion de «juridiction». La juridiction gracieuse

22. La CJUE, dans le point 47 de l'affaire *Pula Parking* suscitée, rappelle, concernant les fonctions des notaires « l'existence de différences fondamentales entre les fonctions juridictionnelles et les fonctions notariales ». Cette différence, cependant, est évidente lorsqu'on fait référence à l'activité ordinaire du notaire en tant que fonctionnaire ou officier public relative au contrôle de la légalité et de la garantie de la sécurité juridique, mais elle ne serait par contre pas applicable quand le notaire exerce des fonctions juridictionnelles propres de la juridiction gracieuse ou non contentieuse qui lui sont attribuées.

23. En effet, dans le point 70 des conclusions de l'avocat général BOBEK dans cette même affaire *Pula Parking*, il est rappelé que « [d']un point de vue plus *institutionnel*, la signification naturelle du terme "juridiction" n'inclut généralement pas les notaires, qui ne sont pas un "organe juridictionnel", c'est-à-dire qu'ils ne font pas partie de l'architecture juridictionnelle [...]. D'un point de vue plus *fonctionnel*, le droit de l'Union reconnaît lui-même qu'il existe des "différences fondamentales" entre les fonctions juridictionnelle et notariale à l'intérieur des systèmes juridiques [...]. Si les notaires exercent parfois des fonctions juridictionnelles dans des cas spécifiques, ce n'est pas leur rôle typique ou principal. Par conséquent, même d'un point de vue plus fonctionnel, les notaires ne sont pas des juridictions "au sens strict" usuel ». Mais, cela ne veut pas dire qu'ils ne puissent pas exercer ces fonctions juridictionnelles et faire partie de la notion de «juridiction», comme l'article 3.2 et le considérant 20 du Règlement (UE) 650/2012 l'envisagent d'ailleurs. Cette même affaire *Pula Parking* fait référence précisément à la teneur de cet article comme un des arguments essentiels pour résoudre différemment la question préjudicielle posée dans ce cas-là car le Règlement (UE) 1215/2012 ne contient pas de disposition semblable à l'article 3.2 du Règlement (UE) 650/2012.

24. Il faudrait donc prêter attention à ce qui est et ce qui relève de la notion de la juridiction gracieuse, comprise dans la notion de «juridiction» de l'article 3.2, tel que le rappelle le considérant 59 et même la jurisprudence de la CJUE pour la distinguer des fonctions notariales ordinaires qui ne font partie de cette notion de «juridiction» afin de clarifier le concept retenu dans cet article, ce qui permettra une application correcte du Règlement (UE) 650/2012.

25. Historiquement, dans la Rome classique, la *iurisdictio voluntaria* ou juridiction gracieuse⁴², au contraire de la *iurisdictio contentiosa* ou juridiction contentieuse, consistait en l'intervention d'un magistrat dans des affaires où il n'existait pas de dispute ou litige entre les parties, à travers une procédure *ficta* ou « fictive »⁴³ développée devant lui qui ne servait précisément qu'à la performance de certaines actions ou transactions en leur octroyant une force ou une autorité publique ou officielle⁴⁴. La fonction du tribunal se limitait alors à sanctionner, ratifier, légitimer ou collaborer à la création d'un acte légal ou d'un rapport accepté par les parties sans préjudice des droits des tiers qui n'avaient pas comparu devant le juge ou magistrat. Ce juge ou magistrat n'était pas un « simple automate » mais vérifiait les bases ou fondements factuelles de la prétention, demandait ou exigeait le témoignage sur le sujet avant

⁴² Sans vouloir être exhaustif d'un point de vue lexical, elle est connue comme *non-contentious jurisdiction*, en anglais, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, en allemand, *volontaria giurisdizione*, en italien, ou *jurisdicción voluntaria*, en espagnol.

⁴³ J. E. GOMÁ SALCEDO rappelle que les origines de la force exécutoire de l'instrument public ou acte authentique se trouvent aussi dans ces procédures fictives ou apparentes, dans lesquelles les parties, préalablement d'accord, suivaient toutes les démarches de la procédure afin de bénéficier des effets de l'arrêt à travers la dénommée *clause guarentigia* ou procuration octroyée par le débiteur en faveur des exécuteurs judiciaires pour que ceux derniers puissent agir contre lui en exécutant l'accord ou contrat comme si un arrêt avait été rendu. Cette force exécutoire de l'acte authentique est aujourd'hui reconnue en Espagne à toute sorte d'obligations y comprises grâce à la procédure judiciaire d'exécution prévue dans l'article 517.4 de la *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil* ou Loi de procédure civile, *BOE* du 8 janvier 2000 (J. E. GOMÁ SALCEDO, *Derecho Notarial*, op. cit., pp. 29, 30 et 481).

⁴⁴ J. E. PFANDER / D. D. BIRK, "Article III Judicial Power, the Adverse-Party Requirement, and Non-Contentious Jurisdiction", *The Yale Law Journal*, 124 :1346, Yale, 2015, p. 1403.

d’accorder sanction légale à la demande et exerçait un contrôle de la légalité des actes des parties comparantes ou requérantes⁴⁵.

26. La juridiction gracieuse est aujourd’hui un type de juridiction existant dans plusieurs systèmes juridiques où l’autorité en charge de ce genre de procédures doit jouer un rôle important quant à la détermination des faits dans la phase probatoire afin de pouvoir émettre de sa propre autorité une décision ou un jugement sanctionnant l’acte sous sa considération. Même si la juridiction gracieuse est plus proche de la tradition juridique romano-germanique du droit civil, elle n’est pas non plus étrangère aux systèmes anglo-saxons⁴⁶.

27. Le but de la juridiction gracieuse est de conférer certitude aux relations juridiques, la vérification des conditions légales exigées ou la tutelle des droits des personnes leurs fournissant un instrument de légitimation dans le trafic juridique en tant que fonction attributive des droits et formatrice des situations juridiques. Elle exige, d’un côté, soit l’existence d’un conflit sous-jacent qui ne constitue pas un litige, soit l’indéfinition d’une situation juridique ou de droit, et, d’un autre côté, la reconnaissance par l’ordre juridique d’une autorité publique compétente pour en décider, qui ne doit pas être confondue avec des mécanismes alternatifs de règlement des différends tels que la conciliation, la transaction, la médiation ou l’arbitrage.⁴⁷

28. La réglementation de la juridiction gracieuse n’est pas toujours systématique ni aussi claire dans tous les États, mais on peut trouver des références aidant à une meilleure compréhension de ce type de juridiction ou procédure, même dans des traditions juridiques de signe différent. En France, par exemple, le Code de procédure civile fait référence à ce genre de juridiction aux articles 25 à 29, 60 et 62, 797 à 800 et 806 et 807, desquels il découle que l’adjectif « gracieuse », à cet égard, fait référence à une procédure « lorsqu’en l’absence de litige [le juge] est saisi d’une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l’affaire ou de la qualité du requérant, qu’elle soit soumise à son contrôle »⁴⁸.

29. Dans la doctrine italienne, en général, la définition la plus partagée de la juridiction gracieuse, à partir de G. ZANOBINI puis de P. CALAMANDREI, est celle d’« administration publique du droit privé » ou « administration du droit privé attribué aux organes juridictionnels ». « Cette définition met en évidence les particularités qui distinguent la juridiction gracieuse qui, à la différence de la procédure contentieuse civile, ne poursuit pas la résolution d’un litige ou la controverse entre les parties mais l’accomplissement de toutes les activités nécessaires pour la gestion d’un négoce juridique ou d’une affaire privée d’un ou plusieurs acteurs. Le juge, par conséquent, n’est donc pas appelé à régler un différend ou litige, mais à garantir un intérêt privé, parfois seulement indirectement de relevance ou intérêt public »⁴⁹.

30. Pour sa part, en Espagne, l’article 1.2 de la Loi 15/2015, du 2 juillet, de la *Jurisdicción Voluntaria*, établit que « [a]ux fins de la présente loi seront considérés comme dossiers relevant de la juridiction gracieuse tous ceux qui exigent l’intervention d’une juridiction pour la tutelle des droits et des intérêts en matière de droit civil et commercial, sans qu’il y ait une controverse qui doive être réglée dans une procédure contentieuse ». Et conformément au point IV du préambule de ladite loi, « [l]

⁴⁵ A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Jurisdicción voluntaria en derecho romano*, Madrid, Reus, 1986, p. 23.

⁴⁶ J. E. PFANDER / D. D. BIRK, “Article III Judicial Power, the Adverse-Party Requirement, and Non-Contentious Jurisdiction”, *op. cit.*, pp. 1407, 1408 et 1410. À propos de la tradition juridique anglo-saxonne, ces auteurs font référence aux procédures d’*equity*, *admiralty* ou *probate* comme exemples de la juridiction non contentieuse, bien connue des Pères Fondateurs ou *Framers*, aux États-Unis.

⁴⁷ F. J. GÓMEZ GALLIGO, “Naturaleza de las decisiones del notario en su función de Jurisdicción Voluntaria”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tome 57, année 2016-2017, *Colegio Notarial de Madrid*, pp. 555-557.

⁴⁸ Article 25 du Code de procédure civile.

⁴⁹ Voir S. DI GUARDO / L. VERZELLONI, “La Voluntaria Giurisdizione: un’occasione di innovazione sistemica nei servizi di Giustizia per il Cittadino”, *WP1/2012, Fondazione Irso*, Milano, p. 2.

a juridiction gracieuse est liée à l’existence des situations justifiant l’établissement de limitations à l’autonomie de la volonté dans le domaine du droit privé, qui empêchent l’obtention d’un certain effet juridique lorsque l’importance du sujet concerné, la nature de l’intérêt remis en cause ou son impact sur le statut des personnes concernées le justifient. Elle peut aussi être liée à l’impossibilité que des volontés individuelles nécessaires pour constituer ou rendre efficace un certain droit convergent. »

31. Néanmoins, il est vrai que selon le deuxième paragraphe de l’article 17.3 *in fine* de cette loi, si l’une des parties intéressées formule opposition, « cela ne transformera pas le dossier en contentieux ni empêchera de poursuivre la procédure jusqu’à ce qu’elle soit résolue sauf si la loi le prévoit expressément ». Cependant, même si cet article nuance, en quelque sorte, le fait de l’absence total de controverse ou de contestation comme caractéristique essentielle de la juridiction gracieuse, cela n’est qu’une nuance, à notre avis, car il y aurait sinon confusion entre les deux types de juridictions, ce qui n’est pas acceptable ni l’intention du législateur. Il est vrai que dans une procédure gracieuse il pourrait exister un éventuel conflit latent ou sous-jacent, qui ne s’est pas encore manifesté, mais, en tout état de cause, s’il y a une contestation quelconque, celle-ci devrait être aussi faible, atténuée ou anecdotique que possible pour qu’elle n’exige pas que la juridiction contentieuse en se charge du sujet, –le législateur ne considérant pas nécessaire le recours à la voie procédurale litigieuse dans un tel cas, en raison du caractère atténué de la contradiction⁵⁰. Par exemple, dans la procédure gracieuse qui règle la délivrance par le notaire de l’*acta de declaración de herederos abintestato* ou déclaration statuant qui sont les héritiers légaux à défaut de testament du *de cujus*, l’article 56.3 *in fine* de la *Ley del Notariado*, tel que rédigé par la *Ley de la Jurisdicción Voluntaria*, prévoit que « [t]oute partie intéressée pourra s’opposer à la prétention, soumettre des allégations ou fournir des documents ou d’autres éléments de jugement dans un délai d’un mois à partir du jour de la publication ou, le cas échéant, de la dernière publication de l’avis »⁵¹, opposition qui pourrait alors être résolue lors du déroulement de la procédure par devant le notaire, sauf si celui-ci estime que cette contestation a une telle entité qu’elle doit être tranchée par la juridiction contentieuse lors d’une procédure d’une autre nature sous la compétence judiciaire, clôturant le dossier notarial, car, en tout cas, la résolution des véritables controverses, litiges ou contentieux font l’objet de la juridiction contentieuse et non pas de la gracieuse⁵².

32. Par conséquent, comme nous venons de le constater, l’absence d’un véritable litige ou controverse est donc un trait commun aux procédures gracieuses et, dès lors, le principe de contradiction n’est ni une exigence ni un principe propre, par définition, caractérisant ce genre de procédures, ce qui n’empêche pas l’accès aux voies de recours et le besoin d’accomplissement du reste des exigences et garanties prévues à l’article 3.2 du Règlement. Ainsi, le critère fondamental pour une analyse de la notion de « juridiction » et pour la détermination ou la qualification de quand un notaire ou toute autre autorité ou professionnel du droit agit en tant que « juridiction » au sens du Règlement est-il, précisément, le contenu spécifique de la fonction ou activité concrète exercée par ce dernier et non s’il a ou n’a pas la compétence pour résoudre des litiges ou des controverses.

⁵⁰ A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, “La oposición en la jurisdicción voluntaria. Del art. 1817 LEC 1881 al art. 17.3 LJV 2015”, *R.E.D.S.* n° 7, Juillet-Décembre 2015, p. 16.

⁵¹ Concernant les dossiers relatifs à la désignation du *contador-partidor dativo* (liquidateur non-testamentaire), ou à l’approbation du partage fait par ce dernier, M. ESPEJO LERDO DE TEJADA estime que même si l’apparition de différends n’empêche pas la poursuite des procédures de juridiction gracieuse, face à l’apparition de celles-ci, l’autorité responsable du dossier décidera de continuer la procédure ou, au contraire, de renvoyer le dossier à la juridiction contentieuse en fonction des circonstances et de la portée de cette opposition (M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, “El contador-partidor dativo: algunas claves sobre su escaso arraigo práctico y sobre su regulación por la Ley de Jurisdicción Voluntaria”, *ADC*, tome LXX, 2017, fasc. I, p. 17).

⁵² L’article 209.5 du *Reglamento Notarial* prévoit, par rapport, en général, aux *actas de notoriedad* (procès-verbaux de notoriété), que le dossier sera interrompu par le notaire lorsqu’un procès judiciaire sur le même sujet a été initié et on lui en fournit la preuve.

VI. Statuer de sa propre autorité ou exercer un pouvoir décisionnel qui ne dépend pas de la seule volonté des parties. Compétence

33. Ce qui semblerait donc essentiel pour bien délimiter cette notion de « juridiction » prévue à l’article 3.2 du Règlement et qu’a d’ailleurs remarqué l’avocat général Bot dans ses conclusions dans l’affaire *WB*, c’est que, « s’agissant des autorités non judiciaires visées dans le règlement n° 650/2012, le seul critère utile est celui de l’exercice d’un pouvoir décisionnel⁵³ », -ayant l’autorité émettrice de l’acte ou décision, d’un certain rôle dans l’élaboration de celui-ci⁵⁴-, « quelle que soit la nature de la procédure, contentieuse ou gracieuse », et que, en conséquence, « l’expression “fonctions juridictionnelles” vise tant les procédures contentieuses que gracieuses, pour autant que ces dernières ne reposent pas sur la seule volonté des parties⁵⁵ ». Cette dernière remarque s’explique car l’article 3.2 exige, entre autres circonstances de son application, l’existence de voies de recours, ce qui ne peut avoir lieu en cas d’accord préalable ou conformité de toutes les parties intéressées en raison du principe de l’estoppel ou de *non venire contra factum proprium*. En effet, comme le rappelle l’avocat général dans le point 80 des conclusions dans ladite affaire *WB*, « [l]e constat du fondement consensuel de la procédure dont le corollaire est l’absence de voies de recours conduit à devoir écarter toute discussion sur l’équivalence des effets de l’acte délivré à ceux d’une décision rendue par une autorité judiciaire, au sens de l’article 3, paragraphe 2, premier alinéa, sous b), du règlement n° 650/2012, dès lors que les critères de qualification fixés à l’article 3, paragraphe 2, premier alinéa, de ce règlement sont cumulatifs. »

34. L’avocat général Bot, dans le point 79 des mêmes conclusions, confond, à notre avis, le critère du pouvoir décisionnel avec celui de la compétence car il dit que « la compétence de l’autorité non judiciaire en cause ne doit pas dépendre de la seule volonté des parties ». Il argumente que, « [e]n effet, dans un tel cas, quand bien même cette autorité devrait procéder à des vérifications, son rôle consiste à enregistrer l’accord de celles-ci et à les renvoyer devant l’autorité judiciaire en cas de difficultés ». Bien qu’exprimé d’une façon imprécise puisque l’activité notariale ne se résume pas à un simple enregistrement d’accords, il insiste sur la nécessité de ne pas confondre les fonctions juridictionnelles attribuées ou accordées au notaire avec l’activité notariale ordinaire, qui ne relève pas de la notion de « juridiction » et dans l’exercice de laquelle l’accord et la conformité des parties sur le fond de l’acte est, en principe, un réquisit indispensable pour qu’il puisse l’autoriser. Dans le cas d’espèce, dans l’affaire *WB*, la CJUE estime que le notaire ne fait pas usage d’un pouvoir décisionnel lorsque les activités notariales sont exercées à la demande concordante des parties intéressées, en laissant intactes les prérogatives du juge en l’absence d’accord des parties, alors même que les notaires ont l’obligation (en vertu de la loi polonaise) de vérifier le respect des conditions légalement exigées pour la délivrance d’un certificat d’hérédité⁵⁶. Mais, en fait, plutôt que la demande concordante des parties, le point fondamental est celui de la conformité des parties sur le fond, si c’est la condition pour que le notaire puisse autoriser l’acte, ce qui exclurait sa compétence pour statuer ou décider de sa propre autorité.

35. Mais en quoi consiste ce pouvoir décisionnel ? Il ne devrait surtout pas être assimilé au fait d’être compétent pour trancher un litige, contentieux ou controversé, mais à celui de pouvoir aller au-delà des fonctions ordinaires typiques du notaire, c’est-à-dire, essentiellement, le conseil et la rédaction d’actes en adaptant la volonté des parties à la loi, le contrôle de la légalité des actes et des accords, l’authentification des documents et l’exercice de la foi publique. En fait, l’exercice de la juridiction gracieuse par le notaire en Espagne peut être considérée comme une fonction séparée ou distincte de ces dernières⁵⁷.

⁵³ Voir point 79.

⁵⁴ Point 81 préc. des conclusions de l’avocat général Bot dans l’affaire CJUE 9 mars 2017, *Zulfikarpašić*, préc.

⁵⁵ Voir point 86 des conclusions de l’avocat général Bot dans l’affaire CJUE 23 mai 2019, *WB*, préc.

⁵⁶ Point 59, CJUE 23 mai 2019, *WB*, préc.

⁵⁷ F.J. GÓMEZ GÁLIGO, “Naturaleza de las decisiones del notario en su función de Jurisdicción Voluntaria”, *op. cit.*, pp. 569-570. Il fait référence à la Résolution du 18 juillet 2016, *BOE* du 19 septembre 2016, de la *Dirección General de los Registros y del Notariado* (Direction Générale des Registres et du Notariat) du Ministère de la Justice espagnol, où, dans son Fondement Juridique 6 il a été déclaré que le fait de l’approbation par le notaire du partage successoral fait par le *contador-partidor* (liqui-

36. Le notaire peut avoir ces compétences de nature juridictionnelle comprenant le pouvoir décisionnel, dont nous parlons ici, quand celles-ci lui sont attribuées par l'État. Dans ce cas, il exerce une fonction différente aux fonctions notariales ordinaires en prenant de sa propre autorité des décisions ou émettant des jugements d'équité ou de légalité, une appréciation de juste cause ou des qualifications sur des situations de fait ou de droit avec des conséquences similaires à celles d'une décision judiciaire proprement dite⁵⁸, indépendamment d'accord, conformité ou consentement des parties intéressées, soit au moment d'y faire recours, soit sur la décision adoptée ou le jugement émis par ce dernier⁵⁹.

37. Concernant les références au fait que la compétence de l'autorité en cause ne doit pas dépendre de la seule volonté des parties, il est important de souligner ce qui doit être considéré comme compétence à cet égard, car la notion de compétence peut répondre soit à la question de « qui ou quelle » est l'autorité compétente, soit à la question de « sur quoi ou sur quelle question » cette autorité a la compétence de décider. Dans la première question, lorsqu'il s'agit du notaire exerçant ses fonctions typiques ou non juridictionnelles, le droit de libre élection ou de choix de notaire s'applique et le notaire agit alors sur rogation de la partie ou des parties intéressées sans se soumettre, en principe, à une règle de compétence quelconque⁶⁰. Par contre, si le notaire agit comme « juridiction » il devra se soumettre aux règles de compétence, tout d'abord internationales pour établir sa compétence internationale à partir des articles 4 et suivantes du Règlement (UE) 650/2012 et, par la suite, aux règles nationales de compétence applicables établies par l'État membre correspondant⁶¹. Mais si l'on répond d'un point de vue matériel ou substantif à la question de la compétence, il est vrai que, quand il n'agit pas comme « juridiction », l'intervention du notaire dépendra, en principe, du fait que toutes les parties seront d'accord et prêteront leur conformité à l'acte, même s'il devra vérifier pour l'autoriser, leur identité, capacité, légitimation et

dateur testamentaire) selon l'article 843 du *Código civil* (Code civil), soumis aux règles de compétence de l'article 66.2 de la *Ley del Notariado*, est différent du fait même de l'autorisation notariale de l'acte authentique du partage, qui peut être fait par un autre notaire, cette autorisation n'étant pas soumise aux règles de compétence.

⁵⁸ Voir à cet égard, par exemple, en Espagne, à part la *Ley de la Jurisdicción Voluntaria* mentionnée, la référence dans l'article 17.1, paragraphe 8, *in fine*, de la *Ley del Notariado*, concernant la constatation dans les *actas* (procès-verbaux) notariés, parmi d'autres éléments, des jugements ou qualifications émis par le notaire.

⁵⁹ I. GOMÁ LANZÓN souligne, à cet égard, qu'il faut veiller aux compétences en matière de juridiction gracieuse attribuées en Espagne au notaire. Dans ces dossiers il n'émet pas seulement un jugement ou qualification mais prend une décision, évaluant, par exemple, une estimation économique, la concurrence de cause juste ou la préjudiciabilité, nocivité ou proportionnalité de certains accords, comme, par exemple, lors de l'approbation du partage héréditaire fait par le *contador-partidor dativo*, le paiement en espèces des droits des réservataires ou l'appréciation de juste cause pour la renonciation à la charge d'*albacea* (exécuteur testamentaire) ou *contador-partidor*. Voir I. GOMÁ LANZÓN, "Nuevas atribuciones y función notarial", in C. P. BARRIO DEL OLMO (COORD.), *Jurisdicción Voluntaria Notarial. Estudio práctico de los nuevos expedientes en la Ley de jurisdicción voluntaria, Ley hipotecaria y Ley de navegación marítima*, Colegio Notarial de Madrid, Cizur Menor, Thomson Reuters – Aranzadi, 2015, pp. 45-46.

⁶⁰ Voir, en Espagne, les articles 3.2 et 126 du *Reglamento Notarial*.

⁶¹ En Espagne, par exemple, on trouve des règles internes de compétence territoriale pour des dossiers successoraux de la juridiction gracieuse dans les articles de la *Ley del Notariado* (modifiée par la disposition finale 11^a de la *Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria*) numéros 55.1, sur les déclarations de succession ab intestat ; 57.1, 61.1, 64.1, relatifs aux procédures de présentation, d'authentification, d'ouverture et enregistrement des testaments fermés, olographes et accordés sous forme orale, respectivement ; 66.2, relatif aux dossiers de renonciation de l'*albacea* à sa charge ou de prolongation de son mandat, de la nomination d'un *contador-partidor dativo* dans les cas prévus à l'article 1057 du *Código civil* ; de démission du *contador-partidor* désigné ou de prolongation de son mandat ; et de l'approbation du partage effectué par le *contador-partidor* lorsqu'il n'y a pas de confirmation de tous les héritiers et légataires ; ou 67.1, sur l'établissement de l'inventaire en vue de la renonce ou l'acceptation de la succession à concurrence de l'actif net. Tout cela sans préjudice de l'interprétation analogique faite par la *Dirección General de los Registros y del Notariado* dans les Résolutions du 18 juillet 2016 (*BOE* du 19 septembre 2016) et du 22 septembre 2017 (*BOE* du 16 octobre 2017), établissant aussi des critères similaires de compétence territoriale omis par la loi à propos du dossier relatif au pouvoir de paiement en espèces de la réserve héréditaire par le *contador-partidor* prévu à l'article 843 du *Código civil*, où, en absence de règle expresse, l'approbation notariale du partage est régie par la règle de compétence de l'article 66 de la *Ley del Notariado* applicable au partage effectué par le *contador-partidor dativo* lorsque cette approbation notariale soit nécessaire à défaut de conformité de tous les héritiers et légataires.

En Lituanie, selon le point 30 de la demande de décision préjudicielle à la CJUE dans l'affaire pendante C-80/19, *E.E.*, renvoyée le 4 février 2019, l'article 28 de la loi relative au notariat prévoit que « les actes notariés peuvent être dressés auprès de tout notaire, sauf en matière successorale. Le ministre de la Justice de la République de Lituanie fixe dans ces cas le ressort territorial des notaires. [...] ».

consentement entre autres exigences, ainsi que la légalité de l'acte ; mais agissant comme « juridiction » au sens de l'article 3.2, il aura la marge ou le pouvoir, fonction, tâche ou compétence, soit de décider, soit d'émettre un jugement ou appréciation sur des faits et des droits, indépendamment de l'existence d'accord ou de désaccord des parties concernées, même s'il n'agit pas *ex officio* mais sur rogation, au moins, d'une partie intéressée quelconque. Ni de l'unanimité d'action de toutes les parties ni leur accord sur le fond ne sont nécessaires pour que le notaire puisse prendre la décision ou le jugement dans ce cas d'exercice de fonctions juridictionnelles, comme cela a déjà été évoqué.

38. En tout état de cause, il convient de souligner que le fait que toutes les parties concernées puissent agir ensemble comme requérants ou être d'accord avec la sollicitude au notaire de statuer, ou avec le résultat de sa décision à l'issue de la procédure gracieuse en cause, ne changerait pas la nature juridictionnelle de son activité dans le cas où une véritable fonction juridictionnelle a été exercée, c'est-à-dire, si le notaire a statué ou décidé de sa propre autorité, indépendamment de l'éventuel accord des parties, sans avoir besoin dudit accord pour statuer ou décider, comme c'est le cas des dossiers de la juridiction gracieuse en Espagne.

39. En outre, quant à la constatation de la CJUE dans le point 60 de l'affaire *WB* selon laquelle, dans le cas d'espèce, les notaires exercent « une profession libérale qui implique, en tant qu'activité principale, la prestation de plusieurs services distincts contre rémunération, fixée sur la base d'un accord avec les parties, dans la limite d'un barème », et que « dès lors, lesdites activités ne sauraient être regardées comme participant, en tant que telles, à l'exercice de fonctions juridictionnelles »⁶², nous estimons que ces observations ne peuvent pas constituer non plus une argumentation de base pour qualifier si la nature de la fonction notariale relève de la notion de « juridiction » puisque la CJUE s'appuie de nouveau ici sur un aspect purement organique et non fonctionnel. Si un État attribue aux notaires, autres autorités ou professionnels du droit l'exercice des fonctions juridictionnelles, il faudrait vérifier qu'ils agissent bien, indépendamment des moyens matériels employés dans cet exercice ou de leur système de rémunération, avec le pouvoir décisionnel précédemment évoqué, exerçant un certain rôle dans l'élaboration de l'acte ou la décision et remplissant les exigences de l'article 3.2 du Règlement que nous étudierons dans la section VII. Notamment par rapport au notaire, la question relative à la rémunération ne devrait pas constituer un argument essentiel, d'un côté, pour qu'il puisse être qualifié comme « juridiction » au sens du Règlement, ni, d'un autre côté, pour le caractériser comme un professionnel libéral tout court, car c'est un fonctionnaire ou officier public qui prête un service public étatique, bien qu'à travers des moyens privés qui doivent donc être rémunérés. Par conséquent, l'analyse et la qualification de la nature des fonctions juridictionnelles ou non juridictionnelles des autorités non judiciaires ou des professionnels du droit ne devraient pas se déduire de leur rémunération ou des moyens utilisés dans leur exercice, mais plutôt du contenu proprement dit des activités et des fonctions exercées, considérées en tant que telles, ainsi que des effets, valeur et portée de leurs décisions.

VII. Principes et réquisits prévus par l'article 3.2 : perspective espagnole

40. Comme nous l'avons déjà mentionné à plusieurs reprises, l'article 3.2 Règlement (UE) 650/2012 permet que dans la notion de « juridiction » aux fins de ce Règlement puissent aussi s'intégrer toute autre autorité non judiciaire et tout professionnel du droit compétents en matière de successions exerçant des fonctions juridictionnelles ou agissant en vertu d'une délégation de pouvoirs d'une autorité judiciaire ou sous le contrôle d'une autorité judiciaire, « pour autant que ces autres autorités et professionnels du droit offrent des garanties en ce qui concerne leur impartialité et le droit de toutes les parties à être entendues, et que les décisions qu'ils rendent en vertu du droit de l'État membre dans lequel ils exercent leurs fonctions : a) puissent faire l'objet d'un recours devant une autorité judiciaire ou d'un contrôle par une telle autorité ; et b) aient une force et un effet équivalents à une décision rendue par

⁶² Voir le point 61, CJUE 23 mai 2019, *WB*, préc.

une autorité judiciaire dans la même matière. »⁶³ Le dernier alinéa de l’article 3.2 du Règlement (UE) 650/2012 prévoit aussi que « [l]es États membres notifient à la Commission les autres autorités et professionnels du droit visés au premier alinéa conformément à l’article 79 ».

41. C’est pourquoi, une fois étudié en quoi consiste l’activité et l’exercice d’une fonction juridictionnelle par le notaire ou une autre autorité non judiciaire ou professionnel du droit, qu’elle leur soit accordée directement et de façon générale par l’État afin de régler certains dossiers, ou déléguée spécifiquement par une autre juridiction pour le règlement d’un cas particulier, il faudrait vérifier si dans l’exercice de ces fonctions, les exigences ou principes procéduraux qui permettent l’application de la notion de juridiction telle qu’envisagée par l’article 3.2 sont aussi remplies, ce que nous allons faire, depuis la perspective de la législation espagnole concernant les dossiers de juridiction gracieuse accordés au notaire, en tant qu’organe de la juridiction gracieuse⁶⁴.

1. Impartialité

42. Tout d’abord, en ce qui concerne le critère ou exigence d’impartialité prévue à l’article 3.2, le notaire espagnol, selon son statut légal, jouit d’une autonomie et d’une indépendance totale dans l’exercice de toutes ses fonctions et dans la manière de s’organiser, même si, administrativement, il dépend hiérarchiquement et directement du Ministère de la Justice et, notamment, de la *Dirección General de los Registros y del Notariado*⁶⁵, actuellement dénommée *Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública*⁶⁶. Il a en particulier le devoir d’être impartial dans l’exercice de ses fonctions, en traitant toutes les parties sur un pied d’égalité sans se limiter à une neutralité purement formelle, et doit aussi veiller à la protection des intérêts des tiers qui puissent être concernés par l’acte qu’il autorise⁶⁷. Le cas échéant et « sans détriment de son impartialité »⁶⁸, il prêtera une attention spéciale à la partie requérante ayant plus besoin de conseil ou d’assistance⁶⁹.

2. Droit de toutes les parties à être entendues

43. Quant aux garanties concernant le droit de toutes les parties à être entendues lors des procédures de juridiction gracieuse attribués aux notaires, soit en exclusivité, soit partagées ou en concurrence avec d’autres autorités, ce droit est envisagé dans la réglementation concrète relative à chaque dossier, où l’on trouve des prévisions à cet égard. C’est le cas, par exemple, de l’article 56.2 de la *Ley del Notariado*, sur les déclarations de succession ab intestat ; les articles 57.3, 62.6, 65.2 de la *Ley del Notariado*, relatifs aux procédures de présentation, d’authentification, d’ouverture et d’enregistrement des testaments fermés, olographes et accordés sous forme orale ; l’article 1014 du *Código civil* et l’article 67.3 de la *Ley del Notariado*, sur l’établissement de l’inventaire en vue du renoncement ou de l’acceptation de la succession à concurrence de l’actif net ; ou l’article 1057.2 du *Código civil*, sur la désignation du *contador-partidor dativo*.

⁶³ La CJUE, dans le point 52 de l’arrêt du 23 mai 2019, *WB*, préc., déclare que « [l]es conditions énumérées à l’article 3, paragraphe 2, premier alinéa, du règlement n° 650/2012, [...] garantissent le respect du principe de confiance mutuelle dans l’administration de la justice dans les États membres qui sous-tend l’application des dispositions de ce règlement relatives à la reconnaissance et à l’exécution des décisions, conformément au chapitre IV dudit règlement, et qui justifie la différence de régime applicable à la circulation des décisions et des actes dans les États membres ».

⁶⁴ Voir article 3 du *Reglamento Notarial* (voir *supra* note 21).

⁶⁵ Voir article 1 du *Reglamento Notarial*.

⁶⁶ Direction Générale de Sécurité Juridique et Foi Publique.

⁶⁷ J. E. GOMÁ SALCEDO, *Derecho notarial*, op. cit., p. 58.

⁶⁸ Article 147 du *Reglamento Notarial*.

⁶⁹ Il est de plus assujéti aux règles d’incompatibilité (articles 16 *Ley del Notariado* et 138 et suivantes du *Reglamento Notarial*, entre autres normes) et les conduites qui ne permettent pas d’exercer ses fonctions avec impartialité constituent aussi une infraction grave (article 349.c du *Reglamento Notarial*).

3. Voies de recours judiciaires

44. En ce qui concerne les derniers réquisits de l’article 3.2, à commencer par l’exigence que les décisions rendues par ces autres autorités ou professionnels du droit puissent faire l’objet d’un recours devant une autorité judiciaire ou d’un contrôle par une telle autorité, en Espagne, l’article 19.4 de la *Ley de la Jurisdicción Voluntaria* prévoit la possibilité de recours à la juridiction contentieuse pour réviser ce qui a été arrêté lors de la procédure gracieuse, puisqu’il établit que « [l]e règlement d’un dossier de juridiction gracieuse n’empêchera pas l’ouverture d’une procédure judiciaire ultérieure avec le même objet que ledit dossier, la décision judiciaire devant statuer sur la confirmation, la modification ou la révocation de ce qui a été décidé dans le dossier de juridiction gracieuse »⁷⁰. En dehors de cette règle générale, il existe des prévisions concrètes établissant ce droit du recours aux tribunaux concernant certains dossiers et procédures de la juridiction gracieuse attribués aux notaires comme, par exemple, l’article 56.3 de la *Ley del Notariado*, à propos des déclarations de succession ab intestat ; les articles 60 *in fine*, 63 *in fine* et 65.6 de la *Ley del Notariado*, relatifs aux procédures de présentation, authentification, ouverture et enregistrement des testaments fermés, olographes et accordés sous forme orale ; ou l’article 68.4 de la *Ley del Notariado*, sur l’établissement de l’inventaire en vue du renoncement ou de l’acceptation de la succession à concurrence de l’actif net.

4. Force et effet des décisions équivalents à ceux des décisions rendues par une autorité judiciaire

45. Quant au réquisit pour les décisions rendues par ces autres autorités et professionnels en vertu du droit de l’État membre dans lequel ils exercent leurs fonctions d’avoir une force et un effet équivalents à ceux d’une décision rendue par une autorité judiciaire dans la même matière, nous avons déjà fait référence à la force exécutoire de l’acte authentique notarial, qui a aussi une force probante⁷¹, parmi d’autres qualités –comme, par exemple, les effets déclaratifs, constitutifs ou d’opposabilité aux tiers-. Mais, la question qui semble ici la plus importante, est de savoir si les décisions rendues par ces autres autorités ont des effets équivalents à ceux d’une décision rendue par une autorité judiciaire. Le droit espagnol donne une réponse affirmative à cette question concernant les dossiers relevant de la juridiction gracieuse, car, sans préjudice des voies de recours à la juridiction contentieuse précitées dans le paragraphe précédent, selon l’article 19.3 de la *Ley de la Jurisdicción Voluntaria*, « [u]ne fois réglé un dossier de juridiction gracieuse et rendue définitive la décision, un autre dossier ne pourra être engagé sur le même objet, à moins que les circonstances qui y ont donné lieu ne changent. La décision prise oblige toute autre action ou dossier ultérieur connexes à ce dernier. Cela s’applique également aux dossiers traités par les notaires et les conservateurs des hypothèques ou des registres de commerce dans des questions dont la compétence est concurrente à celle des greffiers. »

46. On pourrait donc parler d’effets similaires à ceux de la *res iudicata* ou chose jugée dans le domaine de la juridiction gracieuse d’un point de vue formel et matériel puisque la décision définitive rendue dans ce genre de procédure ne pourra pas faire l’objet d’un recours dans ce même domaine de la juridiction gracieuse, et le même sujet ne pourra pas non plus faire l’objet d’un autre dossier de juridiction gracieuse sauf s’il y a des circonstances nouvelles ou des changements. Cette règle s’applique aux décisions prises par les notaires et conservateurs des hypothèques ou des registres de commerce

⁷⁰ En cas de contestation contre l’action du notaire dans la procédure gracieuse, A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA estime qu’une voie vers une procédure judiciaire autonome serait nécessaire au lieu d’une voie de recours (voir A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, “La jurisdicción voluntaria notarial en el contexto del Reglamento (UE) nº 650/2012”, in A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ / F.J. GARCÍA MAS (coords.), *La jurisdicción voluntaria. Una apuesta por la eficacia*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 106.

⁷¹ L’article 457 du Code de procédure civile français prévoit que « [l]e jugement a la force probante d’un acte authentique, sous réserve des dispositions de l’article 459.2 ». Voir à propos de la force probante des actes authentiques selon la législation espagnole, par exemple, l’article 319 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* et l’article 1218 du *Código civil*, et sur leur force exécutoire, l’article 517 de ladite *Ley de Enjuiciamiento Civil* et l’article 17 de la *Ley del Notariado*.

lorsqu’ils exercent des compétences dans le domaine de la juridiction gracieuse, soit de façon exclusive, soit alternativement ou en les partageant avec les greffiers, même s’il ne s’agit pas des effets de *res iudicata* ou chose jugée, proprement dits, qui sont des effets réservés aux résolutions judiciaires dans le sens strict du mot, mais des effets similaires à ceux qui sont propres de la chose jugée⁷². La référence faite au dernier alinéa de l’article 19.3 précité a pour but d’éviter d’interpréter que si des compétences sur les mêmes types de procédures de juridiction gracieuse soient partagées entre les notaires, dans ce cas, et les greffiers, il pourrait exister une possibilité d’avoir recours, sur le même sujet, de forme parallèle ou successive, devant n’importe laquelle des autorités compétentes, sans que soit alors respectée l’interdiction du *non bis in idem* et aboutissant donc à un problème de litispendance⁷³. Cela s’applique aussi aux notaires dans les dossiers où ils ont la compétence exclusive car, pour la même raison, ils doivent rejeter leur compétence sur les dossiers quand leur objet a été déjà décidé par un autre notaire compétent ou quand il y a une procédure déjà entamée sur le même sujet⁷⁴. Par conséquent, les décisions rendues par ces autres autorités et professionnels ont des effets similaires à ceux des décisions judiciaires, comme on vient de l’évoquer, mais susceptibles de faire l’objet de recours dans le domaine de la juridiction contentieuse selon l’article 19.4 de la *Ley de la Jurisdicción Voluntaria* précitée et les dispositions spécifiques sur les dossiers concernés.

5. Notification de l’article 3.2 *in fine* du Règlement

47. L’article 3.2 *in fine* du Règlement (UE) 650/2012 prévoit l’obligation pour les États membres de notifier à la Commission Européenne qui sont ces autres autorités et professionnels du droit exerçant des fonctions juridictionnelles dans la matière successorale, conformément à l’article 79 du Règlement. Selon la jurisprudence de la CJUE dans l’affaire *WB*⁷⁵, cette notification crée la présomption que les autorités nationales ayant été déclarées comme telles constituent des « juridictions » au sens de l’article 3.2, mais cela ne suffit pas pour conclure qu’une autorité qui n’ait pas été l’objet de cette communication ne satisfait pas aux conditions visées dans cet article, la notification n’ayant qu’une valeur indicative. La notification ou même l’absence de notification n’empêchera donc pas à la CJUE la capacité de réviser si une autorité ou professionnel du droit quelconque exerce des fonctions juridictionnelles comprises dans la notion de « juridiction » au sens de l’article 3.2 du Règlement⁷⁶.

48. Dans le cas de l’Espagne, le Ministère de la Justice a communiqué, et c’est ainsi publié dans le portail « e-Justice » de la Commission Européenne, qu’aux effets de cet article et de l’article 79 du Règlement, dans la notion de « juridiction » sont inclus « les notaires, pour ce qui est des déclarations de succession ab intestat, des procédures de présentation, d’authentification⁷⁷, d’ouverture et de certification des testaments fermés, olographes et oraux, ainsi que de l’établissement de l’inventaire »⁷⁸, c’est-à-dire

⁷² A. FERNÁNDEZ DE BUIJÁN Y FERNÁNDEZ, “La cosa juzgada en la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 755, p. 1348.

⁷³ Voir article 6 de la *Ley de la Jurisdicción Voluntaria* sur le traitement simultané ou postérieur des dossiers ou procédures.

⁷⁴ Voir, par exemple, l’article 209 bis.3 du *Reglamento Notarial* par rapport aux déclarations de succession ab intestat.

⁷⁵ Voir points 43 et 48.

⁷⁶ P. WAUTELET s’est manifesté contre cette possibilité de révision (voir A. BONOMI / P. WAUTELET, *Le droit européen des successions : commentaire du règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, op. cit., p. 173 ; ou A. BONOMI / P. WAUTELET, *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al reglamento (UE) núm. 650/2012, de 4 de julio de 2012*, op. cit., p. 139).

⁷⁷ Il s’agit d’une fonction de nature juridictionnelle dans laquelle le notaire doit émettre une décision ou une qualification statuant de sa propre autorité si les documents ou les dernières volontés que lui sont soumis sont authentiques, attribuables au testateur et valables pour qu’ils puissent déployer les effets qui leurs sont propres ; le résultat de cette fonction juridictionnelle étant donc une décision. Voir dans ce sens, aussi, I. ESPINEIRA SOTO, “Competencia internacional del Notariado Español en expedientes de jurisdicción voluntaria al hilo de una STJUE”, 2018, in <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/competencia-internacional-del-notariado-espanol-en-expedientes-de-jurisdiccion-voluntaria-al-hilo-de-una-stjue/#autenticacion>.

⁷⁸ Voir https://e-justice.europa.eu/content_succession-380-es-fr.do?member=1#a_53 (dernière mise à jour au 14 avril 2020). Ce site fait référence expressément aux articles 55 et 56, 57 à 65 et 67 à 68 de la *Ley del Notariado*, dans la version figurant dans la disposition finale 11ª de la *Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria*.

uniquement des dossiers où le notaire a la compétence exclusive⁷⁹. Cependant, à notre avis, il y a encore des cas non communiqués qui entreraient aussi dans le sens de ladite notion de «juridiction» et une révision de la notification espagnole devrait être faite, afin d'inclure les dossiers relevant de la juridiction gracieuse dans le domaine des successions attribués aux notaires en concurrence avec les greffiers⁸⁰, le manquement de notification de ces cas ayant des conséquences importantes du point de vue de l'application des règles de compétence, circulation et reconnaissance des décisions prévues par le Règlement.

49. D'où l'importance fondamentale d'une révision de la jurisprudence de la CJUE en ce qui concerne cette notion de «juridiction», puisque les références faites dans l'affaire *WB*, même si cet arrêt ne tranche qu'une question préjudicielle, pourraient causer plus de confusions et aussi des erreurs de la part des États membres pour qualifier qui sont les autorités non judiciaires ou les professionnels du droit aussi compris dans cette notion selon leur système juridique. Certains États qui n'ont pas notifié d'autorités ou de professionnels du droit devant être compris dans cette notion pourraient alors omettre de les notifier et d'autres qui en ont communiqué, en cas de révision de leur notification, pourraient les exclure, étant donné que l'argumentation de la CJUE, que nous contestons ici, peut induire à l'erreur.

VIII. Conclusion

50. Sans disputer ni contester la décision finale prise par la CJUE dans l'affaire *WB*, cette étude soutient que la CJUE devrait revenir sur son interprétation afin de nuancer l'argumentation qui l'a amenée au résultat de ladite affaire en ce qui concerne la délimitation de la notion de «juridiction», puisque rattacher cette notion à l'exigence pour le notaire, l'autorité non judiciaire ou le professionnel du droit d'avoir la compétence ou la capacité de résoudre un éventuel litige ou controverse entre les parties concernées, ou au fait que l'autorité mentionnée à l'article 3.2 du Règlement 650/2012 puisse faire référence seulement aux tribunaux proprement dits, identifiés d'un point de vue purement organique ou institutionnel, viderait de sens, but et contenu cet article et la raison pour laquelle le législateur européen l'a introduit dans ce Règlement.

51. La CJUE semble méconnaître dans cette jurisprudence la notion et les enjeux de la juridiction gracieuse et les procédures normalement comprises sous cette rubrique, dans lesquelles la contradiction entre les parties concernées n'est pas un principe qui les définit, et qui n'ont pas pour but la résolution des litiges ou controverses proprement dits, ce qui est matière propre de la juridiction contentieuse. C'est la raison pour laquelle les procédures gracieuses sont dans certains cas attribuées à des notaires ou des autorités différentes des autorités judiciaires dans le sens ordinaire du terme «juridiction».

52. Dans certains États membres, les notaires, notamment, exercent dans quelques situations des fonctions juridictionnelles, s'agissant normalement des procédures gracieuses, sans avoir d'attributions pour trancher des litiges et des controverses *stricto sensu*, mais avec le pouvoir de statuer et de prendre des décisions ou d'émettre des jugements ou des qualifications sur des questions de fait ou de droit. Méconnaître ces réalités et les exclure de la notion de «juridiction» au sens de l'article 3.2 du Règlement porterait atteinte à l'objectif de cet instrument et à sa correcte application, en particulier en ce qui concerne les règles de compétence et celles relatives à la circulation et à la reconnaissance des décisions ou acceptation des actes authentiques, et pourrait avoir des conséquences négatives du point de vue pratique et légal que la CJUE ne devrait pas négliger.

⁷⁹ A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, *Las sucesiones mortis causa en Europa. Estudio del Reglamento n° 650/2012*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, p. 467.

⁸⁰ Voir *supra* note 41.

LA PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DEL ABUSO
DE LA CONTRATACIÓN LABORAL TEMPORAL
EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. COMENTARIO
A LA STJUE DE 19 MARZO 2000 (ASUNTOS ACUMULADOS
C-103/18 Y C-429/18)

THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF ABUSE
OF FIXED-TERM EMPLOYMENT CONTRACTS IN THE PUBLIC
ADMINISTRATIONS. COMMENT ON THE JUDGEMENT
OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION
OF 19 MARCH 2000 (JOINED CASES C-103/18, C-429/18)

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ ABELLEIRA
Profesor titular de Derecho del Trabajo
Universidad Carlos III de Madrid

Recibido: 15.06.2020 / Aceptado: 13.07.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5649>

Resumen: El endémico problema del abuso de la contratación laboral temporal en las administraciones públicas españolas genera un nuevo pronunciamiento del TJUE, que sostiene que la renovación de contratos temporales para cubrir necesidades permanentes contraviene la letra y el espíritu de la Directiva 1999/70. La sentencia analiza la eficacia de algunas medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, como en particular la conversión de la relación temporal en “indefinida no fija”. Esta medida no permite alcanzar la finalidad perseguida por la cláusula 5 del Acuerdo Marco. Tampoco el consentimiento del trabajador puede considerarse que prive de carácter abusivo al comportamiento del empleador.

Palabras clave: contratos laborales temporales, Directiva 1999/70, administraciones públicas, indefinidos no fijos.

Abstract: The endemic problem of abuse of fixed-term employment contracts in the Spanish public administrations leads to a new judgment of the Court of Justice of the European Union, which holds that the renewal of fixed-term contracts to meet permanent needs is against the letter and purpose of Directive 1999/70. The judgement examines the efficacy of other equivalent legal measures to prevent abuses, such as the transformation of the temporary relationship into a “temporary relationship with a contract of indefinite duration”; this measure is not appropriate for the purpose of attaining the objective pursued by clause 5 of the Framework Agreement. Worker’s consent cannot be construed as removing the abusiveness of the employer’s behavior.

Keywords: fixed-term employment contracts, Directive 1999/70, public administrations, temporary relationship with a contract of indefinite duration.

Sumario: I. Introducción. II La sucesión de contratos temporales. III. Razones objetivas que justifican la contratación temporal. IV. Medidas para prevenir y sancionar los incumplimientos. V. La singular figura del indefinido no fijo. VI. El valor del consentimiento del trabajador. VII. Eficacia de las directivas e interpretación conforme.

I. Introducción

1. La problemática jurídica del trabajo de duración determinada en España ha dado lugar a varias sentencias del Tribunal de Justicia y a un volumen impresionante de litigios en la jurisdicción ordinaria española. Dicha problemática se corresponde con la realidad de un mercado de trabajo dual, en el que trabajadores indefinidos y trabajadores temporales corren suertes diversas, especialmente en tiempos de crisis económica. Esto viene siendo así desde los ya lejanos años 80 del siglo pasado, sin que las múltiples reformas a lo largo de todas estas décadas hayan conseguido resolver el tema¹.

2. El problema es especialmente delicado en el sector público. Según datos de la última Encuesta de Población Activa, la del primer trimestre de 2020, la tasa de temporalidad del sector privado es del 24,41 por 100, mientras que la del sector público es superior: 27,49 por 100. Son datos que sitúan a España a la cabeza de la clasificación de países de la UE por peso del trabajo temporal en su mercado laboral. Nuestra tasa de temporalidad se aleja mucho de la media de la UE o de la Eurozona, que, según la información que proporciona Eurostat, ronda normalmente entre el 11 y el 12 por 100². El problema de la temporalidad en el sector público afecta no solo a los trabajadores con relación laboral, sino también a los empleados con relaciones estatutarias o funcionariales sujetas al derecho administrativo.

3. El abuso de la temporalidad por las administraciones públicas españolas es un problema endémico, sobre el que ni el legislador ha acertado (más bien ha abdicado) ni tampoco los tribunales han tenido excesiva fortuna. Baste recordar el episodio rocambolesco del caso *Ana de Diego Porras*, con una primera controvertida sentencia del TJUE de 14 septiembre 2016 (C-596/14) y una segunda de 21 noviembre 2018 (C-619/17), “casando” lo sentado en la primera³, *Montero Mateos y Grupo Norte Facility* mediante⁴. La historia jurisprudencial de la figura del indefinido no fijo en España, con sus idas y venidas, tampoco es la historia de un éxito y pone de relieve lo trabajoso y desorientador de la creación judicial del derecho⁵.

4. En la reciente sentencia del TJUE de 19 marzo 2020 (asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18), se resuelven las cuestiones prejudiciales planteadas por dos Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Madrid, en sendos supuestos fácticos que implican a personal estatutario temporal del Servicio Público de Salud de la Comunidad de Madrid. Los dos supuestos reflejan una realidad tristemente habitual en el sector público. Como señala uno de los juzgados remitentes,

“el sector público de la salud español se caracteriza, desde hace mucho tiempo, por la desnaturalización de las relaciones de servicio de duración determinada. Los empleados públicos con relaciones de servicio de duración determinada encadenan varias relaciones de servicio, trabajando todos o casi todos los días del año durante varios años, ya que la causa de su nombramiento se cumple siempre. Estos empleados ejercen las mismas funciones que el personal estatutario fijo. De este modo, cubren en realidad necesidades permanentes de personal. Por lo tanto, en esta rama del sector público español existe un problema estructural que se traduce en un elevado porcentaje de empleados públicos temporales, cuya contribución es esencial para el buen funcionamiento de dicho sector; así como en la inexistencia de límites máximos al número de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada y en el incumplimiento de la obligación legal de proveer las plazas ocupadas temporalmente por dicho personal mediante el nombramiento de empleados públicos con relaciones de servicio de duración indefinida”.

¹ Puede verse F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, *Contratos Laborales y Temporalidad. La política legislativa de contratación laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

² Temporary employees as percentage of the total number of employees [TESEM110]

³ Vid. A. DE LA PUEBLA PINILLA, “Principio y fin de la doctrina «de Diego Porras», o de cómo, en ocasiones, «el sueño de la tutela multinivel produce monstruos»”, *Revista de Información Laboral*, 7/2018.

⁴ Sentencias del TJUE ambas de 5 junio 2018 (C-677/16, *Montero Mateos*) (C-574/16, *Grupo Norte Facility*).

⁵ Vid. A. DESDENTADO BONETE, “Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada?”, *Revista de Información Laboral*, 10/2018; I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “Indefinidos no fijos: naturaleza jurídica, reconocimiento y extinción”, *IUSLabor* 3/2017, ISSN 1699-2938, p. 160-190.

5. En el primer asunto, se trata de un informático nombrado personal estatutario temporal interino el 2 de noviembre de 1999, cesado el 28 de diciembre de 2011 y nombrado inmediatamente de nuevo. En todo momento, ocupó un puesto calificado como vacante y desempeñó las mismas funciones. No concurrió al único proceso selectivo organizado para su especialidad entre los años 1999 y 2015 para acceder a la condición de personal estatutario fijo. En diciembre de 2016, el trabajador solicitó a la Comunidad de Madrid que se le reconociera la condición de personal estatutario fijo o, con carácter subsidiario, de empleado público con un estatuto similar, bajo los principios de permanencia e inamovilidad, alegando que era víctima de un comportamiento abusivo por parte de su empleador, derivado de la utilización de sucesivas relaciones laborales de duración determinada. La Comunidad de Madrid denegó su solicitud, al considerar que tal abuso presupone la existencia de sucesivas relaciones laborales de duración determinada y que aquí se trataba de una misma relación de servicio de duración determinada, dado que el segundo nombramiento se produjo debido a una reforma legislativa de las categorías de personal. La Comunidad de Madrid estimó además que el acceso a la condición de personal estatutario fijo está reservado, en principio, a las personas que hayan superado un proceso selectivo y que, conforme al Derecho español, no es posible que un miembro del personal estatutario temporal sea nombrado personal estatutario fijo al margen de un proceso de este tipo. A lo sumo, un miembro del personal estatutario temporal puede ser convertido en «miembro del personal indefinido no fijo» para un puesto hasta que este sea amortizado o adjudicado a un miembro del personal estatutario fijo.

6. El segundo asunto lo protagonizan varias personas que trabajan, desde hace 12 a 17 años, como personal estatutario temporal, ejerciendo funciones de odontólogo y con entre 82 y 227 nombramientos sucesivos, según el caso. Durante los quince años anteriores al auto de remisión solo se convocó un proceso selectivo para la categoría profesional de odontólogo, concretamente en 2015. En julio de 2016, las demandantes solicitaron a la Comunidad de Madrid el reconocimiento de su condición de miembros del personal estatutario fijo o, con carácter subsidiario, de empleados públicos con un estatuto similar, bajo los principios de permanencia e inamovilidad. La Comunidad de Madrid denegó su solicitud.

7. Planteadas las respectivas controversias ante los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Madrid, estos remiten una larga y prolija serie de cuestiones al TJUE, casi todas en relación con la Directiva 1999/70/CE, por la que se aplica el Acuerdo marco (UNICE, CEEP, CES) sobre el trabajo con contrato de duración determinada (en adelante, ATDD)⁶. La sentencia que se comenta aborda algunos de los más interesantes temas que dicha Directiva plantea: sucesión de contratos temporales, razones objetivas que justifican la contratación temporal, medidas para prevenir y sancionar los incumplimientos, la singular figura del indefinido no fijo, el valor del consentimiento del trabajador. Además, la sentencia aborda una cuestión transversal de interés general, como es la eficacia de las directivas y la obligación judicial de interpretación conforme del derecho nacional.

II. La sucesión de contratos temporales

8. Evitar los abusos en la utilización sucesiva de contratos temporales es uno de los dos grandes objetivos de la Directiva 1999/70. La cláusula 1 del ATDD señala que su objeto es mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación y establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de duración determinada. Es la cláusula 5 del ATDD la que precisa las diversas técnicas que los Estados miembros pueden utilizar para alcanzar este objetivo: establecer razones objetivas que justifiquen la renovación de los contratos temporales; fijar la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo de duración determinada; y limitar el número de renovaciones de tales contratos.

⁶ Para un análisis reciente de la Directiva, J. PÉREZ REY, “La contratación de duración determinada (Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999)”, en M.E. CASAS BAAMONDE / R. GIL ALBURQUERQUE (Dir.), *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, 2ª ed., Lefebvre, Madrid, 2019, p. 685-733.

9. La cláusula 5 no determina, sin embargo, cuándo los contratos se entienden sucesivos. Al contrario, confiere a los Estados la facultad para esta determinación. Sobre ello versa la primera de las cuestiones prejudiciales examinadas en la sentencia que se comenta, la cual recuerda que “esta decisión de remitir a las autoridades nacionales la determinación de las modalidades concretas de aplicación del término «sucesivos», a efectos del Acuerdo Marco, se explica por el afán de preservar la diversidad de las normativas nacionales en esta materia”. Lo relevante es que, como también recuerda la sentencia, “el margen de apreciación así atribuido a los Estados miembros no es ilimitado, ya que en ningún caso puede llegar hasta el punto de poner en peligro el objetivo o el efecto útil del Acuerdo Marco. En particular, las autoridades nacionales no deben ejercitar esta facultad de apreciación de tal modo que se llegue a una situación que pueda dar lugar a abusos, lo que sería contrario al mencionado objetivo” (apartado 58). Es más, estos límites a la facultad de apreciación conferida a los Estados miembros “se imponen muy especialmente cuando se trata de un concepto clave, como es el de sucesivas relaciones de servicio, que resulta decisivo para determinar el propio ámbito de aplicación de las disposiciones nacionales destinadas a aplicar el Acuerdo Marco” (apartado 60).

10. En el caso que analiza la sentencia, el empleado había prestado los mismos servicios en idéntico puesto durante años, con un nombramiento inicial y un segundo nombramiento años después, pero sin solución alguna de la continuidad. Para el TJ, no considerar que aquí ha existido una sucesión de relaciones temporales respondería a una interpretación demasiado estricta de la noción de relaciones temporales sucesivas, que podría “comprometer el objeto, la finalidad y el efecto útil del mencionado Acuerdo” (apartado 61) y que “permitiría emplear a trabajadores de forma precaria durante años” (apartado 62). La conclusión es, por tanto, clara: estamos ante relaciones laborales sucesivas cuando existen prórrogas o nombramientos sucesivos, por mucho que el empleado ocupe de manera ininterrumpida el mismo puesto y desempeñe las mismas funciones a lo largo de todo el período de empleo.

11. El razonamiento para llegar a esta conclusión se muestra en la sentencia excesivamente escueto y, por momentos, algo tosco, con demasiado apoyo en generalidades. Resulta de más interés en este punto el hilo argumentativo que despliega la Abogada General Sra. Juliane Kokott en sus Conclusiones, presentadas el 17 de octubre de 2019. La cuestión esencialmente controvertida es si el hecho de que la relación temporal se desarrolle de manera formalmente unitaria, sin interrupciones y sin que existan contratos sucesivos, impide considerar la existencia de una “sucesión” de relaciones temporales. La admonición con la que en cierto modo inicia la Abogada General su discurso es significativa: “La protección perseguida por la cláusula 5 del Acuerdo Marco frente a la precarización de la situación de los trabajadores quedaría vacía de contenido si el legislador nacional tuviera la posibilidad de excluir sin más del ámbito de aplicación del Acuerdo Marco ciertas relaciones laborales de larga duración, que formalmente son temporales, declarando, por ejemplo, que, a pesar de sus eventuales modificaciones, constituyen una relación laboral unitaria o configurando desde un inicio estas relaciones laborales, ciertamente temporales, como relaciones laborales por tiempo indefinido hasta la ocupación permanente de la plaza en un momento indeterminado” (apartado 38). La Abogada General aprecia rotundamente este riesgo en el caso que se enjuicia y apunta, sin ambages, al talón de Aquiles del ordenamiento jurídico y de la práctica administrativa españoles: “conforme a las normas nacionales de que se trata, puede suceder que un empleado público que haya sido nombrado como personal estatutario temporal de carácter interino, incluso sin que se renueve formalmente su relación de servicio, siga empleado por tiempo indefinido, si bien no de modo permanente, porque el empleador público, infringiendo la normas legales, no ha celebrado los procesos selectivos necesarios para cubrir las plazas vacantes con carácter permanente” (apartado 39).

12. Sobre esta base, la Abogada General rechaza que al texto del ATDD pueda uno aproximarse de manera puramente formalista: rechaza, en definitiva, un enfoque que “solo contemple la finalización y la subsiguiente creación de una nueva relación jurídica desde un punto de vista formal para admitir que existen diversos contratos o relaciones laborales sucesivos” (apartado 41). En su lugar, lo que procede entender, y esto es especialmente interesante, es que “existen contratos o relaciones laborales sucesivos cuando el régimen de empleo controvertido experimenta una modificación en su contenido, que, en

contra de la finalidad de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, expone al trabajador afectado a una mayor inseguridad”; y esto sucede, siempre según la Abogada General, “cuando la modificación de que se trate tenga por objeto el período de duración del contrato o de la relación laboral, las condiciones para su finalización o las expectativas de lograr un puesto fijo aparejadas al tipo de puesto en cuestión”. Pues bien, de todos estos elementos, la Abogada General aprecia que, en el presente asunto, “podría estar en tela de juicio particularmente la expectativa de obtener un puesto fijo” (apartado 42).

13. Elaborando sobre lo anterior, las Conclusiones aportan un argumento sólido para considerar que existe “sucesión” de relaciones temporales, en el sentido de la cláusula 5 del ATDD: dicha sucesión se aprecia cuando la continuación de una relación sin un término claro “se debe a que no se han cumplido las exigencias legales relativas a la cobertura de plazas vacantes. En efecto, el incumplimiento de las mencionadas exigencias legales conduce de hecho a una modificación de la duración de la relación de servicio debido a que esta continúa por tiempo indefinido” (apartado 44). En este contexto, es obvio que la expresión “por tiempo indefinido” debe entenderse como relación “sin un término claro”, no como relación fija o permanente.

14. Resulta evidente que solo una interpretación amplia del concepto de sucesión de contratos permite que la Directiva 1999/70 desarrolle todo su potencial normativo y logre su efecto útil, que no es otro que impedir la sustitución de empleo estable por empleo temporal. Aunque la sucesión formal de contratos o nombramientos es el abuso más típico y flagrante, mucho más abusivo resultaría que una misma persona se mantuviera durante años, en una situación formalmente temporal, mediante una única relación o contrato, desarrollando funciones permanentes en una entidad o empresa. No obstante, como se verá más adelante en este comentario, lo esencial es el régimen extintivo del contrato o relación.

III. Razones objetivas que justifican la contratación temporal

15. Una de las técnicas o medidas que la cláusula 5 ATDD propone para atajar la utilización abusiva de la sucesión de contratos temporales es el establecimiento de razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos. Frente a las otras dos técnicas o medidas propuestas por la cláusula 5, esta tiene una naturaleza cualitativa. En efecto, las otras dos técnicas consisten en establecer una duración máxima total de la sucesión de contratos o en establecer un número máximo de renovaciones. Frente al carácter cuantitativo y, por tanto, exacto, claro y predecible de estas dos últimas medidas, la de establecer razones objetivas que justifiquen la renovación presenta un cariz mucho más matizado, pero por ello mismo más intrínsecamente problemático.

16. Es cierto que el TJUE ha dado a este concepto de razones objetivas una interpretación amplia o extensiva, al menos desde la sentencia de 4 julio 2006 dictada en el caso Adeneler (C-212/04). Y es que el concepto no queda exclusivamente referido “a las circunstancias específicas y concretas que caracterizan una determinada actividad y que, por tanto, pueden justificar en ese contexto particular la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada”; sino que se extiende a razones tales como “la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro” (apartado 66). Sin embargo, esta interpretación extensiva no alcanza a comprender meras disposiciones normativas de los Estados que autoricen “de manera general y abstracta” la sucesión de contratos temporales (apartado 67). La razón es evidente: la exigencia de “razones objetivas” no tiene una naturaleza formal, sino material: se trata de “criterios objetivos y transparentes” que conectan con la idea de “necesidad auténtica” (apartado 68).

17. Desde luego, el derecho español responde a estas exigencias comunitarias. El artículo 15 ET limita la contratación temporal a supuestos que vienen definidos por razones objetivas; ello es así incluso cuando tales razones son susceptibles de interpretaciones más o menos amplias, como las que en relación con temas que no viene al caso precisar más aquí realizan nuestros tribunales nacionales. En el

caso del empleo público, las circunstancias objetivas son las que amparan el nombramiento de funcionarios interinos (artículo 15 EBEP: RDLeg 5/2015) y las razones de especial confianza las que justifican la figura del funcionario eventual (artículo 12 EBEP). En el caso concreto del personal estatutario de los servicios de salud, el artículo 9 EMPES (Ley 55/2003) regula las figuras del personal interino, eventual y de sustitución, que responden a razones objetivas, como la existencia de vacante, la cobertura de servicios temporales o extraordinarios o la sustitución de personas de permiso, vacaciones, etc.

18. La sentencia que se comenta no cuestiona de entrada la regulación española en este punto, aunque como luego veremos esto no es del todo así. Tras hacer una revisión de dicha regulación, el TJUE concluye que la norma nacional “no establece una autorización general y abstracta para utilizar sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, sino que limita la celebración de tales contratos, en esencia, a los efectos de satisfacer necesidades provisionales” (apartado 71). Lo que sí cuestiona la sentencia es la práctica administrativa consistente en realizar nombramientos de duración determinada, que se renuevan, para desempeñar funciones permanentes y estables de los correspondientes servicios u organismos. La renovación de contratos temporales para cubrir necesidades permanentes y estables contraviene frontalmente la letra y el espíritu de la Directiva 1999/70, en la medida en que esta Directiva y el ATDD establecen el principio de que los contratos de trabajo de duración indefinida “constituyen la forma más común de relación laboral” (apartado 76).

19. Resulta obvio, y está fuera de discusión, que los sucesivos nombramientos de los litigantes en los procedimientos de base “no respondían a meras necesidades provisionales” de la entidad empleadora, “sino que tenían por objeto atender necesidades permanentes y estables de personal del Servicio de Salud” (apartado 78). El dato que a continuación destaca la sentencia es sencillamente sonrojante: “en el momento en que interpusieron sus recursos, todos estos empleados públicos habían prestado servicios para la Comunidad de Madrid durante al menos 12 años consecutivos, [...] algunos de ellos habían sido objeto de más de 200 nombramientos y [...] realizaban tareas propias de la actividad normal del personal estatutario fijo”.

20. El problema de esta práctica administrativa atroz -“problema estructural en el sector público de la sanidad española”, según cita el TJUE de fuente de los juzgados remitentes- es que, en realidad, demuestra un defecto en el marco normativo, consistente en la “inexistencia de límites máximos al número de relaciones de servicio de duración determinada sucesivas” y en las escasas o nulas consecuencias del “incumplimiento de la obligación legal de proveer los puestos temporalmente cubiertos por dicho personal mediante el nombramiento de empleados públicos con una relación de servicio de duración indefinida” (apartado 79). La conclusión que de todo ello se sigue es la reprobación de un modelo legal y administrativo que no impide, *en la práctica*, que las administraciones públicas den respuesta mediante sucesivas renovaciones a necesidades permanentes y estables de personal (apartado 80). Como había apuntado la Abogada General en sus Conclusiones, “la observancia de [las] exigencias [normativas] abstractas apenas contribuye a la protección contra la precarización de la situación del interesado cuando la cobertura de la necesidad de personal, en especial por lo que se refiere a la provisión de plazas vacantes de modo permanente, no se garantiza también mediante el cumplimiento efectivo de los requisitos temporales existentes. En caso contrario, la posibilidad, prevista por la normativa nacional, de mantener la relación de servicio hasta que se ocupe con carácter permanente la correspondiente plaza — como limitación temporal de carácter meramente formal— supone un cheque en blanco para un número indeterminado de renovaciones o para una continuación indefinida de la relación de servicio temporal, lo que en realidad perpetúa la inseguridad en la que se encuentra el personal temporal” (apartado 54).

21. La cuestión clave es, por tanto, si el sistema nacional ofrece medidas efectivas para prevenir y sancionar los incumplimientos. A esta cuestión dedica la sentencia los extensos apartados 81 a 106. Sin embargo, de entre ellos sobresale un específico tema, que es el de los indefinidos no fijos, que por su importancia conceptual y cuantitativa merece un comentario aparte.

IV. Medidas para prevenir y sancionar los incumplimientos

22. Ni la Directiva 1999/70 ni el ATDD que aquella aplica contemplan “sanciones específicas en caso de que se compruebe la existencia de abusos”. Sin embargo, es evidente que dejar sin sancionar, o dicho con más precisión, dejar sin consecuencias jurídicas, los abusos que precisamente se pretende combatir sería negar todo efecto útil a la Directiva. Por tanto, y siguiendo doctrina general vertida en multitud de temas, el TJUE apunta que “corresponde a las autoridades nacionales adoptar medidas que no solo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo Marco” (apartado 86). Entre estos efectos efectivos y disuasorios podría encontrarse, por ejemplo, la conversión de la relación en indefinida, lo cual sería una clara manifestación del principio general de prohibición del fraude: el fraude no puede tener por efecto eludir los que hubieran correspondido de no haberse incurrido en él. Pero esta conversión no viene impuesta por la Directiva, dice el TJUE (apartado 87).

23. Lo que sí se impone es la adopción de medidas adecuadas para prevenir y sancionar los abusos de la temporalidad, pues esto se sigue sin más de la obligación estatal de dar cumplimiento a las Directivas. A este respecto, los tribunales remitentes plantean al TJUE, para su consideración, las siguientes medidas: la organización de procesos selectivos destinados a proveer definitivamente las plazas vacantes ocupadas provisionalmente por empleados temporales, la transformación de las relaciones temporales en relaciones “indefinidas no fijas” y la concesión de una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente. Ante este planteamiento, el TJUE se cuida, en primer lugar, de advertir que “no corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la interpretación del Derecho interno, ya que esta tarea incumbe a los tribunales nacionales competentes, que deben determinar si lo dispuesto en la normativa nacional aplicable cumple las exigencias [del derecho comunitario]” (apartado 89), y que son los tribunales remitentes los que deben “apreciar en qué medida los requisitos de aplicación y la ejecución efectiva de las disposiciones pertinentes del Derecho interno hacen que estas constituyan una medida apropiada para prevenir y, en su caso, sancionar el uso abusivo de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada” (apartado 90). No obstante, el TJUE decide aportar algunas precisiones destinadas a orientar a los tribunales remitentes.

24. Partiendo de la obviedad de que ninguna de las medidas sometidas a la consideración del TJUE está comprendida entre las mencionadas en la cláusula 5, apartado 1, del ATDD, la sentencia se pregunta si tales medidas podrían constituir “medidas legales equivalentes para prevenir los abusos”. Respecto de la organización de procesos selectivos que tengan por objeto la provisión definitiva de las plazas ocupadas provisionalmente por empleados temporales, la opinión del TJUE es que “tal medida es adecuada para evitar que se perpetúe la situación de precariedad de dichos empleados, al garantizar que las plazas que ocupan se cubran rápidamente de manera definitiva” (apartado 94). Sin embargo, en el caso concreto se aprecia que, pese a que la normativa aplicable “establece plazos concretos para la organización de tales procesos, en realidad dichos plazos no se respetan y estos procesos son poco frecuentes” (apartado 96). Esta disonancia entre norma y realidad conduce al TJUE a sostener que, en estas circunstancias, la normativa nacional española no resulta adecuada para prevenir la utilización abusiva de las relaciones temporales. Y la clave para sostener esta afirmación es que la previsión normativa no viene respaldada suficientemente por una garantía de que los procesos selectivos se convoquen y organicen efectivamente. Es claro, así, que una normativa como la española no resulta adecuada, pues “su aplicación no tendría ningún efecto negativo para [el] empleador” (apartado 97).

25. Por lo demás, y como bien aprecia la Abogada General en sus Conclusiones (apartados 68-69), el hecho de que se organicen pruebas selectivas para la cobertura definitiva de las plazas no supone una medida de prevención y sanción del abuso. Cuando este ya se ha cometido -y el empleado lleva quizá años en situación de precariedad-, la celebración del proceso selectivo no supone ninguna consecuencia negativa para el empleador, ni tampoco proporciona ninguna forma de reparación singular

o especial para el trabajador afectado: el hecho de que pueda participar en las pruebas no lo singulariza frente al resto de candidatos que no han sido víctimas de tal abuso (apartado 100).

V. La singular figura del indefinido no fijo

26. Un estudio más detenido merece la medida consistente en transformar la relación abusivamente temporal de los empleados públicos en “indefinidos no fijos”. La figura del indefinido no fijo, de creación y diseño totalmente jurisprudencial, viene a constituir una de las principales respuestas a la endémica irregularidad en la contratación laboral por parte de las administraciones públicas españolas. A lo largo de ya varias décadas, la figura ha ido perfilándose con importantes vaivenes jurisprudenciales, aunque en el fondo para el Tribunal Supremo, *“el contrato indefinido no fijo es precisamente la medida que sanciona el uso abusivo de la contratación temporal en las Administraciones públicas, poniendo fin a la sucesión de contratos temporales mediante la consolidación estable de una situación, que solo terminará con la cobertura o la amortización de la vacante, frente a las que puede reaccionar el trabajador en los términos examinados. Se cumplen así los principios de equivalencia y efectividad, pues la medida se aplica en todas “las situaciones similares” y su única particularidad en las Administraciones públicas tiene la justificación objetiva del respeto a las garantías de acceso al empleo público. Es además una medida efectiva en la medida en que cumple, no una sino todas las exigencias del apartado 5.1 del Acuerdo (razón objetiva, duración máxima y exclusión de las renovaciones)”* (STS Soc. 13 mayo 2014, Rº 2214/2013).

27. Esta mirada tradicional tan benévola, que considera que un contrato temporal es una medida adecuada para prevenir y sancionar el abuso de la temporalidad -pues, en la configuración jurisprudencial, el indefinido no fijo no venía siendo otra cosa que un trabajador temporal- parece desecharse a partir de la STS Soc. 28 marzo 2017 (núm. 257/2017). En ella, se opta por reconocer al trabajador indefinido no fijo cuya relación se extingue por cobertura de la plaza una indemnización extintiva propia de trabajador indefinido (la del despido objetivo procedente), y no la que se le venía anteriormente reconociendo (la de la extinción de contratos temporales por cumplimiento del término, de cuantía menor). El Alto Tribunal hace expreso reconocimiento de que la relación del indefinido no fijo no es una relación temporal.

28. Pese a este avance jurisprudencial interno, al que sí aluden las Conclusiones de la Abogada General (apartados 73-75), el TJUE se limita a tomar nota de lo que señalan los propios juzgados remitentes, que “consideran que esta medida no permite alcanzar la finalidad perseguida por la cláusula 5 del Acuerdo Marco”. Primero, porque la transformación “se produce sin perjuicio de la posibilidad de que el empleador amortice la plaza o cese al empleado público con nombramiento de duración determinada de que se trate cuando la plaza se cubra por reingreso del funcionario sustituido”. Y segundo, porque, “a diferencia de la transformación, en el sector privado, de los sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en contratos de trabajo por tiempo indefinido, la transformación de los empleados públicos con nombramiento de duración determinada en «indefinidos no fijos» no les permite disfrutar de las mismas condiciones de trabajo que el personal estatutario fijo” (apartado 102).

29. En realidad, el debate queda totalmente cercenado de origen por las consideraciones de los tribunales remitentes. El hecho de que no exista igualdad entre fijos e indefinidos no fijos no hubiera debido impedir el debate de fondo acerca de si la aplicación de la indemnización extintiva del despido objetivo (20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades) es una medida adecuada para la protección del trabajador, la prevención de abusos y la sanción de la temporalidad injustificada. De todos modos, es probable que este debate fuera rechazado por el TJUE, como prueba el hecho de que, en el asunto que comentamos, desista de entrar en el fondo de la cuestión de si la concesión de una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente (33 días de salario por año de servicio con un máximo de 24 mensualidades) es proporcionada, efectiva y disuasoria como para garantizar la plena eficacia de la cláusula 5 ATDD. Sobre este tema, el TJUE se limita prácticamente a

señalar que “corresponde a los juzgados remitentes determinar si tal medida es adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar tal abuso” (apartado 105).

30. Lo cierto es que, con independencia de las consecuencias en el plano sancionador, parece razonable entender que la aplicación del régimen extintivo del contrato indefinido a una sucesión abusiva de contratos temporales es una medida adecuada y efectiva. Disuasoria por sí sola no tanto, aunque probablemente lo sea si va acompañada del correspondiente aparataje sancionador. Al fin y al cabo, la medida más adecuada para tratar el abuso de la temporalidad es presumir *iuris et de iure* que el trabajador mantiene con la empresa o entidad empleadora una relación laboral indefinida.

VI. El valor del consentimiento del trabajador

31. Una de las cuestiones prejudiciales que se plantean en el asunto C-103/18 es si el hecho de que el empleado público haya consentido el establecimiento de diferentes relaciones temporales de servicio priva de carácter abusivo al comportamiento del empleador. No son necesarios conocimientos muy profundos de derecho laboral para anticipar la respuesta más razonable a esta cuestión, máxime si se tiene en cuenta que, como recuerda la sentencia que se comenta, el ámbito de aplicación del ADTT incluye a todos los trabajadores (con algunas excepciones ligadas, sobre todo, a la naturaleza formativa de la relación), “sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan y con independencia de la calificación de su contrato en Derecho interno” (apartado 108).

32. Excluir la aplicación de las reglas anti-abuso del ADTT por el hecho de que el trabajador haya consentido el establecimiento de su relación laboral en los términos propuestos por el empleador sería una solución no solo “manifiestamente contraria a uno de los objetivos del ADTT” (apartado 111), sino simplemente descabellada. El derecho laboral, el nacional y el europeo, se configura como un derecho imperativo y mínimo, que no admite la validez de la renuncia del trabajador a los derechos que, con tal carácter, reconoce el ordenamiento. De este modo, razona el TJUE que el ADTT “se basa implícita pero necesariamente en la premisa de que el trabajador, debido a su posición de debilidad respecto del empleador, puede ser víctima de una utilización abusiva, por parte de este, de relaciones laborales de duración determinada sucesivas, aun cuando el establecimiento y la renovación de esas relaciones laborales se hayan consentido libremente” (apartado 112). Recuerda el TJUE, en la misma línea argumentativa, que “esta situación de debilidad podría disuadir al trabajador de hacer valer expresamente sus derechos frente al empresario, en particular cuando la reivindicación de estos pudiera provocar que quedara expuesto a medidas adoptadas por el empresario que redundasen en perjuicio de las condiciones de trabajo del trabajador” (apartado 113).

33. La conclusión es que aceptar que el consentimiento del trabajador al establecimiento de cualquier condición de empleo o de trabajo inferior a lo mínimos legales imperativos es válido privaría completamente de efecto útil ya no solo al ADTT, sino a todo el derecho laboral.

VII. Eficacia de las directivas e interpretación conforme

34. La última de las cuestiones de las que se ocupa la sentencia es si un tribunal nacional viene obligado a abstenerse de aplicar una normativa nacional que no es conforme con la cláusula 5 ADTT. La respuesta a esta pregunta pasa por determinar si la citada cláusula es incondicional y suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un juez nacional, haciendo valer la cláusula frente al Estado incumplidor que actúa, además, como Estado empleador. Recuérdese que “es jurisprudencia reiterada que, siempre que las disposiciones de una directiva resulten ser, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, los particulares podrán invocarlas frente al Estado, particularmente en su condición de empleador” (STJUE 15 abril 2008, asunto C-268/06, Impact, apartado 57).

35. La naturaleza no incondicional ni suficientemente precisa de la cláusula 5, apartado 1, del ADTT ya había sido establecida en la citada STJUE *Impact*. En ella el TJUE razonó esa falta de condicionalidad y precisión, argumentando que “no es posible determinar suficientemente la protección mínima que debería aplicarse en cualquier caso con arreglo a la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco” (*Impact*, apartado 78).

36. Con este precedente, la respuesta a esta cuestión es clara: “una disposición del Derecho de la Unión de esta índole, carente de efecto directo, no puede invocarse como tal en un litigio sometido al Derecho de la Unión con el fin de excluir la aplicación de una disposición de Derecho nacional que le sea contraria” (apartado 119) y, por consiguiente, “un tribunal nacional no está obligado a dejar sin aplicación una disposición de su Derecho nacional contraria a la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco” (apartado 120).

37. Lo anterior no es óbice para que el TJUE recuerde a los tribunales remitentes su obligación de interpretar el derecho interno “en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate para alcanzar el resultado que esta persigue” (apartado 121). Esta obligación de interpretación conforme tiene, como se sabe, sus límites en principios generales como el de seguridad jurídica y no puede servir de base para una interpretación frontalmente *contra legem* del derecho nacional.

38. En el caso que nos ocupa, sin embargo, no resulta ni contrario a la seguridad jurídica ni contrario a los textos legales españoles una interpretación que establezca la obligación del empleador de abonar al trabajador que ha sido víctima del abuso de la temporalidad una indemnización como si de un trabajador indefinido se tratara. De hecho, la ya citada STS 28 marzo 2017 va ya en esta línea.

LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA JUDICIAL
INTERNACIONAL EN LAS RECLAMACIONES
DE INDEMNIZACIÓN Y DAÑOS RESULTANTES
DE LA CANCELACIÓN Y RETRASO DE VUELOS:
LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 7
DE NOVIEMBRE DE 2019, C-213/18, A. GUAITOLI Y OTROS
C. EASYJET AIRLINE CO. LTD.

DETERMINATION OF INTERNATIONAL JURISDICTION IN
MATTERS RELATING TO AN APPLICATION
FOR COMPENSATION AND COMPENSATION FOR DAMAGE
RESULTING FROM THE CANCELLATION AND DELAY
OF FLIGHTS: JUDGEMENT OF THE COURT, 7 NOVEMBER
2019, CASE C-213/18, A. GUAITOLI AND OTHERS
V. EASYJET AIRLINE CO. LTD.

NATIVIDAD GOÑI URRIZA

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Pública de Navarra*

ORCID ID: 0000-0003-0119-3249

Recibido: 16.03.2020 / Aceptado: 10.04.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5650>

Resumen: La sentencia aborda la determinación de la competencia judicial internacional en una reclamación de una indemnización y de una compensación por los daños causados por cancelación y retraso de un vuelo mediante la aplicación del art. 7.1 del Reglamento Bruselas I bis y a la luz del art. 33 del Convenio de Montreal.

Palabras clave: transporte aéreo de pasajeros, competencia judicial internacional y territorial, Convenio de Montreal.

Abstract: The judgment fix jurisdiction in an application for compensation and compensation for damage from the cancellation and delay of flights by assessing the jurisdiction in the light of art. 7.1 of Brussels I Regulation and in the light of art. 33 of Montreal Convention.

Keywords: passengers transport by air. Jurisdiction among the States Parties and local jurisdiction. Montreal Convention.

Sumario: I. Cuestión planteada y normativa aplicable. II. Hechos. III. Competencia judicial internacional en reclamaciones basadas en el Reglamento de compensación y en el Convenio de Montreal. IV. El art. 33 Convenio de Montreal como norma de competencia judicial internacional y competencia territorial. V. A modo de recapitulación.

I. Cuestión planteada y normativa aplicable

1. La Sentencia tiene por objeto interpretar la articulación de las normas vigentes en la UE con vocación de ser aplicadas para la determinación de la competencia judicial internacional a un litigio relativo a la reclamación de una indemnización a tanto alzado y el reembolso de los gastos previstos en los artículos 7 y 9 del Reglamento (CE) 261/2004, así como la compensación suplementaria –permitido por el art. 12 del mismo texto legal –, es decir, la indemnización por los daños materiales adicionales y el daño moral supuestamente sufridos (art. 33 Convenio de Montreal).

2. Las normas aplicables al supuesto son: el Convenio de Montreal, de 28 de mayo de 1999, sobre la unificación de ciertas reglas del transporte aéreo internacional (en adelante Convenio de Montreal)¹; el Reglamento CE 261/2004 de 11 de febrero de 2004, que establece normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos (en adelante Reglamento de compensación)² y el Reglamento (UE) 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante Reglamento Bruselas I bis)³.

3. El Convenio de Montreal tiene por objeto la regulación mediante normas sustantivas que unifican ciertas reglas de transporte aéreo internacional pero contiene también una norma de competencia judicial internacional (art. 33). El Convenio fue adoptado por la Unión Europea mediante decisión de 5 de abril de 2001 y entró en vigor el día 28 de junio de 2008.

4. En cumplimiento de las normas de Derecho Internacional general que obligan a la Unión, el Tribunal de Justicia es competente para interpretar las disposiciones del texto convencional al formar parte del ordenamiento jurídico de la Unión Europea⁴.

El Tribunal de Justicia ha establecido como criterio la realización de una interpretación de los conceptos de la norma *uniforme* y *autónoma*, sin considerar los sentidos que pueden haberseles dado en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembro sino las reglas de interpretación del Derecho internacional general que obligan a la UE⁵. Para ello, aplica el artículo 31 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en virtud del cual un convenio debe ser interpretado de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de dichos términos y teniendo en cuenta su objeto y fin⁶.

II. Hechos

5. El litigio que da origen al pronunciamiento del Tribunal de Justicia tiene por objeto la reclamación de una indemnización por parte de unos particulares contra la empresa *easyJet Airline Co. Ltd*, por los perjuicios sufridos a causa de la cancelación de un vuelo y el retraso de otro vuelo.

Los demandantes, personas físicas domiciliadas en Italia, habían celebrado con la empresa EasyJet, domiciliada en el Reino Unido, un contrato de transporte aéreo relativo a un vuelo de ida de

¹ Decisión 2001/539/CE del Consejo, de 5 de abril de 2001, (DO 2001, L 194, p. 38).

² Reglamento (CE) núm. 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, (DO 2004 L 46, p. 1). La norma regula los derechos mínimos que asisten a los pasajeros en caso de denegación de embarque, cancelación o retraso de su vuelo (art. 6.1 Reglamento de compensación). Para un análisis de los derechos de los pasajeros véase, PORTO CORTÉS, A., “Derechos del usuario del transporte aéreo”, *Manual de derecho de consumo*, Lex nova, Valladolid, 2013, pp. 230 y ss.

³ Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, (DO 2012, L 351, p. 1). Es el aplicable al caso, y no el Reglamento 44/2001, dado que el recurso ante el órgano jurisdiccional italiano se interpuso después del 10 de enero de 2015.

⁴ STJUE de 7 noviembre de 2019, *varios contra easyJet*, C-213/18, apartado 46 y STJUE 6 mayo de 2010, *Waltz*, C-63/09, apartado 20.

⁵ *Ibidem*, apartado 21 y 22 y STJUE, de 19 diciembre 2019, *GN ZU*, C-532/18, apartado 32.

⁶ *Ibidem*, apartado 23.

Roma Fiumicino (Italia) a Corfú (Grecia) el 4 de agosto de 2015 y un vuelo de vuelta de Corfú a Roma el 14 de agosto de 2015.

El vuelo de ida fue pospuesto hasta el día siguiente y el vuelo de vuelta tuvo un retraso de más de dos horas y menos de tres horas. Los demandantes alegan que tras el retraso del vuelo de ida que finalmente se pospuso, la empresa no les ofreció el embarque en otro vuelo ni la posibilidad de consumir una comida o refrigerio ni otra forma de atención o compensación.

Los demandantes interpusieron la demanda ante los tribunales de Roma con la pretensión de que se condenara a *easyJet* a pagar la compensación establecida en los arts. 5, 7 y 9 del Reglamento de compensación y a indemnizar los daños materiales y morales adicionales derivados del incumplimiento de sus obligaciones contractuales (art. 12 Reglamento de compensación).

6. La competencia de los tribunales de Roma dependía del Derecho aplicable a la cuestión, el derecho italiano o el de la Unión Europea y la interpretación de este segundo.

La duda sobre el Derecho aplicable se refiere a la aplicación del Convenio de Montreal o del Reglamento de compensación. Asimismo, de ser aplicable el Convenio, debe aclararse si determina la competencia judicial internacional, esto es, los tribunales de qué Estado son competentes o si la norma designa el órgano jurisdiccional competente dentro del Estado. Es decir, si se trata de una norma de competencia judicial internacional sólo o también de competencia judicial territorial. Los tribunales de Roma, sólo son competentes si se aplica las normas procesales civiles italianas, porque el Convenio de Montreal designa únicamente los tribunales del Estado, en otro caso –si se aplica exclusivamente el Convenio de Montreal porque se considera que su art. 33 regula tanto la competencia judicial internacional como la territorial serán competentes los tribunales de Civitavecchia, en cuya jurisdicción se encuentra el aeropuerto de salida del vuelo de ida y de llegada del vuelo de vuelta sobre el que recae el litigio.

7. El tribunal de Roma plantea al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones:

- “1) En caso de que una parte que ha sufrido un retraso o la cancelación de un vuelo solicite, conjuntamente, no solo las compensaciones a tanto alzado y uniformes previstas en los artículos 5, 7 y 9 del Reglamento n.º 261/04 (LCEur 2004, 637), sino además la reparación del daño en el sentido del artículo 12 del mismo Reglamento, ¿debe aplicarse el artículo 33 del Convenio de Montreal (RCL 2004, 1224), o es el artículo 5 del Reglamento n.º 44/01 (LCEur 2001, 84, 4086 y LCEur 2002, 2389), en todo caso, la disposición que rige el tribunal competente (tanto internacional como internamente)?
- 2) En la primera hipótesis mencionada en la primera cuestión, ¿debe interpretarse el artículo 33 del Convenio de Montreal (RCL 2004, 1224) en el sentido de que rige únicamente el reparto de la jurisdicción entre los Estados, o bien en el sentido de que regula también la competencia territorial interna en cada Estado miembro?
- 3) En la primera hipótesis mencionada en la segunda cuestión, ¿la aplicación del artículo 33 del Convenio de Montreal (RCL 2004, 1224) es “exclusiva” e impide la aplicación del artículo 5 del Reglamento n.º 44/01, o bien pueden aplicarse ambas disposiciones conjuntamente, para determinar directamente tanto la jurisdicción del Estado como la competencia territorial interna de sus órganos jurisdiccionales?”

III. Competencia judicial internacional en reclamaciones basadas en el Reglamento de compensación y en el Convenio de Montreal.

8. En el caso analizado se pone de manifiesto que existen dos regímenes de responsabilidad del transportista aéreo en relación con los pasajeros cuyas normas de competencia judicial internacional pueden ser aplicadas a los supuestos mixtos, en los que las pretensiones se basan en ambos regímenes.

En primer lugar, el Reglamento de compensación establece un régimen estandarizado e inmediato de reparación. En segundo lugar, el Convenio de Montreal regula las condiciones en las que los

pasajeros perjudicados pueden entablar acciones destinadas a obtener una indemnización de daños y perjuicios con carácter individual. Este Convenio requiere una apreciación caso por caso del alcance de dichos daños que serán indemnizados a posteriori y de manera individualizada⁷.

El art. 12 del Reglamento de compensación prevé que el pasajero pueda obtener una compensación suplementaria por los perjuicios causados tanto de naturaleza material como moral. De modo que el juez nacional puede condenar al transportista aéreo a abonar el perjuicio íntegro resultante de la aplicación de las dos normas.

9. La primera cuestión se refiere a la interpretación del Convenio de Montreal y del Reglamento de compensación y tiene como objetivo conocer si en un recurso en el que el demandante solicita, al mismo tiempo, las compensaciones a tanto alzado uniformes previstas en el Reglamento de compensación y la reparación de los daños adicionales comprendidos en el ámbito de aplicación del Convenio de Montreal un tribunal de un Estado miembro debe aplicar las normas de competencia judicial internacional de cada uno de ellos respecto de las pretensiones fundadas en cada norma.

El Tribunal de Justicia ya había analizado las relaciones entre el Reglamento de compensación y el Convenio de Montreal en el asunto *Flight Refund*⁸. El Tribunal de Justicia entendió en dicho caso que la competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales nacionales ante los que se interpone una demanda presentada exclusivamente sobre la base del Reglamento de compensación deben regirse por lo establecido en el Reglamento Bruselas I bis.

En el caso que nos ocupa se trata de una acción de indemnización de carácter mixto, porque la demanda se interpone sobre la base del Reglamento de compensación y sobre la base del Convenio de Montreal. El Tribunal sostiene que la misma solución debe darse en un litigio en el que las pretensiones de los demandantes se basan tanto en las disposiciones del Reglamento de compensación como en el Convenio de Montreal. Por tanto, parece concluirse que en cualquier demanda planteada ante un órgano jurisdiccional nacional, basada en los derechos del Reglamento de compensación, se aplicarán los foros del Reglamento Bruselas I bis.

A este respecto hay que recordar que los artículos 67 y 71 del Reglamento Bruselas I bis permite la aplicación de normas de competencia judicial internacional establecidas en actos de la Unión (art. 67 RBI bis) y en convenios en los que los Estados miembros sean parte por lo que el Tribunal permite la aplicación de las normas de competencia judicial internacional del Convenio de Montreal cuando éste sea de aplicación (art. 7.1 RB I bis y art. 33 CM).

10. El Tribunal no se limita a contestar a las cuestiones planteadas, sino que proporciona al órgano remitente *todos los elementos de interpretación que puedan serle útiles para resolver el asunto*, aunque no se haya hecho referencia a ellas en las cuestiones prejudiciales⁹. Y, en ese sentido, indica cuales son los foros del Reglamento Bruselas I bis en los que los tribunales italianos pueden basar su competencia y cuales no son aplicables. Así, establece la aplicación del foro del domicilio del demandado (art. 4 RBI bis) y también del foro especial en materia contractual (art. 7.1 RBI bis), y dado que se trata de un contrato de transporte aéreo, el Tribunal recuerda la aplicación de la norma de competencia especial en materia de prestación de servicios atribuye competencia en una demanda de compensación basada en un contrato de transporte aéreo de personas, tanto al tribunal en cuya demarcación se halle el lugar de salida como al del lugar de llegada del avión, tal y como dichos lugares se hayan previsto en el contrato, a elección del demandante¹⁰.

11. A estos efectos resulta especialmente relevante la interpretación del art. 7.1, letra b del Reglamento Bruselas I bis establecida en la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de

⁷ Conclusiones del Abogado General, apartados 35-37.

⁸ STJUE de 10 de marzo de 2016, *Flight Refund Ltd Belgische Staat*, C-94/14 apdo. 46.

⁹ STJUE de 6 de junio de 2019, *Weil*, C-361/18.

¹⁰ STJUE 9 julio 2009, *Rehder*, C-204/08, apartados 43 y 47 y de 11 de julio de 2018, *Zurich Insurance y Metso Minerals*, C-88/17, y apartado 18.

2020, en el caso *Flightright GmbH c. Iberia*¹¹. El Tribunal establece que esta norma, cuando se trate de un vuelo contratado por una única reserva confirmada para el conjunto del itinerario y dividido en varios trayectos, puede entenderse como lugar de cumplimiento, el lugar de salida del primer trayecto si el transporte en esos trayectos se realiza por dos transportistas aéreos distintos y si la demanda de indemnización presentada sobre la base del Reglamento de compensación tiene su origen en la cancelación del último trayecto y está dirigida contra el transportista aéreo encargado de realizar ese último trayecto.

12. En el caso *varios contra easyJet* se confirma la doctrina del Tribunal mantenida en otras recientes decisiones por la que se descarta la aplicación del foro en materia de contratos celebrados con consumidores ya que el art. 17.3 RBI bis dice expresamente que esa sección no se aplicará al contrato de transporte con la excepción de los contratos de viajes combinados, en los que por un precio global, se recibe una prestación combinada de viaje y alojamiento¹².

En aplicación de su competencia para interpretar también las disposiciones del Convenio de Montreal, el Tribunal de Justicia indica que los litigios suscitados ante los tribunales nacionales en los que se pretende obtener una indemnización de los daños causados por el retraso del vuelo (art. 19 CM), el juez nacional debe basar su competencia en el foro previsto en el art. 33 del mismo texto normativo.

El Abogado General reconoce un riesgo limitado de dispersión, ya que existen dos foros comunes al Reglamento de compensación y al Convenio de Montreal: el lugar del domicilio del demandado y el lugar de destino del vuelo, por lo que el demandante puede optar entre ellas con el fin de que un único juez conozca de ambas pretensiones. Además, pueden ser de aplicación las normas de conexión que permiten evitar la existencia de procedimientos múltiples (art. 30 RBI bis)¹³.

IV. El art. 33 Convenio de Montreal como norma de competencia judicial internacional y competencia territorial

13. La segunda cuestión trata de resolver la interpretación del art. 33 del Convenio de Montreal para conocer si se trata de un foro de competencia judicial internacional o de un foro que reparte la competencia territorial entre los órganos jurisdiccionales de cada uno de dichos Estados.

14. El artículo 33 CM dice que:

Una acción de indemnización de daños deberá iniciarse a elección del demandante, en el territorio de uno de los Estados Partes, sea ante el tribunal del domicilio del transportista o de su oficina principal, o del lugar en que tiene una oficina por cuyo conducto se ha celebrado el contrato, sea ante el tribunal del lugar de destino.

El Tribunal considera que de esta norma -interpretada de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de dichos términos y teniendo en cuenta su objeto y fin- permite al demandante demandar al transportista aéreo ante los tribunales del Estado parte del domicilio del transportista o ante los de su oficina principal o ante los del lugar en el que éste tiene la oficina que ha celebrado el contrato o a través de la cual se ha celebrado el contrato, o del lugar de destino del vuelo en cuestión (apartado 49).

¹¹ STJUE de 13 de febrero de 2020, *Flightright GmbH c. Iberia*, C-606/19. Sobre la interpretación de esta disposición del Reglamento Bruselas I bis, véase, CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Litigación internacional en la Unión Europea I. competencia judicial internacional y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea, comentario al Reglamento Bruselas I bis*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 313-322 y para el contrato de transporte de pasajeros en concreto MANKOWSKI, P., "Chapter II: Jurisdiction, article 7", en MAGNUS, U./ MANKOWSKI, P., *European Commentaries on Private International Law. Commentary Brussels I bis Regulation*, Ottoschmidt, 2016, pp. 240-244.

¹² STJUE de 11 de abril de 2019, *Ryanair*, C-464/18.

¹³ Conclusiones del abogado general, apartados 51 y 52.

Al referirse el art. 33 CM al *territorio de uno de los Estados Partes* pero después mencionar al *órgano jurisdiccional* que, *puede declararse competente ratione loci*, de entre los que tienen su sede en dicho territorio, *en virtud de criterios de vinculación precisos* se deduce que regula la competencia territorial entre los tribunales de cada uno de los Estados parte (apartado 51).

Otro argumento que invoca el tribunal para sostener esta interpretación es la finalidad del Convenio de Montreal que consiste no solo asegurar *la protección de los intereses de los usuarios del transporte aéreo internacional* sino también lograr una *armonización y codificación de ciertas reglas* que rigen dicho transporte con el objetivo de lograr *un equilibrio de intereses equitativo* en dicha materia (apartado 52).

Y a juicio del Tribunal, esta interpretación contribuye a la realización de éste último objetivo de una mayor unificación, y a la protección de los intereses de los usuarios, al tiempo que garantiza un equilibrio equitativo con los intereses de los transportistas aéreos porque garantiza, en interés de ambas partes en el litigio, *una mayor previsibilidad y una mayor seguridad jurídica* (apartado 54)¹⁴.

15. En el caso concreto, esta interpretación hace competentes a los tribunales del lugar de situación del aeropuerto y no a los tribunales del domicilio de los pasajeros/demandantes.

V. A modo de recapitulación

16. El Tribunal de Justicia realiza una interpretación de las normas de competencia judicial internacional de las normas de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea que confirma la jurisprudencia previa y extiende los distintos criterios mantenidos para los foros en materia de transporte aéreo de pasajeros a las reclamaciones mixtas.

La interpretación efectuada que considera que las reglas de competencia judicial internacional del Convenio de Montreal deben ser las aplicables a las reclamaciones con base en dicha norma, a pesar de que se trate de una demanda mixta puede tener un efecto de dispersión que tendrá que ser corregido con las normas de aplicación del Reglamento Bruselas I bis.

¹⁴ El Tribunal de Justicia ya había indicado que el Reglamento Bruselas I bis tenía como objetivo “reforzar la protección jurídica de las personas que tienen su domicilio en la Comunidad, permitiendo al mismo tiempo al demandante determinar fácilmente el órgano jurisdiccional ante el cual puede ejercitar una acción, y al demandado prever razonablemente ante qué órgano jurisdiccional puede ser demandado”, STJ de 3 de mayo de 2007, *Color Drack GmbH v. Lexx International Vertriebs GmbH*, C-386/05, apartado 20.

KAFALA Y DERECHO ESPAÑOL TRAS LA REFORMA DE LA LEY 54/2007. A PROPÓSITO DEL AUTO AP DE LEÓN DE 27 DE JUNIO DE 2019

KAFALA AND SPANISH LAW AFTER REFORM OF THE LAW 54/2007. ON THE AUTO AP LEÓN OF 27TH JUNE 2019

MÓNICA GUZMÁN ZAPATER
Catedrática de Derecho internacional privado
UNED

Recibido: 15.04.2020 / Aceptado: 04.05.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5651>

Resumen: No reconocimiento de *Kafala* constituida entre ciudadanos marroquíes a efectos de adopción. Antecedentes y alcance de la prohibición contenida en el artículo 19.4 de la Ley de adopción internacional. La prohibición de constitución de adopción frente a ley personal del menor prohibitiva está dirigida a las autoridades competentes y su infracción, fuera de las excepciones previstas, invalida la adopción.

Palabras clave: *kafala*, reconocimiento, adopción internacional, ley personal del menor prohibitiva.

Abstract: Non recognition of *kafala* between moroquians citizens as basis to constitute international adoption. Legal framework and Prohibition in Article 19.4 International Adoption Law in order to avoid international adoptions wether personal law forbids such a mesure, it's directly adressed to authorities and just legal exceptions should be admitted.

Keywords: *kafala*, recognition, adoption, prohibition in minor's personal law.

Sumario: I. Introducción. II. Los efectos de la *kafala* y su tratamiento jurídico. III. El caso planteado en el contexto vigente. 1. Sobre la posibilidad de constituir en España una adopción respecto de una menor sometida a *Kafala* en Marruecos. 2. Sobre la posibilidad de constituir un acogimiento familiar permanente.

I. Introducción

1. La proximidad geográfica con Marruecos y el hecho de que sus nacionales resulten ser el colectivo de inmigrantes con más amplia presencia en España explica la repetición de supuestos objeto de este comentario al Auto AP de León nº 57/2019, de 27 de junio 2019¹. La parte demandante recurría el Auto dictado por el Juzgado de 1ª Instancia de León, de 14 de septiembre de 2018, por el que se denegaba el reconocimiento de efectos a una *Kafala* constituida en Marruecos a los fines de la constitución de una adopción planteada por una nacional marroquí sobre una menor de la misma nacionalidad, por entender que el consentimiento se había dado a una institución distinta de la adopción; y, subsidiaria-

¹ CLI: ES: APLE: 2019:922A

mente se solicitaba que, de no ser autorizada la adopción se permitiera un acogimiento familiar permanente, pretensión también denegada. Y pese a que el Ministerio Fiscal recomendase la desestimación del recurso sobre el Auto de primera instancia, la Audiencia Provincial de León confirma el Auto en el punto de desestimar la posibilidad de constitución de la adopción sobre la menor y autoriza en cambio un acogimiento familiar permanente, con un buen criterio y sólida argumentación.

2. El sustrato fáctico es pues bastante habitual y viene a reproducir un problema *deja vu* en distintas instancias judiciales. Reafirma la idea de la falta de analogía entre la *kafala* y la adopción al no crear un vínculo de filiación². El problema no es tanto el reconocimiento como tal de la institución, extraña a nuestro ordenamiento pero admitida por la Convención de NU sobre los Derechos del niño de 1989 (art. 20.3) y por tanto en principio compatible como tal con nuestro orden público. El problema reside en el reconocimiento de sus *efectos*, incompatibles con la adopción y únicamente reconducibles a la tutela o al acogimiento familiar permanente al reproducir éste el contenido personal de la patria potestad (art. 173 CC), esto es, la obligación de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral. Estos son los términos del problema planteado en el caso objeto de este comentario. La resolución judicial se enmarca correctamente en la prohibición contenida en el artículo 19.4 de la Ley de adopción internacional (LAI), norma ésta resultante de un proceso de evolución lento pero firme en nuestro derecho positivo, al que en ocasiones no se aviene la jurisprudencia de los tribunales.

II. Los efectos de la *kafala* y su tratamiento jurídico

3. Para valorar la solución cualquier toma de posición exige examinar someramente el marco jurídico para el reconocimiento de efectos civiles y la consideración de la *kafala* constituida en el extranjero³.

4. 1º) En primer lugar conviene recordar que la *kafala* y la cuestión del reconocimiento de sus efectos civiles está presente en los instrumentos internacionales más relevantes. La propia Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 recoge en su artículo 20.3 la institución de la *Kafala*. Asimismo el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños⁴ incluye de forma expresa la *kafala* (art. 3.c) CLH 1996) y garantiza que la decisión de trasladar de país de residencia al menor objeto de *kafala* sea adoptada por autoridad competente y con la aprobación de la autoridad del Estado de origen art. 3.c) en relación con art. 1 CLH 1996). La garantía se extiende a asegurar el reconocimiento de la *kafala* en los Estados parte del Convenio, como *medida de protección* dentro del ámbito material, si bien dentro de los límites del orden público del Estado requerido teniendo en cuenta el interés superior del niño (art. 23.2.c) CLH).

² Como tampoco es idéntica a la tutela. Es una institución de protección de menores singular. Entre nosotros su examen desde la perspectiva de buscar la equivalencia con las CATEGORÍAS previstas en nuestro ordenamiento destacan los trabajos de P. DIAGO DIAGO "La *Kafala* islámica en España", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 2, (Marzo 2010) N° 1, pp. 140-164, (www.uc3m.es/cdt), espec. pp. 152-158; A. RODRÍGUEZ BENOR "Adopción y *kafala*: un análisis de su alcance respectivo en los ordenamientos occidentales", *Derecho internacional y relaciones internacionales en el Mundo Mediterráneo (Actas de las XVII Jornadas de la AEPDIRI)*, Madrid, BOE, 1999, pp. 195-206.

³ Dejamos a un lado la cuestión de los efectos administrativos. El reconocimiento de *efectos administrativos* la *kafala* constituida en el extranjero ha dado lugar a cuestiones más concretas en la jurisprudencia contencioso-administrativa: si sirve de fundamento del derecho a percibir una pensión de la Seguridad social (STS de Madrid, Sala de lo Social, de 31 de enero (JUR 2008/146505), *vid.* S. GARCÍA CANO, "Nota", *REDI* 2008, 1, pp. 254-256.; si la *Kafala* constituida atribuye la representación legal del menor a los efectos de obtener visado por reagrupación, en Sentencia TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso, de 3 de abril 2008 (JUR 2008/189480) (*vid.* N. MARCHAL ESCOLONA "Nota", *REDI*, 2008, 2, pp. 606-609). Sobre la *dimensión de extranjería* *vid.* S. ADROHER BIOSCA "La *kafala* islámica: Medida de protección de menores o estrategia migratoria?", *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, 45, pp. 203-220 espe. pp. 216 ss.; M. VARGAS URRUTIA, "La *kafala* del Derecho musulmán y el Tribunal Supremo", *El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado*. Vol. 2. (A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Dirs), Colección Derecho y Letras, núm. 1, Murcia, 2019, p. 475-488.

⁴ BOE n° 291, de 2 de diciembre 2010

5. Esta misma cuestión del reconocimiento de los efectos de una *kafala* constituida sobre menor argelino en el extranjero a los fines de conversión en adopción está en la base de la STEDH de 4 de octubre de 2012, recurso nº 43631/2009, *Harroudj c. Francia*⁵, en cuyo sustrato fáctico consta que se pretendía que la *kafala* constituida en el extranjero produjera en el Estado de acogida efectos equivalentes a la adopción (plena) basándose principalmente en el derecho fundamental del menor a una vida privada y familiar, que se vería afectado por la prohibición de adopción de una menor cuando su ley nacional lo impide, contenida en el Código civil francés (salvo que el menor haya nacido y posea residencia habitual en Francia). La demandante recurre al TEDH para que see pronuncie sobre si la norma francesa suponía una infracción, por una parte, del principio de no discriminación (art. 14 CEDH) y por otra, si vulneraba el derecho al respeto a la vida privada y familiar (ex. art. 8 CEDH)⁶. El TEDH, establece en primer lugar, que la *kafala* no produce un vínculo de filiación⁷ y añade que no constituye una infracción del derecho a la vida privada y familiar y tampoco es lesiva del derecho a la continuidad de una relación pseudo-familiar. El Tribunal entiende que la *kafala* es una medida de protección que coexiste con otras en el estado de acogida.

6. Y por último, en tiempos recientes el TJ de la Unión Europea se ha pronunciado en Sentencia de 26 de marzo de 2019, en el asunto C-129/18, al interpretar en el marco del recurso prejudicial el concepto de “descendiente directo” que figura en el artículo 2.2 c) de la Directiva 2004/38 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias; fallando en sentido negativo al afirmar que dicho derecho no incluye a una menor que se halla bajo tutela legal permanente de un ciudadano de la Unión con arreglo a la institución de la *kafala* argelina puesto que dicho régimen no crea un vínculo de filiación entre ellos⁸.

7. 2º) En el ordenamiento español nótese que hasta la entrada en vigor de la LAI 54/2007, el reconocimiento de la *kafala* como adopción fue habitual, dado que el artículo 9.5 Cc permitía descartar la aplicación de la ley nacional del adoptando (en lo relativo a su capacidad y los consentimientos necesarios para la adopción) si éste adquiría la nacionalidad española por la adopción y si el adoptante tenía la nacionalidad española.

8. En este contexto la Dirección General de los Registros y del Notariado, por Resolución Circular de 15 de julio de 2006 sobre reconocimiento e inscripción en el Registro español de adopciones internacionales⁹, sentó las bases para la calificación de esta institución extranjera al afirmar que “La *kafala*...no crea un vínculo de filiación...”, si bien la caracteriza como similar a un acogimiento familiar en cualquiera de sus modalidades (simple o permanente) recogido en el artículo 173 bis Cc, bien como tutela. Se admitieron ciertos efectos con la condición de no vulnerar el orden público español y la presentación de documentos debidamente legalizados y traducidos. Se excluye desde entonces que la *kafala* pueda ser reconocida como una adopción¹⁰.

⁵ STEDH (Sala 5ª) de 8 de octubre 2012. Vid. C.I. CORDERO ÁLVAREZ, “Nota”, *REDI*, 2013 (2), pp. 284-287, p. 286.

⁶ Con anterioridad la infracción de dichos derechos como consecuencia del no reconocimiento en Grecia de una adopción constituida en EEUU, fue contrastada en la STEDH de 3 de mayo 2011, nº 56759/08, *Negrepontis c. Grecia*. Vid. C.I. CORDERO ÁLVAREZ “Adopción en Europa y efectos de la *kafala* en el marco del Convenio Europeo de Derechos humanos”, *AEDIPR*, t. XII, 2012, pp. 455-489.

⁷ Cf. C.I. CORDERO ÁLVAREZ “Nota”, *cit.* p. 286.

⁸ Para dar una respuesta al problema planteado y permitir el ejercicio efectivo de la libre circulación al pseudo-familiar del titular del *kafala*, el TJ añade una matización a mi parecer controvertida: “Si bien, en caso de que se demuestre que en circunstancias normales, la menor y su tutor (que es ciudadano de la Unión), llevarán una *vida familiar efectiva* y que la menor depende de su tutor, las exigencias vinculadas al derecho fundamental a la vida familiar, junto con la obligación de tener en cuenta el interés superior del menor, en principio requerirán que se otorgue a ésta el derecho de entrada y residencia al objeto de permitir que viva con su tutor en el Estado miembro de acogida de éste”.

⁹ Res Circular de 15 de julio de 2006 sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales (*BOE* núm. 207, de 30 de agosto de 2006).

¹⁰ Si bien se ha destacado que en esa misma Resolución Circular se apelaba a que las autoridades implicadas descendieran al análisis caso por caso (vid. A. LARA AGUADO “Adopción internacional: Relatividad de la equivalencia de efectos y sentido común en la interpretación del derecho extranjero” *REDI*, 2008,1, pp. 129-145).

9. 3º) Pues bien, con la LAI 54/2007 de 28 de diciembre, sobre Adopción internacional, se avanza en la interpretación de la DGRN al elevar a derecho positivo y establecer la asimilación de la *kafala* con el acogimiento familiar o con la tutela para aquellas instituciones de protección de menores constituidas ante autoridades extranjeras que no produzcan efectos de filiación cuando cumplan los requisitos del artículo 34.1 LAI 2007: “Las instituciones de protección de menores constituidas por autoridad extranjera y que, según la ley de su constitución, no determinen ningún vínculo de filiación *se equiparán* al acogimiento familiar o, en su caso, a una tutela, regulados en el derecho español”. Desde entonces es meridianamente claro que no cabe utilizar el mecanismo de conversión para las adopciones simples o menos plenas constituidas en el extranjero en adopciones plenas previsto por la LAI 2007.

10. 4º) En la línea de matizar el problema que planteaba constituir adopciones cuando la ley nacional del adoptando prohibía o desconocía la adopción, se admitían matices para supuestos que presentan lo que se ha denominado la “conexión social” al estar el adoptando ya integrado en nuestro país¹¹, asimismo acogidos en la Circular 8/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores, si el adoptante ostentaba la nacionalidad española y el menor residía en España aunque la ley nacional lo prohibiera¹².

11. 5º) En buena medida parece que la jurisprudencia ha sido fiel a los criterios de calificación establecidos por la DGRN en su Resolución Circular de 2006¹³. En la práctica los problemas que se han venido planteando han sido dos. Por una parte, la mencionada cuestión del reconocimiento de efectos de esta institución desconocida en nuestro ordenamiento y generalmente declarada como equivalente a un acogimiento preadoptivo firme¹⁴. En ocasiones la jurisprudencia ha sido flexible hacia supuestos de *kafala* cuya conversión en adopción tuvo lugar en el exterior y por tanto admisible vía reconocimiento de la adopción¹⁵.

Por otra parte, incluso con anterioridad a la reforma de 2015, la equiparación funcional de la *kafala* al acogimiento o tutela españoles, constituía una antesala que facilitaba la constitución *ex novo* de la adopción¹⁶. En esos supuestos la práctica judicial ha sido mucho más vacilante y por tanto equívoca, en lo relativo a la exigencia o no de certificado de idoneidad para la constitución de adopciones, dado que al haber sido asimilada la *kafala* a una guarda o tutela se allanaba el camino a la adopción evitando la propuesta previa. Uno se encuentra con decisiones judiciales que no exigen el certificado de idoneidad, en unos casos por entender cumplido o transcurrido un año de acogimiento no debía de exigirse propuesta previa, resolviendo que “... se permite la petición directa de los adoptandos sin perjuicio de que en estos casos, como en los demás, debe de valorarse por el Juez las condiciones de idoneidad de los adoptantes o adoptando”. En cambio, sí se ha exigido y por tanto se deniega la constitución de la adopción en otros casos, pues sobre la base de la equiparación entre *kafala* y acogimiento que la DGRN había formulado en su Resolución Circular de 2006, se determina que “...esta equiparación no permite prescindir de la actuación de las autoridades estatales...”¹⁷, es decir, de la tramitación del expediente de idoneidad.

¹¹ Cf. A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Comares, Granada, 2008, p. 118.

¹² Sobre esta cuestión *vid.* E. RODRÍGUEZ PINEAU, “La protección en España de menores cuya ley nacional prohíbe la adopción tras la reforma de la Ley 54/2007, de Adopción internacional” *Derecho Privado y Constitución*, 31, 387-415. DOI: <https://doi.org/https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.31.09>, pp. 398-399.

¹³ Así se pone de relieve a partir de un análisis amplio de la jurisprudencia desarrollado por P. JUÁREZ PÉREZ, “La *Kafala* islámica como institución de protección: interpretación y práctica españolas”, en *Protección de menores y Derecho internacional privado* (A.CEBRIÁN SALVAT./I.LORENTE MARTÍNEZ, dirs.), ed. Comares, Granada, 2019 pp.143-171, espec. pp.151-152.

¹⁴ Así, Auto AP de Gerona, Sección primera, de 18 diciembre 2017 (ECLI:ES:APGI:2017:1116 A).

¹⁵ Así en ejemplar Res DGRN (18) de 17 de febrero 2014 (*BIMJ*, Resoluciones DGRN, 9 de julio 2015, pp. 7-9), N. MARCHAL ESCALONA, “Denegación del reconocimiento y la inscripción en el registro civil español de una adopción constituida en el extranjero”, *AEDIPr*, 2014-2015, pp. 1223 y ss.

¹⁶ Cf. A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007, de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional...cit.* p. 316; P. JUÁREZ PÉREZ, “La *kafala* islámica...”, *cit.* p. 153. Subyace en Sentencia TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso, de 3 de abril 2008 (JUR 2008/189480) en la que el problema central era determinar si la *Kafala* constituida atribuye la representación legal del menor (*vid.* N. MARCHAL ESCALONA, “Nota”, *REDI*, 2008, 2, pp. 606-609).

¹⁷ AP de Tarragona (Sección 1ª) Auto de 23 de junio de 2008. Recientemente, en el mismo sentido, Auto AP Barcelona, Sección decimotercera, de 28 de mayo 2019.

12. En fin, un marco jurídico desordenado por la práctica, conducente a situaciones desiguales dentro del ámbito español y a la postre, generador situaciones claudicantes en orden a alcanzar el reconocimiento en el país de la nacionalidad del menor adoptado en su país de origen, son los datos que alertaban acerca de un problema real y hasta cierto punto explican la intervención del legislador en 2015, como se verá.

13. 6º) La Ley 26/2015, de 28 de julio, que modifica el sistema de protección de la infancia y de la adolescencia, añade un nuevo párrafo, apartado 4 en el artículo 19 LAI 2007, conforme al cual “En el caso de menores cuya ley nacional prohíba o no contemple la adopción se denegará la constitución de la adopción, excepto cuando el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por Entidad Pública”¹⁸. Desde entonces se levanta esta prohibición de constitución de la adopción (“...se denegará la constitución...”) respecto de menores cuya ley nacional desconozca o prohíba la adopción. La prohibición es terminante: no diferencia entre menores residentes en su país de origen o menores trasladados y residentes en España por adoptantes españoles. En conjunto la doctrina ha acogido este precepto de modo desigual¹⁹.

14. Únicamente se prevé una excepción legal expresa en cuanto al menor abandonado y tutelado por Entidad pública (art. 19.4 *in fine*) y la norma deja abierto un resquicio. En efecto, dado que el ámbito de aplicación personal del precepto se circunscribe a los menores de edad (como no podía ser de otro modo dado que la LAI 2007 se aplica a los menores de 18 años, en correspondencia con el Convenio de La Haya de 1993 sobre Adopción), cabe la posibilidad (o la duda) de interpretar que dicha prohibición no se proyecta sobre adoptandos mayores y menores emancipados, que pueden ser adoptados conforme a lo previsto en el artículo 175. 2. c) Cc. Y si bien la adopción de menores emancipados y sobre todo de mayores, son supuestos controvertidos dada la caracterización contemporánea de la adopción como medida de protección de menores y desde esa perspectiva se ha planteado la no aplicabilidad de la LAI 2007, no faltan autores que admiten que está dentro de su ámbito dada la ausencia de una exclusión expresa, planteamiento que compartimos²⁰.

15. Finalmente, desde otras instancias orientadas a dar respuesta a los persistentes supuestos de traslado por españoles a nuestro país de menores en situación de *kafala*, se ha mantenido el criterio restrictivo incluso para los supuestos en que, como éste, ofrecen una cierta “conexión social” con nuestro país. Así, en el Dictamen 3/2016 sobre incidencia de la reforma de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre de Adopción internacional²¹, respecto al tratamiento de la *kafala* se afirma que: 1º) debe constatarse suficientemente que la legislación nacional del adoptando prohíbe o no contempla la adopción; 2º) que el menor no adquiera la nacionalidad española en virtud de la adopción y por tanto mantiene la suya; 3º) indica que la restricción no opera en los supuestos en que el menor se halle en situación de desamparo y tutelado por Entidad pública.

La adquisición de la nacionalidad española puede resultar de haber estado sujeto el menor a acogimiento por persona o institución española durante dos años consecutivos (art. 22.2.c) Cc), quedando descartada la práctica anterior conforme a la cual se reconocía una conexión anticipada a la nacionalidad

¹⁸ Sobre esta nueva disposición y sus antecedentes S. ADROHER BIOSCA “La *kafala* islámica: Medida de protección de menores o estrategia migratoria?”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, 45, pp. 203-220; E. RODRÍGUEZ PINEAU, “La protección en España de menores cuya ley nacional prohíbe la adopción tras la reforma de la Ley 54/2007, de Adopción internacional” *Derecho Privado y Constitución*, 31, 387-415. DOI: <https://doi.org/https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.31.09>; M.J.SÁNCHEZ CANO, “Adopción en España de menores en situación de *Kafala* y ley nacional del adoptando”, *Cuadernos de Derecho transnacional* (Octubre 2018), Vol. 10, Nº 2, pp. 931-946 (www.uc3m.es/cdt).

¹⁹ Conforme, pues impedirá las adopciones fraudulentas (cf. A. DURÁN AYAGO, “Aspectos internacionales de la reforma del sistema de protección de menores. Especial referencia a la adopción internacional”, *AEDIPr*; t. XVI, 2016, p. 444); más escéptica, M.J. SÁNCHEZ CANO, “Adopción en España de menores...”, *cit.* pp.937-938; a partir de un examen exhaustivo de los antecedentes y crítica desde la perspectiva de la protección del interés del menor E. RODRÍGUEZ PINEAU, “La protección en España de menores cuya ley nacional prohíbe la adopción tras la reforma de la Ley 54/2007, de Adopción internacional” *cit.* espec. 409-413.

²⁰ Cf. A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional...* *cit.* pp. 43-44.

²¹ https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Dictamen

española²². Esta interpretación permite desbloquear la situación de las *kafalas* constituidas por españoles para su posterior traslado y constitución de la adopción en España.

III. El caso planteado en el contexto vigente

16. Esta nueva disposición (art. 19.4 LAI 2007) cierra el paso a situaciones como las que subyacen en la sentencia objeto de este comentario. Quizás la singularidad que hay que resaltar en este caso es la común nacionalidad (marroquí) del adoptante y la adoptanda dato al que se añade la residencia en España de ambas, alejándose del supuesto más común, el de españoles que acuden o acudían a Marruecos y otros países de tradición islámica, constituían una *kafala*, desplazaban al menor a España y aquí iniciaban los trámites de constitución en adopción plena.

1. Sobre la posibilidad de constituir en España una adopción respecto de una menor sometida a *Kafala* en Marruecos

17. La primera cuestión que se plantea es si constituida la *Kafala* en Marruecos, entre nacionales marroquíes residentes en España, cabe reconocer sus efectos a los fines de constituir una adopción ante autoridad española sobre un menor sobre el que ya hay un régimen de *kafala*. La Audiencia Provincial de León en este caso, después de manifestar 1º) la falta de equivalencia de esta institución con el derecho español, 2º) de admitir que estas instituciones de protección extranjeras pueden tener efectos en sede de acogimiento familiar o en su caso de tutela, 3º) no apreciando situación de desamparo, única excepción posible en sede del artículo 19.2 LAI 2007, 4º) toma en cuenta la prohibición del artículo 19.4 LAI 2007 para proyectarla de lleno al caso planteado²³. A mi entender la respuesta es conforme a los presupuestos del derecho vigente y por tanto correcta.

18. En efecto, la respuesta debe ser terminantemente negativa. El tenor de la norma es meridianamente claro en un punto: contiene una prohibición de constitución de la adopción dirigida a la autoridad inicialmente competente (“*se denegará la constitución de la adopción...*”) cuya infracción por vía de consecuencia debe ser la invalidez de la adopción por falta de competencia en la autoridad interviniente. Basta con que la ley nacional del adoptando *desconozca* o *prohiba* la adopción. Se trata de una prohibición sin paliativos. Solo admitiría excepciones en el supuesto legalmente previsto (que el menor se halle en situación de abandono) y en los casos en que adquiriera la nacionalidad española, tal y como lo ha interpretado la Fiscalía General en su Dictamen 3/2016. Como excepciones, son de interpretación estricta, y a mi entender debieran haber sido introducidas con una limitación temporal, en orden a resolver los asuntos que estaban pendientes en 2015, pero no como solución general pues no servirá para desincentivar la constitución de *kafalas* en países con leyes prohibitivas o desconocedoras de la adopción.

19. Estos argumentos tendentes a modular la prohibición no se proyectan en el caso de la Sentencia en análisis porque no se dan los presupuestos fácticos para atenuar la prohibición. Pese a la residencia en España, el menor no adquiere la nacionalidad española por la adopción. Al mantener la nacionalidad marroquí la constitución de la adopción sobre la base de la *kafala* podría dar lugar a una situación claudicante (p.ej. de haber familiares afectados en Marruecos) dado que la ley nacional del menor (marroquí) coloca el supuesto bajo el ámbito de un ordenamiento que desconoce la adopción. Sin olvidar, por último, que fue precisamente Marruecos el país que suspendió las *kafalas* durante algún tiempo en un intento de controlar y evitar la salida de menores del país²⁴. Y es sabido también que la

²² Vid. E. RODRÍGUEZ PINEAU, “La protección en España de menores cuya ley nacional prohíbe la adopción...”, *cit.* p.408.

²³ FJ 2º.

²⁴ Da cuenta de la situación desde la perspectiva marroquí, S. ADROHER BIOSCA, “La *kafala* islámica...”, *cit.* pp. 213-

cuestión alcanza y se proyecta como una sombra sobre la política exterior española, siendo Marruecos un vecino tan próximo como relevante.

20. Esta SAP León destaca y se distancia de otros antecedentes en la jurisprudencia española no tan rigurosos. En efecto, ya en vigor el artículo 19.4 LAI 2007 tras la reforma de 2015, y siendo loable y respetable la opinión del juzgador, en otros supuestos se ha admitido el reconocimiento de la *kafala* a fines de adopción, sorprendentemente y contra el criterio del Ministerio Fiscal, con argumentos como que “...en el derecho marroquí no están prohibidas las adopciones ...tan solo es una figura o institución que no existe en la Ley, siendo la *kafala* la institución de máxima protección para los niños abandonados...”, concluyendo que “...debe primar la interpretación más favorable para el interés del menor...”²⁵. Y se llega a análogo resultado, en el Auto de la AP de Girona de 18 de diciembre de 2018 por el que se revoca el Auto dictado en primera instancia. Obviando cualquier referencia al artículo 19.4 LAI 2007, se autoriza la adopción de una menor sometida a *Kafala* sobre la base de la positiva integración de la menor en la familia adoptante²⁶, posición que como ya he indicado, ha sido avalada en la doctrina para los supuestos en que el menor se traslada a España por nacionales españoles y residentes aquí²⁷ en los mismos términos que el Dictamen 3/2016 de la Fiscalía General.

21. No se puede menos que discrepar pues si el argumento es que la adopción a constituir en España debe quedar sujeta a ley española como ley única (*ex. art. 18 LAI 2017*), obviando el mandato del artículo 19.4 LAI 2007 que es una norma imperativa dirigida a las autoridades (“*se denegará la constitución de la adopción...*”) y justificado en aras del interés del menor, habría que preguntarse entonces para qué se introdujo en 2015 el artículo 19.4 LAI y en general, cuál es la función de una prohibición legal expresamente dirigida a la autoridad interviniente en la constitución. No creo que el significado y alcance de una prohibición dirigida a las autoridades eventualmente competentes sea cuestión discutible: se habilita su intervención en la constitución de la adopción dentro de unos parámetros legales. Por otra parte, la norma cumple o debiera cumplir una función disuasoria de ciertos comportamientos, y en este sentido debieran tomar nota abogados y asesores en adopción internacional desaconsejando la constitución de *kafalas* como antesala a la adopción.

22. Podrá objetarse que dotar al artículo 19.4 de ese significado es un argumento formal. Y lo es, si, junto a otro argumento formal y no menos relevante: la prohibición obedece asimismo a una finalidad del Derecho internacional privado y es la función de asegurar la continuidad de las relaciones jurídicas. La constitución de la adopción en España previa *kafala* en el extranjero, supondría la afirmación de dos estados civiles de muy distintos efectos que en el medio o largo plazo pueden chocar: establecimiento de un vínculo de filiación por la adopción, habiendo familiares afectados en el país de origen y cuyo consentimiento no se ha considerado. El desconocimiento o la prohibición de la adopción en el país de origen del adoptado conducirá al no reconocimiento de la constituida en España, un supuesto típico de situación claudicante que persigue el artículo 19.4 LAI, como se desprende de la Exposición de motivos. En último término, entiendo que el interés del menor no cristaliza prioritariamente en el establecimiento de la filiación adoptiva (*favor adoptionis*), pues de modo inmediato dicho interés se satisface correctamente si el menor es acogido, guardado, educado, protegido en el marco de otras instituciones que lo posibilitan como el acogimiento familiar.

214; Sobre la cuestión política subyacente a la prohibición C.I. CORDERO ÁLVAREZ, “Adopción en Europa...”, *cit.* p.472; E. RODRIGUEZ PINEAU, “La protección en España de menores cuya ley nacional prohíbe la adopción...”, *cit.* p. 407.

²⁵ Auto AP de Palma de Mallorca, Sección cuarta, de 25 de octubre 2017 (ECLI:ES:APIB:2017:315 A)

²⁶ No lo he consultado directamente sino a través del análisis de M.J. SÁNCHEZ CANO, “Adopción en España de menores en situación de *Kafala* y ley nacional del adoptando”, *cit.*, espec. p. 941.

²⁷ Cf. M.J. SÁNCHEZ CANO, “Adopción en España de menores en situación de *Kafala* y ley nacional del adoptando”, *cit.* p. 942.

2. Sobre la posibilidad de constituir un acogimiento familiar permanente.

23. En fin, la demandante en instancia solicitaba, subsidiariamente y de no acordarse la adopción, un acogimiento familiar permanente. Pretensión que estima la Audiencia Provincial “...en interés del menor... conforme a lo previsto por el artículo 173 bis c), al aconsejarlo las circunstancias del menor y su familia, con todos los efectos y obligaciones previstos en el art. 173.1 del referido texto legal”²⁸, revocando el Auto del Juzgado de Instancia en este punto, que había rechazado esta segunda pretensión.

24. Admitido que la *kafala* no se asimila a la adopción en el ordenamiento español sino que se adecúa dentro de éste, equiparándose a la tutela o a un acogimiento familiar (art. 34 LAI 2007), el juzgador admite el acogimiento familiar permanente. En este sentido se razona correctamente en términos de equivalencia (art. 34.1.1º LAI 2007) o de calificación por la función que desempeña la institución extranjera cuyos efectos se pretenden hacer valer en España, determinando que la *kafala* cumple una función similar a la del acogimiento familiar, “que produce la plena participación del menor en la vida familiar e impone en quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral...pero que ni crea vínculos nuevos de filiación, ni rompe los anteriores, ni priva de la patria potestad a los padres”.

25. Omite en cambio el examen de los demás requisitos exigidos para el reconocimiento (*ex art.* 34.1 LAI 2007). Aunque es evidente por el sustrato fáctico que no había infracción del orden público español (art. 34.1.3º LAI 2007) y que presumiblemente el documento extranjero habrá observado las exigencias relativas a la autenticidad (art. 34.1.4º LAI 2007), habría sido interesante verificar cómo se efectúa el contraste de los vínculos razonables con el estado extranjero para asegurar la competencia de la autoridad extranjera en origen (art. 34.1.2º LAI 2007); no ha sido así, pero es la única omisión reseñable. Como tampoco se indica la posibilidad de proceder a un reconocimiento registral de carácter incidental ante el encargado del Registro civil conforme al artículo 11 de la Ley 15/2015, sobre Jurisdicción voluntaria, de tal modo que el encargado pueda proceder a la anotación calificando bien como acogimiento, bien como tutela, una vez inscrito el nacimiento del menor²⁹.

26. En suma, como en tantas otras ocasiones, hay que felicitar al juzgador por resolver alineado con la ley, su finalidad y la interpretación que de esta cuestión han dado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la UE.

²⁸ FJ 3º

²⁹ Cf. S. ADROHER BIOSCA, “La *kafala* islámica...”, *cit.* pp. 210-211

SOBRE LA DENEGACIÓN DE RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DE UNA MEDIDA CAUTELAR CONTENIDA EN UN LAUDO ARBITRAL EN MATERIA CONCURSAL DICTADO EN LA FEDERACIÓN RUSA

ON THE DENIAL OF RECOGNITION IN SPAIN OF A PROTECTIVE MEASURE CONTAINED IN AN ARBITRAL AWARD IN BANKRUPTCY ISSUED IN THE RUSSIAN FEDERATION

JOSÉ LUIS IRIARTE ÁNGEL

Catedrático de Derecho Internacional Privado

Universidad Pública de Navarra

ORCID ID: 0000-0002-2353-5003

Recibido: 04.04.2020 / Aceptado: 05.05.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5652>

Resumen: En el artículo se aborda el problema del reconocimiento y ejecución en España de una medida cautelar dictada en Rusia en un procedimiento arbitral de naturaleza concursal. El Tribunal español aplica al caso el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 sin realizar ninguna justificación al respecto y como si diese por supuesto que el exequatur de medidas cautelares arbitrales se rige por el mismo. Rechaza la pretensión del demandante por dos motivos, falta de presentación del convenio arbitral y que la decisión recae sobre una materia inarbitrable en nuestro Derecho.

Palabras clave: reconocimiento y ejecución, medida cautelar arbitral extranjera, procedimiento concursal, Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958, convenio arbitral, inarbitrabilidad de la diferencia.

Abstract: This article addresses the problem of the recognition and execution in Spain of a protective measure issued in Russia in an arbitration procedure of a bankruptcy nature. The Spanish Court applies the New York Convention of June 10, 1958 to the case without any specific justification as if it were assumed that the exequatur of an arbitration protective measure is governed by it. It rejects the plaintiff's claim for two reasons, failure to submit the arbitration agreement and that the decision falls on a matter that under our legal system can not be submitted to arbitration.

Keywords: recognition and execution, foreign arbitration protective measure, bankruptcy procedure, New York Convention of June 10, 1958, arbitration agreement, non-arbitrability of the dispute.

Sumario: I. Antecedentes de hecho y algunas precisiones al respecto. II. Puntualizaciones en cuanto a la normativa aplicada por el Tribunal. III. Motivos por los que la Sala denegó el reconocimiento. IV. Un problema subyacente: el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares adoptadas por árbitros en el extranjero. V. Conclusiones.

I. Antecedentes de hecho y algunas precisiones al respecto

1. El Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), de 19 de septiembre de 2019¹, tiene su origen en la solicitud de reconocimiento de un laudo arbitral dictado el 19 de marzo de 2019 por el Tribunal de Arbitraje de la Región de Rostov del Don (Federación Rusa). Se trataba de una resolución cautelar dictada en un procedimiento de naturaleza concursal, instado por un banco, en el que se había declarado como insolvente (en quiebra) al demandado, que era una persona física, y se había aprobado un plan de restructuración de las deudas del mismo. El Administrador concursal nombrado por el Tribunal Arbitral pretendía al presentar la demanda el exequatur de la decisión de dicho Tribunal, dictada en el curso del procedimiento de quiebra, por la que se prohibía al demandado enajenar una finca de su propiedad sita en Lloret de Mar, con el fin de que la decisión pudiese ser ejecutada mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad competente. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña denegó el exequatur por dos motivos a los que nos referiremos más tarde.

2. Antes de proseguir es necesario hacer referencia a una cuestión, que al parecer no se planteó en este caso pero que puede tener notable relevancia práctica. Me refiero al problema de precisar si el Tribunal de Arbitraje de la Región de Rostov del Don era realmente un órgano arbitral que dictó un auténtico laudo arbitral. En los Estados del espacio postsoviético existen instituciones que aunque reciben el nombre de arbitrales realmente son unos Tribunales estatales, lógicamente las resoluciones que dictan estos órganos no son auténticos laudos arbitrales y por consiguiente no pueden alcanzar eficacia en España a través de las disposiciones procesales y sustantivas previstas para el exequatur de las resoluciones arbitrales sino por medio de la normativa reguladora del reconocimiento y la ejecución de las sentencias judiciales. Así lo dijo el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en un Auto de 7 de enero de 2015², en el que, ante la solicitud de exequatur de un laudo dictado por el Tribunal de Arbitraje Económico de Kiev, apreció correctamente que realmente estaba ante una sentencia dictada por un Tribunal Mercantil, que no era una institución ajena a la jurisdicción del Estado sino un órgano judicial especializado en controversias comerciales, y en consecuencia el propio Tribunal Superior de Justicia no era competente para resolver el exequatur ni se podía aplicar la normativa atinente al reconocimiento y ejecución de los laudos. Este problema no se planteó en el caso que ahora nos ocupa, pero tal vez subyacía en él, pues no deja de ser significativo que uno de los motivos por los que no se accedió a la pretensión del demandante fue porque no presentó con la demanda el original o copia auténtica del convenio arbitral. Por otro lado, hay que considerar que posiblemente hubiese sido más fácil obtener la eficacia en España de la resolución rusa si se hubiese planteado el exequatur como el de una decisión judicial en materia concursal.

II. Puntualizaciones en cuanto a la normativa aplicada por el Tribunal

3. La parte demandante invocó en apoyo de sus pretensiones los artículos 12.1 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria³, 54 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil⁴, IV del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras⁵ y 46 de la Ley de Arbitraje⁶. A este respecto hay que hacer algunas precisiones en cuanto a determinadas disposiciones que no se invocaron en la demanda y a la idoneidad de las que sí se citaron.

¹ ECLI:ES:TSJCAT:2019:570A. JUR\2019\336067.

² ECLI:ES:TSJCAT:2015:15A.

³ BOE de 3 de julio de 2015; rectificación en BOE de 2 de septiembre de 2015.

⁴ BOE de 31 de julio de 2015.

⁵ BOE de 11 de julio de 1977; rectificación en BOE de 17 de octubre de 1986.

⁶ BOE de 26 de diciembre de 2003.

4. El demandante no aludió para amparar su pretensión al Convenio europeo de Ginebra, de 21 de abril de 1961, sobre arbitraje comercial internacional⁷, del que tanto España como Rusia son Estados miembros. Su posición fue correcta, pues de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.1 del texto convencional el mismo sólo se aplica en los casos en los que las partes tengan su residencia habitual o su domicilio o sede social en Estados contratantes diferentes y en este supuesto parece que ambas partes tenían su domicilio en Rusia. No obstante, aun en la hipótesis de que el Convenio hubiese sido aplicable el resultado final del procedimiento de exequatur no hubiese variado.

5. Tampoco invocó el demandante el Convenio bilateral entre España y la Unión Soviética, de 26 de octubre de 1990, sobre asistencia judicial en materia civil⁸. Una reiterada jurisprudencia ha sostenido que el mencionado Convenio rige en la actualidad el exequatur de sentencias rusas en España; así en el Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 9 de febrero de 1999⁹ se dijo que *“Existente un Convenio entre el Reino de España y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre asistencia judicial en materia civil, firmado en Madrid el 26 de octubre de 1990, que entró en vigor el 22 de julio de 1997, habiendo dejado de existir la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas –las cuales dieron lugar a la aparición de diversos Estados, entre ellos la Federación de Rusia– y siendo el demandado de exequatur un nacional de dicha Federación, ha de pronunciarse esta Sala sobre la aplicabilidad del citado Convenio a la Federación Rusa. Examinada la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre el Derecho de los Tratados y fundamentalmente la Convención de Viena de 23 de agosto de 1978, sobre sucesión de Estados en materia de Tratados, se ha de concluir que en el supuesto de separación de partes de un Estado para formar uno o más Estados, continúe o no en existencia el Estado predecesor, el principio dominante es el de continuidad de los tratados. Así se contiene en el artículo 34 de la Convención de Viena de 1978, en el que se establece para el supuesto de sucesión de Estados descrito, todo tratado que estuviera en vigor en la fecha de sucesión de Estados respecto la totalidad del territorio del Estado predecesor continuará en vigor respecto cada Estado sucesor así formado, estableciéndose como excepción en su apartado segundo a la aplicabilidad del tratado en cuestión el hecho de que los Estados interesados convinieran otra cosa, o que como consecuencia de la secesión de Estados, la aplicación del tratado fuera incompatible con su propio objeto y fin o cambiaran radicalmente las condiciones de su ejecución, debiendo concluirse que ninguna de las excepciones mencionadas concurren en el presente supuesto, por lo que ha de entenderse aplicable el Convenio entre el Reino de España y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre asistencia judicial en materia civil, firmado en Madrid el 26 de octubre de 1990”*. Esta doctrina se reitera, entre otros, en el Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 3 de julio de 2001¹⁰ Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 1 de julio de 2003¹¹ y Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24) de 14 de abril de 2011¹². Pero la omisión de este Convenio por parte del demandante es correcta, ya que su artículo 17.3.1) y 4) excluye expresamente de su ámbito de aplicación, en lo que se refiere al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, a las decisiones en materia concursal y a los laudos arbitrales. El Auto que ahora nos ocupa recuerda la existencia de este texto convencional, pero también de las exclusiones que hace su artículo 17 y por tanto no lo aplica.

6. La demanda tampoco invoca la Ley Concursal¹³ y en concreto sus artículos 220 a 226, que regulan el reconocimiento de los procedimientos extranjeros de insolvencia. En este sentido hay que tener presente que el artículo 226 prevé el régimen de la eficacia en España de las medidas cautelares concursales dictadas en el extranjero. La actitud de la parte demandante es coherente con su posición de que solicitaba el exequatur de una resolución arbitral y por tanto ajena al marco de la Ley Concursal,

⁷ BOE de 4 de octubre de 1975.

⁸ BOE de 25 de junio de 1997.

⁹ RJ\1999\1001.

¹⁰ RJ\2001\6521.

¹¹ RJ\2003\6882.

¹² JUR\2011\226796.

¹³ BOE de 10 de julio de 2003.

puesto que los citados artículos se aplican a decisiones no sólo judiciales sino también administrativas, pero no a laudos arbitrales¹⁴.

7. En cuanto a las disposiciones legales alegadas en la demanda hay que comenzar diciendo que, como señala el propio Auto, el artículo 12.1 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria no es aplicable al caso, puesto que la pretensión del demandante versaba sobre un laudo arbitral dictado en un procedimiento de quiebra y no sobre un acto de jurisdicción voluntaria. Por el contrario, sí es adecuada la invocación del artículo 46 de la Ley Concursal en cuanto que regula el exequatur de los laudos extranjeros y que remite al Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958, cuyo artículo IV aduce el demandante. Finalmente este último también se remite al artículo 54 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, lo cual es correcto, si bien realmente debiera referirse genéricamente a los artículos que en la citada Ley regulan el reconocimiento y la ejecución de decisiones extranjeras y que operan en todo lo no previsto por el Convenio de Nueva York.

III. Motivos por los que la Sala denegó el reconocimiento

8. La Sala denegó el reconocimiento por dos motivos: la falta de presentación junto a la demanda del original o copia autenticada del convenio arbitral, tal como lo exige el artículo IV.1.b) del Convenio de Nueva York y que el arbitraje había recaído sobre una materia que en el ordenamiento español no es susceptible de resolverse mediante arbitraje.

9. Una reiteradísima jurisprudencia, cumpliendo el mandato del Convenio de Nueva York, ha sostenido que para obtener el exequatur es imprescindible que la demanda vaya acompañada de los documentos enumerados en el artículo IV de la mencionada Convención, y en concreto del original o copia autenticada del convenio arbitral. Así se afirma, por ejemplo, en los Autos del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2003¹⁵ y 4 de marzo de 2003¹⁶, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de septiembre de 2014¹⁷ y de la Audiencia Provincial de Soria de 17 de septiembre de 2010¹⁸. Ciertamente, la jurisprudencia también ha formulado una interpretación que ella misma denomina “antiformalista”, en el sentido de que entiende que aunque no se presente el convenio arbitral basta con probar la voluntad inequívoca de las partes de someterse a arbitraje, lo que se puede desprender de su propio comportamiento como cuando recurren el laudo, reconviene en el procedimiento arbitral o desarrollan otras actividades similares¹⁹. En esta línea se pueden citar entre otros, además de los dos Autos del Tribunal Supremo a los que nos hemos referido más arriba, también el de 7 de octubre de 2003²⁰ y los Autos de los Tribunales Superiores de Justicia de Andalucía de 14 de noviembre de 2013²¹ y de Madrid de 26 de septiembre de 2014²². En el caso que ahora nos ocupa, la parte demandante no presentó el convenio arbitral ni realizó el menor esfuerzo probatorio al respecto y tampoco tenemos datos sobre el comportamiento del demandado, por lo que, en principio, parece razonable la denegación del reconocimiento en base al

¹⁴ M. CASADO ABARQUERO, “Artículo 220”, en: P. PRENDES CARRIL (Dir.), *Tratado Práctico Concursal. Tomo IV Calificación del concurso. Conclusión y de la reapertura del concurso. Normas procesales generales y del sistema de recursos. Normas de Derecho Internacional Privado*, Cizur Menor, 2009, pp. 890-891.

¹⁵ ECLI:ES:TS:2003:3649A.

¹⁶ ECLI:ES:TS:2003:2447A.

¹⁷ ECLI:ES:TSJCAT:2014:307A.

¹⁸ ECLI:ES:APSO:2010:132A.

¹⁹ Esta interpretación antiformalista iría en línea con la Recomendación de la UNCITRAL de 7 de julio de 2006 cuando dice: “1. Recomienda que el párrafo 2) del artículo II, de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas”. https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/explanatorytexts/recommendations/foreign_arbitral_awards

²⁰ ECLI:ES:TS:2003:10137A.

²¹ ECLI:ES:TSJAND:2013:54A.

²² ECLI:ES:TSJM:2014:57A.

incumplimiento del artículo IV.1.b) del Convenio de Nueva York. No obstante, no podemos olvidar que, como ya hemos apuntado antes, tal vez el procedimiento seguido en Rusia no era propiamente arbitral.

10. El artículo V.2.a) del Convenio de Nueva York establece como causa apreciable de oficio para denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral extranjero, el que según el ordenamiento del Estado requerido el objeto de la diferencia no sea susceptible de solucionarse por vía de arbitraje²³. En nuestro sistema jurídico el artículo 2.1 de la Ley de Arbitraje establece que “*Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho*”. Los procedimientos concursales no son de libre disposición, por consiguiente no cabe reconocer en España un laudo referente a dicha materia. Así se aprecia correctamente en la decisión ahora comentada.

IV. Un problema subyacente: el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares adoptadas por árbitros en el extranjero

11. El Auto sobre el que ahora trabajamos rechazó el exequatur por los motivos que hemos visto en el apartado anterior y no entró en un arduo problema previo que es el del reconocimiento y ejecución en España de las medidas cautelares adoptadas por árbitros en el extranjero²⁴. A este respecto hay que tener en cuenta que se trataba de una medida decidida por los árbitros, al parecer en el seno del procedimiento y a solicitud de una de las partes.

12. En un primer momento, la cuestión del arbitraje internacional y la justicia cautelar gravitó fundamentalmente sobre la cooperación de los órganos judiciales en el procedimiento arbitral, es decir, se trataba de medidas cautelares adoptadas por los jueces estatales en relación con un arbitraje. De esta manera, como eran decisiones judiciales en principio era admisible su exequatur, si bien en la práctica no siempre era fácil obtenerlo²⁵. No obstante, pese a algunas dudas o reticencias²⁶, en la actualidad es muy aceptado que los árbitros puedan tomar medidas provisionales o cautelares en el arbitraje internacional y en esta dirección se orientan los textos internacionales²⁷, los Reglamentos arbitrales²⁸ y la consolidación de figuras como la del árbitro de emergencia²⁹. Ante esta realidad se plantea el problema del

²³ Vid. el ya citado Auto del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2003 y el del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de noviembre de 2017 (ECLI:ES:TSJM:2017:494A).

²⁴ Un análisis reciente y muy completo de este problema lo encontramos en: X. ORBEGOZO MIGUEL, *Justicia cautelar y UE: una perspectiva mixta (jurisdiccional y arbitral) y su proyección sobre el ámbito marítimo*, Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea, 2019, especialmente pp. 197-227.

²⁵ A. L., CALVO CARAVACA, “Medidas cautelares y arbitraje privado internacional”, *Diario La Ley*, n° 6128, 16 de noviembre de 2004. A. L., CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Medidas cautelares y comercio internacional”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, n° 18, 2004, pp. 409 y ss. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Arbitraje y justicia cautelar”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXII, 2007, pp. 23-60. M. V. SÁNCHEZ POS, “Del juez al árbitro de emergencia. El impacto de la Ley Modelo en la progresiva atribución de la tutela cautelar a los árbitros en la legislación cautelar española y en otras legislaciones estatales”, *Arbitraje*, vol. XI, n° 2, 2018, pp. 403-442. C. BROWN, “The Enforcement of Interim Measures Ordered by Tribunals and Emergency Arbitrators in International Arbitration”, en: A. VAN DEN BERG (ed.), *International arbitration, the coming of a new age*, Alphen aam den Rijn, 2013, pp. 279-291. I. M. SCHWARTZ, “Interim and emergency relief in arbitration proceedings”, *Dispute Resolution Journal*, febrero-abril, 2008, pp. 56-62.

²⁶ G. B. BORN, *International Arbitration, Cases and Materials*, 2ª ed., Alphen aam den Rijn, 2015, p. 875. H. VAN HOUTTE, “Ten Reasons Against a Proposal for *Ex Parte* Interim Measures of Protection in Arbitration”, *Arbitration International*, vol. 20, n° 1, 2004, pp. 85-96.

²⁷ Paradigmático es el artículo 17 de la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001_ebook.pdf

²⁸ Por ejemplo: artículos 28 y 29 del Reglamento de Arbitraje CCI, 9B y 25 del Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres y 6 y 24 del Reglamento de Mediación y de Arbitraje del Centro Internacional para la Resolución de Disputas. <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-spanish-version.pdf>
https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx
https://www.icdr.org/sites/default/files/document_repository/ICDR_Rules.pdf

²⁹ E. FERNÁNDEZ MASÍA, “La irrupción del árbitro de emergencia en el arbitraje comercial internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, N° 1, 2017, pp. 82-98.

reconocimiento y ejecución de las decisiones cautelares dictadas por los árbitros en aquellos supuestos en los que las partes litigantes se niegan a cumplirlas voluntariamente.

13. En el ordenamiento español no disponemos de ninguna norma que responda claramente a esta cuestión. Ésta es una importante carencia que debe ser prontamente corregida por el Legislador. En un primer momento hay que plantearse si el Convenio de Nueva York se puede aplicar al exequatur de medidas cautelares adoptadas por árbitros³⁰. A este respecto la clave radica en la interpretación que se haga de los términos de su artículo V.1.e), que establece que es motivo para denegar el reconocimiento y la ejecución a instancia de parte que “*la sentencia no es aún obligatoria para las partes*”. Hay autores que entienden que este tipo de medidas no tienen carácter definitivo, puesto que pueden ser modificadas o revocadas, de lo que concluyen que no tienen la nota de obligatoriedad a la que se refiere el citado artículo y por tanto no pueden ser reconocidas ni ejecutadas en el extranjero. A esto habría que añadir que el texto del Convenio no hace ninguna referencia expresa a las medidas cautelares y la mayor parte de la jurisprudencia tradicionalmente ha sostenido esta misma interpretación³¹.

14. Sin embargo, también cabe otra interpretación más avanzada consistente en sostener que lo determinante no es que la decisión arbitral sea definitiva sino que sea vinculante para las partes. De esta manera si el laudo de medidas cautelares es susceptible de ejecución en el lugar en el que se ha dictado, está vigente en el momento en el que se solicita el exequatur, vincula a los litigantes y ha respetado los derechos procesales de la parte a la que se ha impuesto la medida, cabría conceder su reconocimiento y ejecución³². Esta posición tiene reflejo en alguna jurisprudencia comparada³³. En este sentido hay que recordar que la jurisprudencia española ha dicho reiteradamente que no se puede confundir laudo obligatorio con firmeza del laudo; ciertamente lo ha dicho en casos en los que se pretendía el exequatur de laudos recurridos ante los Tribunales del país en el que se habían dictado, pero en esencia esta doctrina sirve para apuntalar la interpretación a la que nos referimos. Por ejemplo en el reciente Auto del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 12 de abril de 2019³⁴ se dice: “*No habiendo sido anulado ni suspendido el laudo, éste era obligatorio para las partes al margen de que se hubieran o no intentado acciones de cualquier tipo tendentes a su anulación. No debe confundirse laudo obligatorio con firmeza del laudo (ATS 10 febrero 2002 y 10 diciembre 2002). Así resulta en primer lugar, ...del artículo 34-6 del Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje, al que las partes se sometieron ... cuando señala que: “Todo laudo es obligatorio para las partes. Al someter su controversia a arbitraje según el Reglamento, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier laudo que se dicte y se considerará que han renunciado a cualesquiera vías de recurso a las que puedan renunciar válidamente”. [...] La obligatoriedad del laudo resulta también de lo previsto en el artículo 45.1 de la Ley española de Arbitraje, cuando opta por su ejecutabilidad aun cuando contra él se haya ejercitado acción de anulación, salvo acuerdo de suspensión por el tribunal encargado de la ejecución y previa prestación de la oportuna caución*”.

15. A esto habría que añadir el espíritu y finalidad que anima al Convenio de Nueva York, que son justamente los de favorecer la libre circulación de decisiones arbitrales. Y por otro lado, hay que re-

³⁰ X. ORBEGOZO MIGUEL, *Justicia cautelar y UE ...*, pp. 217 y ss.

³¹ C. BROWN, “The Enforcement ...”, p. 286. K. P. BERGER, *Private Dispute Resolution in International Business. Negotiation, Mediation, Arbitration*, 3ª ed., Alphen aam den Rijn, 2015, p. 453. A. YEŞILIRMAK, *Provisional measures in international commercial arbitration*, Alphen aam den Rijn, 2005, pp. 259-261. M. GÓMEZ JENE, “Arbitraje internacional y Anteproyecto de Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil”, *La Ley*, nº 8388, 30 de septiembre de 2014, p. 6.

³² M. M. VERDÍAS MEZZERA, “Legge Ferenda. La necesidad de dar efecto útil –y formal– a las órdenes emitidas por “árbitros de emergencia””, *Arbitraje*, vol. XII, nº 1, 2019, p. 194. P. SIMSIVE, “Indirect Enforceability of Emergency Arbitrator’s Orders”, *Kluwer Arbitration Blog*, 15 de abril de 2015. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/04/15/indirect-enforceability-of-emergency-arbitrators-orders/>

³³ Véanse las resoluciones citadas en: X. ORBEGOZO MIGUEL, *Justicia cautelar y UE ...*, pp. 218 y 223.

³⁴ ECLI:ES:TSJMU:2019:12A. M. J. CASTELLANOS RUIZ, “Exequatur de laudos arbitrales extranjeros en España: comentario al Auto del TSJ de Murcia de 12 de abril de 2019”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, Nº 1, 2020, pp. 512-530.

En la misma línea se pueden citar los Autos del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de noviembre de 2011 (ECLI:ES:TSJCAT:2011:525A) y 15 de mayo de 2014 (ECLI:ES:TSJCAT:2014:184A).

cordar la razón de ser de las medidas cautelares, que es garantizar o asegurar el cumplimiento del laudo final. Este objetivo sólo se puede alcanzar en el ámbito arbitral si se propicia el exequatur de dichas medidas cuando son dictadas por los árbitros. En este sentido no deja de ser curioso, o tal vez significativo, que en el caso ahora analizado, la Sala aplicó el Convenio de Nueva York al reconocimiento y ejecución de la medida cautelar arbitral dictada en Rusia sin hacer ninguna precisión o justificación al respecto y simplemente en base a la remisión que el artículo 46.2 de la Ley de Arbitraje realiza al citado Convenio. Parecería que daba por supuesto que su aplicación a las medidas cautelares era indiscutible.

16. En este mismo orden de cosas, desde la perspectiva del Derecho español de origen interno hay que reparar en el artículo 41.4 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, que admite el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares y provisionales extranjeras, cuando su denegación implique una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y siempre que se hubiesen adoptado respetando los derechos procesales, fundamentalmente el derecho a ser oído, de la parte contraria³⁵.

V. Conclusiones

17. Estamos ante un caso extraño, como es el de la solicitud del exequatur de una medida cautelar dictada por un tribunal arbitral en un procedimiento concursal. Posiblemente la decisión extranjera no partió de un auténtico arbitraje. La Sala denegó el reconocimiento por dos motivos, como son la falta de presentación del convenio arbitral y que la decisión había recaído sobre una materia no susceptible de resolverse por arbitraje en el Derecho español; ambos motivos son perfectamente admisibles e indudablemente concurrían en el supuesto. El Auto no entra en el problema del exequatur de las medidas cautelares dictadas por árbitros en el extranjero, pero en él se aplica el Convenio de Nueva York como si se diese por supuesto que era la norma competente y sin construir ninguna justificación al respecto.

³⁵ E. FERNÁNDEZ MASÍA, “La irrupción del árbitro ...”, p. 95.

BAD FORUM SHOPPING Y RECURSO DE REVISIÓN:
“CAUSA CAUSAE EST CAUSA CAUSATI”
(STS DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2019)

BAD FORUM SHOPPING AND JUDICIAL REVIEW:
“CAUSA CAUSAE EST CAUSA CAUSATI”
(STS DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2019)
DECISION OF THE SUPREME COURT OF NOVEMBER 25, 2019

PILAR JUÁREZ PÉREZ

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0003-3044-5679

Recibido: 16.03.2020/ Aceptado: 05.04.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5653>

Resumen: Se solicita la revisión, ex art. 510.4º LEC, de una sentencia de divorcio ganada injustamente en virtud de maquinación fraudulenta, al ocultar y falsear intencionadamente el actor los datos del domicilio de la esposa demandada, declarada en situación de rebeldía procesal. El TS no entra en el fondo del asunto, al declarar la caducidad de la acción de revisión, por haber transcurrido más de tres meses desde el descubrimiento del fraude (art. 512 LEC). Antes del proceso desarrollado en España, se sustanciaba en Nueva Jersey (EE.UU.) un procedimiento con el mismo objeto y entre las mismas partes. Pese a lo cual, el marido presenta en una segunda demanda de divorcio ante el Juzgado de Primera Instancia, donde realiza el fraude descrito. Surge la cuestión de cómo pudo abrirse en España un segundo proceso estando pendiente el primero. La respuesta está en una institución sobradamente conocida en el Derecho internacional privado: el *forum shopping*.

Palabras clave: *forum shopping*, exequátur, sentencia extranjera de divorcio, maquinación fraudulenta, «recurso» de revisión.

Abstract: This judgement by the Supreme Court resolves an application for review of sentence based on the ground for opposition referred to in Article 510.4º of the Code of Civil Procedure (CCP): an unfair judgement caused by malicious conduct. The plaintiff intentionally concealed and distorted the information about defendant's domicile; as a result, the judgment was given by default. The Court did not examine the substantive matter and declares the expiration of the review action, because more than three months had passed since the fraud was discovered (Art. 512 CCP). Before the procedure in Spain an identical process was taking place in New Jersey (USA). The question that arises is how a second process could be opened in Spain while the first was pending. The answer lies in a well-known institution of Private International Law: *forum shopping*.

Keywords: *forum shopping*, exequatur, foreign sentence of divorce, fraudulent machination, judicial review.

Sumario: I. El supuesto de hecho: un divorcio y dos jurisdicciones. II. El forum shopping: «causa causae est causa causati». III. Corolario: no es la institución (forum shopping), es la utilización (mala fe procesal).

I. El supuesto de hecho: un divorcio y dos jurisdicciones.

1. La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2019 que aquí se analiza deriva de los hechos que relatamos a continuación¹. Se sustancia proceso de divorcio entre nacionales españoles ante un tribunal de New Jersey (EE.UU.), lugar de residencia de la esposa. Con anterioridad a la finalización del procedimiento por sentencia, el marido presenta nueva demanda de divorcio ante un Juzgado de Primera Instancia de La Coruña, sin realizar mención alguna al proceso pendiente en Estados Unidos y omitiendo la verdadera dirección de la demandada y de las hijas comunes de ambos, que residían con su madre en aquel país. Como consecuencia, sobre el mismo vínculo recaen finalmente dos sentencias de disolución matrimonial: la primera, dictada en abril de 2015 por el tribunal de New Jersey; la segunda, en mayo del mismo año por el tribunal español.

2. La resolución española se dicta en rebeldía, debido a que el demandante, pese a tener conocimiento del domicilio correcto de su esposa e hijas en Estados Unidos, no facilitó al Juzgado dicha información, comunicando en cambio un domicilio que se encontraba deshabitado desde 2010. Al mismo tiempo, ocultó al órgano judicial la existencia de un domicilio en España de los padres de la demandada, cuyos datos conocía, imposibilitando su la citación en el proceso, e impidiéndole tener conocimiento de su inicio.

3. En 2019, esta circunstancia la lleva a solicitar al Tribunal Supremo la revisión de la sentencia de divorcio así dictada, sobre la base de los artículos 509 y 510 LEC². El primero determina los órganos competentes para conocer del recurso de revisión, y las resoluciones susceptibles del mismo, cuya firmeza se requiere. Por su parte, el artículo 510 LEC recoge catálogo de causas legales para instar la revisión³, alegándose en el presente caso la concurrencia del motivo 4º: “*Si se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta*”.

4. En opinión de la recurrente, concurría este motivo de revisión dado que el demandante en el proceso de origen había sido perfectamente conocedor de su domicilio y el de sus hijas cuando facilitó al Juzgado, a efectos de notificaciones del proceso, una dirección que le constaba desactualizada y que además, al no residir nadie, no podía servir de punto de partida para localizar su paradero, como sí hubiera ocurrido de haber facilitado el demandante la dirección de sus padres, que también conocía. Habiendo sido declara en rebeldía por este motivo, la recurrente no pudo articular en el proceso una defensa adecuada a sus intereses, dictándose una sentencia contraria a los mismos y favorable a su ex marido como consecuencia de sus maquinaciones fraudulentas para ocultar el domicilio real de la demandada. A mayor abundamiento, subrayaba la recurrente el hecho de que el demandante había instado un segundo proceso de divorcio en España estando pendiente un procedimiento en Estados Unidos, ocultando también esta circunstancia al Juzgado de Primera Instancia.

¹ RJ 2019\4967.

² Artículo 510 redactado por el apartado trece de la disposición final cuarta de la L.O. 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (B.O.E. núm. 174, de 22 de julio de 2015). En vigor desde el 1 de octubre de 2015. Sobre esta reforma y los motivos que la originaron, *vid.* D. LÓPEZ GARRIDO, “El carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de las sentencias judiciales firmes: la reforma del recurso de revisión por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, y la Ley 41/2015, de 5 de octubre”, *Parlamento y Constitución. Anuario*, Núm. 18, 2017, pp. 55-78, esp. pp. 66-69 y 72-73.

³ Catálogo que tiene la condición de *numerus clausus* y que debe ser siempre objeto de una interpretación restrictiva, como ha reiterado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras muchas, SSTs de 15 de marzo de 2001, RJ 2000\1265; de 26 de abril de 2005, RJ 2005\6418; de 24 de mayo de 2005, RJ 2005\9658; de 31 de octubre de 2005, RJ 2006\125; de 15 de febrero de 2007, RJ 2007\7372; de 21 de diciembre de 2012, RJ 2012\11281).

5. Así planteado el recurso -cuya estimación interesó el Ministerio Fiscal-, el demandado de revisión arguyó en su defensa que la recurrente tenía conocimiento de la existencia de la sentencia española de divorcio desde mucho tiempo antes de presentar el recurso de revisión ante el Tribunal Supremo. En concreto, el 30 de enero de 2018 había obtenido del Registro Civil un certificado literal de matrimonio donde aparecía anotado el divorcio decretado por la sentencia española posteriormente recurrida. La recurrente había solicitado dicha certificación en el marco de las actuaciones preprocesales dirigidas a la presentación de una demanda de exequatur de la sentencia norteamericana. En consecuencia, el demandado alegaba que el fraude que la recurrente afirmaba producido durante el proceso de divorcio sustanciado en España, había sido conocido por ella desde que obtuvo la certificación literal de matrimonio y la aportó con la solicitud de exequatur, un año antes de la solicitud de revisión.

6. Al examinar el recurso, el Tribunal Supremo no llega a entrar en el fondo del asunto, dejando inexplorada la cuestión de si hubo o no maquinación fraudulenta en la actuación del demandante en el proceso de origen. Con carácter previo a este -eventual- análisis, examina la alegada caducidad de la acción de revisión, determinando su concurrencia y desestimando por tanto el recurso sin ulteriores consideraciones. Como fundamento jurídico, el artículo 512 LEC, que establece un doble plazo de cara a la interposición del recurso de revisión, siendo preceptivo el cumplimiento de ambos para su admisión. Así, el párrafo 1º fija taxativamente un plazo general de cinco años: *“En ningún caso podrá solicitarse la revisión después de transcurridos cinco años desde la fecha de la publicación de la sentencia que se pretende impugnar. Se rechazará toda solicitud de revisión que se presente pasado este plazo”*.

7. En el presente supuesto, la recurrente sí se encontraba dentro de dicho período, por lo que fue el incumplimiento del segundo requisito temporal el que motivó la desestimación. Éste se recoge en el párrafo 2º del mismo precepto, y dentro del plazo general de cinco años, fija otro específico, cuyo *dies a quo* se activa en el momento en que se tiene conocimiento de la circunstancia que ha motivado la interposición del recurso: *“(…), se podrá solicitar la revisión siempre que no hayan transcurrido tres meses desde el día en que se descubrieren los documentos decisivos, el cohecho, la violencia o el fraude, o en que se hubiere reconocido o declarado la falsedad”*.

8. Considerando acreditado que la recurrente había rebasado el plazo específico de tres meses consagrado por el artículo 510.2 LEC, el Tribunal recuerda que estamos ante *“un estricto plazo de caducidad que, junto al general de cinco años [establecido en el párrafo anterior], viene a limitar temporalmente la posibilidad de instar la revisión como medio de carácter extraordinario y excepcional frente a la eficacia de sentencias firmes”*, lo que en el supuesto de autos conduce inexorablemente a rechazar la demanda de revisión.

9. Además de la normativa citada, el fundamento jurídico de esta decisión radica en la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo en interpretación del recurso de revisión. Siendo la cosa juzgada el eje fundamental de la seguridad jurídica, concibe el Tribunal este recurso como un remedio extraordinario que, sólo de forma muy excepcional, y en plazos muy rígidamente tasados, permite destruir dicho eje fundamental. Se trata de un proceso de naturaleza extraordinaria, que constituye una excepción al principio esencial de la irrevocabilidad de las sentencias que hayan adquirido firmeza. Por tanto, *“la interpretación de los casos que lo enmarcan debe efectuarse con un criterio sumamente restrictivo ya que, en caso contrario, el principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 de la Constitución quedaría vulnerado y se provocaría una quiebra del principio procesal de la autoridad de la cosa juzgada”*⁴.

10. En sentido estricto, la revisión no es un «recurso», sino un mecanismo de rescisión de la cosa juzgada, *“una pretensión impugnativa de la sentencia firme sobre una base fáctica nueva y diferente de*

⁴ STS núm. 88/2018, de 15 de febrero (RJ 2018\472); ATS de 19 de diciembre de 2019 (JUR 2020\6107).

la que fue tratada en el proceso anterior”⁵. En consecuencia, constituye un proceso o juicio autónomo⁶, no una nueva instancia del proceso sometido a ella, y no permite un nuevo enjuiciamiento de las cuestiones ya debatidas y resueltas en él⁷.

11. Cerrada así definitivamente la posibilidad de rescindir la cosa juzgada que constituye la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, esta decisión del Tribunal Supremo constituye un motivo de reflexión sobre el origen último de esta situación de dualidad de procesos idénticos sustanciados paralelamente en dos países distintos: la figura del *forum shopping*.

II. El *forum shopping*: «causa causae est causa causati»

12. Afirmó Santo Tomás de Aquino: «causa causae est causa causati» (*Quaestiones Disputatae*, 3,1). Haciéndose eco, un adagio del Derecho penal sostiene que «el que es causa de la causa, es causa del mal causado», lo que constituye una base teórica para la imputación de la responsabilidad criminal. Extrapolando este razonamiento al ámbito del Derecho internacional privado, es factible encontrar en el fenómeno del *forum shopping*, la causa última de situaciones como la que aquí se nos plantea.

13. El supuesto descrito constituye un emblemático ejemplo de la práctica conocida como *bad forum shopping*, que no es sino la utilización fraudulenta o abusiva de las reglas habituales de la competencia judicial internacional, que con frecuencia permiten acudir a más de una jurisdicción estatal para demandar la resolución de un mismo asunto. Es la consecuencia natural de tres de los rasgos que caracterizan al Derecho internacional privado: la exclusividad, la estatalidad y la relatividad.

14. En virtud de la primera, al resolver cuestiones jurídicas sometidas a su conocimiento, los tribunales de cada Estado determinan su competencia -o falta de ella- únicamente en base a sus propios foros, sin atender a lo que sobre el mismo asunto puedan establecer los criterios competenciales de otros países. Como consecuencia, en la práctica resulta frecuente que un mismo litigio sea susceptible de ser sometido a varias jurisdicciones estatales diferentes; o por el contrario, ninguna se considere competente para resolverlo, siempre según sus propias y exclusivas normas de competencia judicial internacional. En el presente caso, este uso excluyente de los propios foros fue lo que propició que un mismo proceso de divorcio fuera sometido, sucesivamente, al conocimiento de los tribunales estadounidenses y españoles, que pudieron declararse competentes para resolverlo en virtud de sus respectivos criterios competenciales.

15. Por su parte, la estatalidad del Derecho internacional privado deriva del hecho de que esta disciplina constituye una rama más del ordenamiento jurídico de cada país. Corresponde a cada Estado delimitar sus propias normas, que aplicarán de forma exclusiva sus tribunales estatales, lo que invariablemente conduce a que sobre un mismo asunto puedan recaer percepciones jurídicas diferentes o emitirse pronunciamientos distintos en cada Estado. Ésta es la denominada relatividad del Derecho internacional privado, que ocasiona la existencia de soluciones jurídicas diversas en función del país desde el que se enjuicie el asunto. Como es obvio, ello genera en los particulares una considerable inseguridad jurídica, consecuencia que tratan de paliar los Estados mediante la elaboración de textos legales internacionales de unificación de normas de Derecho internacional privado⁸. Correlativamente, esta misma

⁵ STC núm. 158/1987, de 20 de octubre (RTC 1987\158).

⁶ STS núm. 288/1988, de 18 de marzo (RJ 1998\2043).

⁷ STSJ de Navarra núm. 4/2003, de enero 2003 (RJ 2003\2218).

⁸ Pero, como bien señala J. SUDEROW, ni siquiera dichas herramientas logran eliminar completamente tal inseguridad jurídica, como gráficamente ejemplifica el supuesto de las cláusulas de elección de ley contenidas en tales instrumentos: “como el Derecho Internacional Privado de cada Estado y la interpretación de las cláusulas de jurisdicción puede ser diferente, las cláusulas de jurisdicción adolecen de cierta inseguridad respecto a su interpretación y determinación de la jurisdicción de la propia disputa” (“Cuestiones de jurisdicción internacional en torno a la aplicación privada del Derecho antitrust: *forum shopping* y «demandas torpedo»”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2010, Vol. 2, Nº 2, p. 321).

relatividad de soluciones en la práctica se convierte en una herramienta al servicio de los particulares intereses de cada individuo, que habrá de valorar cuál es el Estado más propicio para obtener una decisión que le sea favorable.

16. Desde una perspectiva procesal, la conjunción de estas tres características da lugar al fenómeno denominado *forum shopping*, expresión que objetivamente designa la posibilidad de que existan varios tribunales estatales competentes para conocer de un mismo asunto; y subjetivamente, la facultad que ello otorga a los particulares de elegir el que más convenga a sus intereses. Una elección directamente vinculada al derecho aplicable al fondo del asunto, pues el sujeto acudirá al tribunal cuyo sistema de conflicto de leyes le facilite el acceso al ordenamiento que resulte más favorable a su pretensión.

17. Esta multiplicidad de jurisdicciones competentes suele venir ocasionada por la diferencia de sistemas estatales de competencia judicial internacional, como se ha dicho; pero también, por la acción del legislador comunitario, que en ocasiones articula sus sistemas competenciales sobre un amplio abanico de foros, que evidencia una considerable generosidad al otorgar a los particulares múltiples opciones de litigar. En el ámbito material que nos ocupa, cabe citar como ejemplo de esta inclinación comunitaria a la multiplicación de las jurisdicciones competentes el régimen contenido en el Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental⁹. El texto establece un sistema de foros de competencia puramente alternativos, no sometidos a una relación de jerarquía, cuya utilización efectiva se deja a la autonomía de la voluntad del demandante, al que se ofrecen múltiples opciones de litigar (art. 3)¹⁰.

18. De este modo, se deja en manos del demandante la designación de un concreto tribunal al que someter su pretensión, entre todos los que potencialmente resultan competentes, bien por como consecuencia de sus respectivas normas estatales o bien por efecto de las reglas comunitarias aplicables al caso. Esta capacidad de elección del demandante se materializa a través de la interposición de la demanda, introduciéndose el matiz subjetivo cuando se considera que la parte designa uno u otro tribunal en función de su presunta favorabilidad a sus pretensiones, en aplicación de una determinada ley sustantiva y/o procesal¹¹. *A priori*, se trata de una situación perfectamente legítima, que responde al deseo del legislador de otorgar al particular la máxima protección procesal posible, permitiéndole acceder a más de una jurisdicción para reclamar la tutela de sus intereses.

19. Cada legislador -incluido el comunitario- dibuja el mapa de su ámbito jurisdiccional mediante el establecimiento de un conjunto de foros de competencia judicial internacional, que otorgan previsibilidad (*ergo*, seguridad jurídica) a las partes, que pueden conocer de antemano cuáles son sus posibilidades de litigar ante un eventual conflicto¹². En España, los foros de competencia judicial internacional están inspirados además en el principio de proximidad o vinculación mínima¹³. En virtud del

⁹ DOUE núm. 338, de 23 de diciembre de 2003.

¹⁰ Como advierten A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA, GONZÁLEZ, la consecuencia resulta obvia: “*al existir nada más y nada menos que siete foros de competencia judicial internacional en materia de divorcio (...) es habitual que los cónyuges presenten sus demandas antes tribunales de distintos Estados miembros, todos ellos competentes para conocer del litigio ex artículo 3 RB II-bis*” (*Derecho Internacional Privado*, volumen II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 245). Consciente de ello, y a fin de paliar los negativos efectos de esta multiplicidad de foros, el propio legislador articula mecanismos para combatirlos y/o minimizarlos, como son la regulación de la litispendencia internacional, el establecimiento de un sistema generoso de reconocimiento de resoluciones judiciales, o la unificación de las normas de conflicto aplicables, de forma que la respuesta sustantiva de los distintos tribunales sea coincidente.

¹¹ A. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, volumen I, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 15.

¹² SSTJUE de 19 de abril de 2012, C-523/10, *Wintersteiger AG y Products 4U Sondermaschinenbau GmbH*, (ECLI:EU:C:2012:220); y de 25 de octubre de 2011, asuntos acumulados C- 509/09 y C-161/10, *eDate Advertising GmbH y X y Olivier Martinez, Robert Martinez y MGN Limited* (ECLI:EU:C:2011:685).

¹³ Principio que, con carácter general, aspira a asegurar «el equilibrio entre demandante y demandado» (S. CLAVEL, *Droit international privé*, 5ª ed., Dalloz, Paris, 2018, p. 170.)

cual, la base teleológica de toda competencia es la directa relación del asunto con la jurisdicción española, ya sea de forma objetiva o subjetiva. El primer caso se da cuando concurre en el litigio uno o varios elementos conectados con el sistema jurídico español; habitualmente, la nacionalidad o la residencia de alguna de las partes; pero también pueden darse otras circunstancias, como el lugar de producción del daño, en materia de responsabilidad extracontractual, o de celebración del contrato, en la relación individual de trabajo. Asimismo, la vinculación puede tener carácter subjetivo cuando deriva de la autonomía de la voluntad del demandante o de ambas partes, que acuerdan voluntariamente someter su litigio a la jurisdicción española, aun cuando no concorra en él ningún otro elemento vinculado a ella. Consciente de las implicaciones de esta elección, el sistema estatal español limita su uso al cumplimiento de ciertas condiciones, siendo la más reseñable la que exige que se trata de una materia disponible para las partes¹⁴.

20. En todo caso, lo que resulta irrenunciable es la exigencia de una mínima relación entre el litigio y los tribunales españoles, siendo esta vinculación la base de su competencia, aunque luego se positivice en muy diversos foros de competencia. La importancia de esta cuestión deriva de su estrecha relación con el derecho a un proceso equitativo (artículo 6 CEDH) y a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE). Su salvaguarda exige un sistema de foros basados en la idea de proximidad y vinculación, de forma que a los particulares les resulte previsible y económicamente asequible el planteamiento de un litigio¹⁵. Y *a contrario*, la falta absoluta de relación entre el tribunal que conoce y el asunto a él sometido puede constituir un ejemplo de foro exorbitante, sin justificación teleológica alguna, y carente de fundamento constitucional¹⁶.

21. Desde un punto de vista material, el *forum shopping* también puede constituir una herramienta útil para lograr “la aplicación de un mejor derecho sustantivo que devenga en una mejor solución del fondo del asunto y no únicamente ventajas meramente procesales”¹⁷. Esta justificación, como las anteriores, despoja al fenómeno de toda connotación negativa o censurable, convirtiéndolo en un mecanismo adecuado y beneficioso para la obtención de una respuesta judicial previsible, adecuada y cercana a cada concreta situación privada internacional.

22. Así configurado cada sistema estatal de competencia judicial internacional, cuando concurre un elemento extranjero, las relaciones entre particulares tienen el efecto de poner en contacto dichos sistemas procesales, generando una considerable multiplicidad de foros susceptibles de dar acceso a distintos tribunales estatales. En el presente supuesto concurrían la nacionalidad española y el domicilio norteamericano como factores de apertura de ambas jurisdicciones, activando sus respectivos foros de competencia judicial en materia de divorcio para poder pronunciarse sobre la disolución del vínculo.

23. A menudo, a este factor de apertura que por sí solas constituyen las relaciones privadas internacionales se suma el favorecimiento legislativo del *forum shopping*, tendencia de la que el ordena-

¹⁴ Artículo 22 bis LOPJ: “En aquellas materias en que una norma expresamente lo permita, los Tribunales españoles serán competentes cuando las partes (...) se hayan sometido expresa o tácitamente a ellos” (el subrayado es nuestro).

¹⁵ Como recuerda el Tribunal de Justicia, este objetivo de seguridad jurídica permite “al mismo tiempo al demandante determinar fácilmente el órgano jurisdiccional ante el cual puede ejercitar una acción, y al demandado prever razonablemente ante qué órgano jurisdiccional puede ser demandado” (STJUE de 25 de octubre de 2012, C-133/11, *Folien Fischer AG, Fofitec AG y Ritrama SpA*, ECLI:EU:C:2012:664). Con anterioridad, en el mismo sentido, SSTJUE de 13 de julio de 2006, C-103/05, *Reisch Montage AG y Kiesel Baumaschinen Handels GmbH* (ECLI:EU:C:2006:471); de 7 de mayo de 2007, C-386/05, *Color Drack GmbH y Lexx International Vertriebs GmbH* (ECLI:EU:C:2007:262); de 23 de abril de 2009, C-533/07, *Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch y Gisela Weller-Lindhorst* (ECLI:EU:C:2009:257); y de 17 de noviembre de 2011, C-327/10, *Hypoteční banka a.s. y Udo Mike Lindner* (ECLI:EU:C:2011:745).

¹⁶ En este sentido, más allá se pronuncia F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, al defender que “si el vínculo [que asienta la competencia judicial internacional de los tribunales españoles] es manifiestamente irrazonable, la norma es inconstitucional” (“¿Caben reducciones teleológicas o abuso de derecho en las normas sobre competencia judicial internacional?”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1995 (II), vol. XLVII, p. 123).

¹⁷ A. AGUILAR DOMÍNGUEZ, “La delgada línea entre el *forum shopping* y el fraude a la ley”, *Revista de Derecho Privado*, Cuarta Época, año 5, número 13, enero-junio 2018, p. 86.

miento comunitario constituye un ejemplo muy representativo. En esta línea, cabe recordar el concepto tripartito de domicilio del demandado recogido en el Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre (art. 63), que aumenta exponencialmente las posibilidades de litigar; o, sin salir del mismo texto legal, la regla del litisconsorcio (art. 8.1), que permite al demandante elegir el tribunal del Estado miembro donde tenga su domicilio cualquiera de los codemandados¹⁸.

24. Vemos, por tanto, cómo el fenómeno de la multiplicidad de jurisdicciones para litigar no sólo es una consecuencia natural e inevitable de la propia esencia del Derecho internacional privado: estatalidad, exclusividad, relatividad. Además, en ocasiones es el propio legislador quien busca y provoca su existencia, en la convicción de que, a mayores posibilidades de elección de tribunal, mejor y menos costosa justicia podrán obtener los particulares.

25. Axiológicamente, el *forum shopping* no constituye un fenómeno censurable o nocivo desde la perspectiva de la buena administración de justicia. Lo que sí resulta reprochable y dañino es el uso que de esta libertad de elección procesal pueden llegar a hacer los particulares, del que el supuesto abordado por la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2019 constituye un ejemplo lamentablemente ilustrativo. No es admisible que la facilidad de acceso a los tribunales -instrumentalizada en términos de amplitud de opciones para litigar- se utilice para provocar una dualidad de procesos, que en la práctica puede conducir a la existencia de sentencias inconciliables, y a la aparición de situaciones claudicantes, tan indeseadas como irresolubles.

26. Es, por tanto, la mala fe del litigante, materializada en la figura del fraude procesal, la que convierte el *forum shopping* en una herramienta censurable y nociva. En realidad, estamos ante un mal uso de esta institución, que en absoluto está concebida para permitir o facilitar la reiteración de un proceso, sino para aumentar las opciones de litigar de las partes, en aras de la mejor administración de justicia y la reducción de costes procesales. Todo lo contrario de lo que provoca aquí el demandante al reproducir su petición ante los tribunales españoles, estando ya pendiente en New Jersey, pues ello no sólo ha de generar la situación claudicante descrita, sino que supone un considerable encarecimiento de los costes de litigación.

27. A esta reprochable actuación se añade en el presente caso la ocultación maliciosa del domicilio de la demandada, evitando así su personación en el proceso y limitando con ello *de facto* sus posibilidades de defensa. Entramos aquí de lleno en la causa legal para interponer el recurso de revisión (art. 510.4º LEC), definiendo el Tribunal Supremo esas «maquinaciones fraudulentas» como “*todo artificio realizado personalmente o con auxilio de engaño por la parte que haya obtenido la sentencia deseada, o por quienes la representen, que implique una conducta o actuación maliciosa, causante de indefensión*”¹⁹.

28. Un comportamiento que resulta especialmente grave en este supuesto, puesto que como subraya el Alto Tribunal, la actuación de mala fe del actor existe ya simplemente cuando existe una falta de diligencia del actor en la localización de un domicilio donde emplazar personalmente al demandado; tanto más cuando lo que se produce es una ocultación de datos sobre el domicilio de éste o el señala-

¹⁸ Como ejemplo de una utilización fraudulenta de esta posibilidad (*bad forum shopping*), vid. la STS núm. 24/2017, de 10 de enero (ECLI: ES:TS:2017:24), que aplica la doctrina comunitaria que rechaza la posibilidad de utilizar el foro de conexidad de forma fraudulenta, como la consistente en crear o mantener de forma artificial las condiciones de aplicación de esa disposición en el momento de ejercitarse la acción (STJUE de 21 de mayo de 2015, asunto C-352/13, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA y Akzo Nobel NV, Solvay SA/NV, Kemira Oyj, FMC Foret, S.A.*, ECLI:EU:C:2015:335; STJUE de 1 de diciembre de 2011, C-145/10, *Eva-Maria Painer y Standard VerlagsGmbH, Axel Springer AG, Süddeutsche Zeitung GmbH, Spiegel-Verlag Rudolf Augstein GmbH & Co KG, Verlag M. DuMont Schauberg Expedition der Kölnischen Zeitung GmbH & Co KG*, ECLI:EU:C:2011:798).

¹⁹ SSTs núm. 10/1996, de 14 de enero (RJ 1997\114); núm. 289/1996, de 15 de abril (RJ 1996\3088); núm. 985/1995, de 8 de noviembre (RJ 1995\8639); núm. 729/1993, de 30 de junio (RJ 1993\5227).

miento “de un domicilio donde el actor sabe que no se va a encontrar al notificado, a los efectos de que no se haga la notificación en forma personal sino mediante la publicación de los edictos”²⁰.

29. Desde el punto de vista de la competencia judicial internacional, esta actuación fraudulenta tuvo además una consecuencia de especial gravedad, en absoluto desdeñable: al hurtar el conocimiento del segundo litigio a la demandada, el actor la despojó no sólo de sus posibilidades de defensa en el proceso, sino también de la posibilidad de solicitar su suspensión mediante la interposición de la declinatoria internacional (art. 63 LEC).

30. En efecto, para el sistema procesal español la litispendencia internacional constituye un motivo de suspensión de un procedimiento iniciado en España, sujeto a valoración judicial y a la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 39.1 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil²¹. Estas condiciones son cumulativas y exigen que el órgano extranjero esté conociendo en virtud de un foro razonable, que la resolución que eventualmente emita sea susceptible de reconocimiento en España, y que la suspensión del procedimiento se considere necesaria en aras de la buena administración de justicia.

31. Cumplidos dichos requisitos el tribunal español valorará si procede o no la suspensión del proceso iniciado posteriormente en España, teniendo posibilidad de acordar su continuación si concurre alguna de estas circunstancias: el sobreseimiento o suspensión del procedimiento en el extranjero, la excesiva dilatación en el tiempo del desarrollo de dicho procedimiento, la improbabilidad de que la sentencia emitida en el tercer Estado pueda ser reconocida en España, o la necesidad de reanudar el proceso en España en aras de la buena administración de justicia.

32. Este mecanismo contenido en la ley procesal española constituye un significativo avance en la eliminación de los efectos negativos del *forum shopping*, cuales son la duplicidad de procesos y la eventual inconciliabilidad de decisiones, con la consecuente situación claudicante, que desplegará diferentes efectos jurídicos según el Estado desde el que se enjuicie. Entre otras consecuencias, la censurable actuación del actor en el proceso desarrollado en España, provocando la rebeldía de la demandada, la privó también de este mecanismo de defensa, circunstancia que resulta obligado subrayar por cuanto hubiera podido propiciar un resultado material radicalmente distinto.

33. Por lo que respecta al legislador español, hay que reiterar su coherente y eficaz actuación en este ámbito, al instaurar un sistema -la suspensión del proceso por litispendencia internacional- que permita minimizar las eventuales consecuencias negativas del *forum shopping*, sin necesidad de restringirlo excesivamente. De esta forma, permanecen intactas las posibilidades de litigar de los interesados, pero se les permite intentar detener dichos efectos negativos cuando exista una mala utilización por alguna de las partes de esta amplitud de opciones procesales.

III. Corolario: no es la institución (*forum shopping*), es la utilización (mala fe procesal)

34. Desde una perspectiva procesal, la decisión aquí analizada suscita dos reflexiones: sobre el «recurso» de revisión y sobre el *forum shopping*. Respecto a la primera, llama poderosamente la atención -y resulta censurable- que el legislador español someta la acción de revisión a un estricto y

²⁰ En este sentido, *vid.* I.J. CUBILLO LÓPEZ, *Los actos de comunicación del tribunal con las partes*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 1999, esp. pp. 191-192.

²¹ BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015. Sobre la introducción de la litispendencia internacional en el sistema procesal español, *vid.* A. RODRÍGUEZ BENOT, “La Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2016, Vol. 8, Nº 1, esp. pp. 234-259; M. GARDEÑES SANTIAGO, “Procedimientos paralelos en España y en el extranjero: el Título IV de la Ley 29/2015, de 30 de julio”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 68/1, enero-junio 2016, pp. 109-119.

reducido plazo de caducidad, cuyo transcurso convierte en inatacable una sentencia obtenida mediante maquinaciones fraudulentas. Ello es tanto como sacrificar la justicia material y efectiva que implica sancionar una actuación maliciosa, en aras de la seguridad jurídica que puede suponer tener una sentencia inexpugnable, aunque esta sentencia se haya “*ganado injustamente*” (art. 510.4º LEC).

35. Un error, por consolidado e inatacable, no deja de ser un error; una sentencia injustamente ganada no deja de serlo por más años que pasen. Al igual que la nulidad no caduca ni prescribe -lo hace su acción-, tampoco debería hacerlo la posibilidad de subsanar el error y sancionar la conducta maliciosa que lo ha provocado. Creemos, con GIMENO SENDRA, que “*el fundamento de la revisión es la exigencia constitucional de que la tutela judicial sea efectiva y que (...) se otorgue la razón a quien efectivamente la tiene, dentro y fuera del proceso, y no a quien ha sabido moverse en él con malas artes, insidias o enredos*”²². La eficacia real de este objetivo queda considerablemente mermada por su sometimiento al plazo legal general de cinco años y específico de tres meses, aun cuando objetivamente concurra una justificación para dicha restricción temporal: la «sacrosanta» cosa juzgada²³. Quede aquí apuntada esta reflexión, que en absoluto implica ignorancia del hecho de que el Tribunal Constitucional ha declarado y avalado la constitucionalidad de la limitación temporal del recurso de revisión²⁴.

36. La segunda reflexión va dirigida al fenómeno del *forum shopping*, tanto si es consecuencia de las propias características del Derecho internacional privado, como si es expresamente provocado por la acción del legislador. En todo caso, compartimos plenamente la opinión de los profesores CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ: “*El Forum Shopping no es un fenómeno negativo en sí mismo. En efecto, gracias al Forum Shopping las partes pueden elegir “Leyes mejores” y evitar “Leyes peores”, lo que tiene sus ventajas*”²⁵. Un fenómeno que permite al demandante «situar» el litigio ante los tribunales del país de su preferencia, que será, como es lógico, el que le convenga más subjetivamente, en el sentido de que lo aplicará las normas procesales y sustantivas que más le favorezcan²⁶.

37. Desde una perspectiva de estricta tutela procesal, no puede censurarse esta tendencia del actor a buscar el tribunal más favorable a su pretensión, pero sí resulta legítimo “*condenar esta elección cuando se ven violentados los derechos del demandado*”²⁷. En el caso que nos ocupa, existían contactos razonables entre el litigio y las dos jurisdicciones implicadas, por lo que el acto de acudir a una u otra no puede calificarse por sí solo de fraudulento.

38. Pero sí lo es el hecho de instar un segundo proceso en España, a sabiendas de la pendencia del primero en Estados Unidos. Máxime cuando en este procedimiento se omite información determinante sobre el domicilio de la demandada, provocando con ello su desconocimiento del proceso y la emisión de una sentencia en rebeldía procesal. Esta ausencia forzosa -forzada- en el proceso tiene además una consecuencia de especial gravedad: privar a la demanda de la posibilidad procesal de solicitar la suspensión del procedimiento por litispendencia internacional, evitando así no sólo la sustanciación de un proceso donde no puede defenderse sino también la emisión de una sentencia en España que pueda suponer un obstáculo ulterior a sus intereses.

²² *Derecho Procesal Civil. I. El proceso de declaración. Parte General*, Colex, Madrid, 2010, p. 673.

²³ Así lo ratifica la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuando subraya que el carácter extraordinario de este «recurso» radica en el hecho de que “*vulnera el principio riguroso y casi absoluto de irrevocabilidad de los fallos que hayan ganado firmeza*”, siendo ésta la razón de que “*la interpretación de los supuestos que lo integran haya de realizarse con criterio restrictivo*” (entre las más recientes, SSTs núm. 215/2017 de 4 abril, RJ 2017\2665; núm. 711/2015, de 16 de diciembre, RJ 2016\70; núm. 822/2013, de 19 de diciembre 2013\8410; núm. 788/2012, de 14 de diciembre, RJ 2013\918; y núm. 634/2012, de 23 de octubre, RJ 2013\1541).

²⁴ Sentencia núm. 158/1987, de 20 de octubre (RTC 1987\158).

²⁵ “La ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2009, Vol. 1, Nº 1, p. 47.

²⁶ A.L. CALVO CARAVACA, “Armas legales contra la crisis económica. Algunas respuestas del Derecho Internacional Privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2013, Vol. 5, Nº 1, p. 42.

²⁷ A. AGUILAR DOMÍNGUEZ, “La delgada línea...”, p. 78.

39. En efecto, y a mayor abundamiento, esta conducta fraudulenta desde la perspectiva de la buena fe procesal, puede tener otra consecuencia censurable: que la sentencia dictada en España, prácticamente al mismo tiempo que la emitida en Estados Unidos, llegue a constituir un motivo de oposición al reconocimiento de la segunda en nuestro país, sobre la base del artículo 46.1.d) de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil²⁸.

40. Se trata de un aspecto enormemente interesante, que sin embargo no procede abordar aquí, puesto que no constituye el objeto de la sentencia analizada. No obstante, resulta oportuno dejarla apuntada, por su considerable interés jurídico, ya que llegado el caso, podría plantearse la cuestión de la eventual eficacia que pudiera tener en España la sentencia que se dicte en Estados Unidos, puesto que aun existiendo el mencionado motivo de denegación del artículo 46.1.d), la -probada- mala fe del demandante en el proceso sustanciado en España podría neutralizar la efectividad de la sentencia española como motivo de oposición a la resolución norteamericana. Y a la inversa, los efectos que pudiera desplegar la sentencia española en aquel país también pueden verse mermados -o eliminados- por la existencia de otra decisión judicial emitida en él. De este modo, podría darse plantearse el caso de dos resoluciones judiciales claudicantes, únicamente eficaces en sus respectivos países, una situación nada deseable y desafortunadamente, frecuente en el ámbito del Derecho internacional privado.

41. En definitiva, resulta incuestionable que el *forum shopping* puede provocar efectos colaterales negativos²⁹, pero lo que este asunto evidencia no es un mero uso de esta institución en beneficio propio, sino que se aprecia un abuso desde el momento en que se utiliza como mecanismo para provocar una duplicidad de procesos. Esta maniobra del demandante convierte al *forum shopping* en un vehículo para el fraude, apreciación que refuerza su voluntario ocultamiento de un dato procesal tan esencial como el domicilio de la demandada. Y pese a que reiteramos nuestra convicción de que el *forum shopping* no resulta censurable *per se*, en el presente caso es obligado admitir su condición de «*causa causae*» de la maquinación fraudulenta, toda vez que el ocultamiento intencionado del domicilio de la demandada para provocar una rebeldía procesal sólo pudo realizarse al amparo de la opción de litigar en España que al demandante otorgó nuestro sistema de competencia judicial internacional.

²⁸ “Artículo 46. Causas de denegación del reconocimiento. 1. Las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán: (...) d) Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada en España”. Sobre el concepto de «inconciliable» y su contenido como motivo de oposición al reconocimiento o exequátur, *vid.* F. GASCÓN INCHAUSTI, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de cooperación jurídica internacional en materia Civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2015, Vol. 7, Nº 2 p. 182 y 185.

²⁹ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “ob.cit...”, *ob. cit.*, p. 47.

VULNERACIÓN DE MARCAS DE LA UNIÓN EUROPEA EN INTERNET Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

INFRINGEMENT OF EUROPEAN UNION TRADE MARKS ON THE INTERNET AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW

ISABEL LORENTE MARTÍNEZ

Profesora asociada de Derecho internacional privado

Universidad de Murcia

Universidad Miguel Hernández

Abogada ejerciente

Recibido: 06.04.2020 / Aceptado: 04.05.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5654>

Resumen: Con la atención puesta en la reciente sentencia del TJUE de 5 septiembre 2019 en este trabajo se hace un análisis de las cuestiones de Derecho internacional privado pertinentes en relación con la vulneración de la marca europea en un contexto internacional. Se observa en particular el pronunciamiento del TJUE en relación con la competencia judicial internacional, en relación con el foro especial por razón de la materia del art. 7.2 del Reglamento Bruselas I bis.

Palabras clave: marca europea, competencia judicial internacional, ley aplicable, vulneración, Internet.

Abstract: With the attention given to the recent judgment of the CJEU of 5 September 2019 this work makes an analysis of the issues of private international law relevant with regard to the infringement of the European trade mark in an international context. The Court of Justice has issued a judgement on international jurisdiction in connection with the special ground on the subject as declared in Art. 7.2 of the Brussels I bis Regulation.

Keywords: European trademark, international jurisdiction, applicable law, infringement, Internet.

Sumario: I. Introducción. II. Mercado interior europeo y derechos de propiedad intelectual e industrial en el Derecho Internacional Privado. III. Vulneración de marca en Internet y mercado único. 1. Competencia judicial internacional. 2. Ley aplicable. IV. Conclusiones.

I. Introducción

1. A propósito de la STJUE 5 septiembre 2019, C-172/18, *AMS Neve Ltd, Barnett Waddingham Trustees, Mark Crabtree vs. Heritage Audio, S.L., Pedro Rodríguez Arribas* [ECLI:EU:C:2019:674] surgen cuestiones relativas a la marca de la Unión Europea que viene a despejar con atino el TJUE. Es en relación con el foro especial por razón de la materia, artículo 7.2 del Reglamento Bruselas I bis, donde surgen dudas, que resuelve de un forma clara el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹. En relación

¹ Artículo 7.2 del Reglamento Bruselas I bis:

“Una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro:
2) en materia delictual o cuasidelictual, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso;”

con la explicación de la competencia judicial internacional en este tema, qué mejor forma de hacerlo que analizar en profundidad lo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no sin antes observar las razones que conducen a esta problemática y la búsqueda de su solución.

II. Mercado interior europeo y derechos de propiedad intelectual e industrial en el Derecho Internacional Privado

2. Es fundamental recordar que con la Unión europea se cimentó y construyó un “mercado interior” cuyos fundamentos primigenios son las tradicionales “libertades de circulación” propias de la Unión Europea. El artículo 26.2 del TFUE define el “mercado interior”:

El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados.

3. Por lo tanto, es el propio Derecho de la Unión Europea el que directa y tajantemente prohíbe los obstáculos a esas libertades de circulación, y de ese modo se expone en el Título IV del TFUE. La abolición de esos obstáculos es general, ya sean de Derecho público (ad ex.: contingentes y topes de importación y exportación de mercancías, aranceles aduaneros, necesidad de permisos de residencia y trabajo) o de Derecho privado (cada Estado miembro tiene sus propias normas de Derecho Privado y sus propias normas de Derecho internacional privado, eso no puede perjudicar las libertades de circulación). De este modo lo ha dejado patente el TJUE en numerosa jurisprudencia², tal como exponen los profesores Calvo y Carrascosa³.

4. El legislador de la Unión Europea ha elaborado una ingente cantidad de normas en relación con el régimen jurídico de la propiedad intelectual e industrial, sobre todo, Directivas que contemplan aspectos sustantivos de estos derechos. Esos aspectos de fondo que contienen las Directivas se incorporan al Derecho nacional de cada Estado miembro, como bien es sabido.

5. Con carácter previo, se debe resaltar que estos derechos de propiedad intelectual e industrial son “derechos territoriales”. Esta cualidad que llevan adherida estos derechos es crucial para comprender la particularidad de los mismos. Esto significa que son derechos concedidos por un determinado Estado cuya protección se extiende únicamente para el territorio de ese Estado. Son las normas jurídicas de ese Estado miembro las que deciden si se otorga o no esa protección a la patente, diseños, marca, dibujos, etc. Y es esta cuestión, la relativa a la territorialidad de estos derechos que suscita ciertos inconvenientes si se relaciona con la idea de “mercado único” europeo apuntada con anterioridad. El sujeto que es titular de un derecho inmaterial dispone de una facultad de exclusión o prohibición de ese derecho frente a todos los que no son titulares de ese derecho en cuestión⁴. De este modo, el “mercado interior”

² STJCE 30 marzo 1993, *Konstantinidis*, ECLI:EU:C:1993:115; STJCE 2 diciembre 1997, *Dafeki*, ECLI:EU:C:1997:579; STJCE 23 noviembre 2000, *Elsen*, ECLI:EU:C:2000:647; STJCE 9 marzo 1999, *Centros*, ECLI:EU:C:1999:126; STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering*, ECLI:EU:C:2002:632; STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*, ECLI:EU:C:2003:512; STJCE 2 octubre 2003, *García Avello*, ECLI:EU:C:2003:539; STJUE 14 octubre 2008, *Grunkin- Paul*, ECLI:EU:C:2008:559; STJUE 22 diciembre 2010, as. C-208/09, *Wittgenstein*, ECLI:EU:C:2010:806; STJUE 12 mayo 2011, as. C-391/09, *Vardyn*, ECLI:EU:C:2011:291; STJUE 2 junio 2016, C-438/14, *Bogendorff*, ECLI:EU:C:2016:401; STJUE 8 junio 2017, C-541/15, *Freitag*, ECLI:EU:C:2017:432.

³ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 18ª ed., Ed. Comares, Granada, 2018, p. 95.

⁴ Artículo 63 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes: “1. El titular cuyo derecho de patente sea lesionado podrá, en especial, solicitar: a) La cesación de los actos que violen su derecho.”

Artículo 34 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas: “1. El registro de la marca confiere a su titular el derecho exclusivo a utilizarla en el tráfico económico.

2. El titular de la marca registrada podrá prohibir que los terceros, sin su consentimiento, utilicen en el tráfico económico (...)”.

se ve dañado por la protección nacional de esos derechos, ya que existen barreras jurídicas nacionales a la libre circulación, que son esos derechos nacionales de propiedad intelectual e industrial⁵.

6. La solución que adoptó en su momento el TJCE para evitar el perjuicio que se le podría producir al “mercado interior”, fue la elaboración de la doctrina del “agotamiento comunitario” de los derechos inmateriales nacionales (*First Sale Doctrine*). Así lo ha expuesto en su jurisprudencia el TJCE⁶. La doctrina del “agotamiento comunitario” esto puede sintetizarse tal como destacan Calvo y Carrascosa, muy brevemente, en lo siguiente: cuando una mercancía protegida por derechos de propiedad intelectual o industrial ha sido vendida en la Unión Europea por el titular del derecho de propiedad intelectual, o por un tercero con el consentimiento expreso o tácito, del titular, entonces es lícita la ulterior distribución del producto en la Unión Europea. El derecho del titular de la propiedad industrial o intelectual, a “poner en circulación en la Unión Europea” el producto protegido se ha “agotado” con esa primera puesta en circulación del producto en la Unión Europea⁷.

7. Las ventajas que comporta la doctrina del “agotamiento comunitario” sobre estos derechos es de vital importancia. Esta doctrina creada por el TJCE evita los perjuicios que supondrían estos obstáculos, creados por los Derechos nacionales y que derivan del principio de territorialidad de los derechos inmateriales, sobre la libre circulación de mercancías en el mercado interior.

III. Vulneración de marca en Internet y mercado único

8. Las nuevas tecnologías han venido a transformar nuestro día a día. En este momento, es relativamente sencillo encontrar servicios en la web, empresas especializadas en determinados sectores comerciales que operan a nivel mundial. La arquitectura del mundo ha cambiado con Internet, y esto provoca que se planteen nuevos y apasionantes retos para los juristas del Siglo XXI.

9. En la actualidad, los bienes inmateriales han alcanzado una extraordinaria importancia. Se puede afirmar que las propiedades inmateriales (= marcas, patentes, derechos de autor, derechos de *copyright*, ideas, acciones, *know-how*, etc.) mueven mucha más riqueza que las propiedades materiales (= casas, coches, barcos, joyas, etc.) El logro de los “juristas alquimistas” ha sido, precisamente, crear valor de la nada, crear riqueza desmaterializada, invisible, intangible, pero real, riqueza elevada a puro concepto⁸. La determinación de los tribunales que son competentes para conocer de cualquier asunto relativo a estas propiedades inmateriales, así como la determinación del Derecho nacional aplicable a esos litigios, son muy complejas de determinar, por la especialidad y valor que tienen estos bienes inmateriales.

10. Las dificultades que suscitan este tipo de bienes inmateriales (en este trabajo, con especial énfasis se trata el tema de las marcas) aumentan por los retos que nos plantea un mundo globalizado. En la actualidad y con la facilidad de comunicaciones existente, una marca puede ser explotada en todo el mundo al mismo tiempo (*Worldwide Exploitation*). Además de otro dato a subrayar en relación a este tipo de bienes: se trata de derechos que no recaen sobre una cosa física. Con los derechos reales sobre bienes corporales se utiliza el punto de conexión del “lugar de situación de la cosa”. Ese punto de conexión se hace inoperativo con los bienes inmateriales, ya que son “derechos de exclusiva” o “monopolios de explotación”, personales y patrimoniales, oponibles frente a terceros, es decir, son derechos oponibles *erga omnes*.

⁵ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª ed., Ed. Comares, Granada, 2018, pp. 1113-1114.

⁶ STJCE 31 de octubre 1974, *Centrafarm vs. Sterling*, STJCE 31 de octubre 1974, *Centrafarm vs. Winthrop*, STJCE 8 de junio 1971, *Deutsche Grammophon*.

⁷ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª ed., Ed. Comares, Granada, 2018, pp. 1243-1244.

⁸ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA /J. CARRASCOSA GONZÁLEZ , *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª ed., Ed. Comares, Granada, 2018, p. 1086.

11. En los siguientes epígrafes se explora la cuestión relativa a la competencia de los tribunales para conocer de los supuestos internacionales de usurpación de marca, de los nuevos retos que se plantean con Internet. Igualmente, se expondrá la cuestión de la determinación de la Ley reguladora de estos derechos incorpóreos. Se debe señalar que en este punto se trata la cuestión de la usurpación de una marca, esto es, un daño, que permite que se pueda demandar en base a una responsabilidad extracontractual, de forma alternativa al foro del domicilio del demandado. Y en relación con la Ley aplicable, es la misma cuestión la que se despeja: la Ley aplicable a la usurpación de la marca. Por lo tanto, esta no es materia cubierta por el foro exclusivo previsto en el artículo 24 del Reglamento Bruselas I bis, y en relación con la Ley aplicable los litigios por vulneración de marca se rigen por un específico instrumento legal, que se analizará en su punto.

1. Competencia judicial internacional

12. El instrumento legal que determina qué tribunales son los competentes para conocer en este caso es el Reglamento nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición) (Bruselas I bis, en adelante RB I bis). El foro general del domicilio del demandado, previsto en el artículo 4 de dicho Reglamento⁹, opera sin problemas. Es en relación con el foro especial por razón de la materia, artículo 7.2 del Reglamento Bruselas I bis, donde surgen dudas, como ya se ha apuntado. Y esas dudas son las que resuelve de una forma clara el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En relación con la explicación de la competencia judicial internacional en este tema, qué mejor forma de hacerlo que analizar en profundidad lo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dice al respecto, en su ya célebre sentencia de 5 de septiembre de 2019 C-172/18.

13. La reciente STJUE de 5 de septiembre de 2019 viene a dar respuesta a una cuestión bastante tratada, como se ha observado, en el ámbito de las demandas interpuestas por infracción de la marca europea cometida en Internet. El TJUE interpreta y aporta nuevas perspectivas sobre el *forum delicti commissi*. Foro especial por razón de la materia contenido en el artículo 7.2 del Reglamento Bruselas I bis.

14. Los datos fácticos del caso se resumen como sigue: la empresa británica AMS Neve interpone una demanda ante los tribunales ingleses contra la empresa española Heritage Audio. El contenido de esa demanda era por una infracción de la marca británica y europea que AMS Neve creía que se habían infringido en el Reino Unido, puesto que Heritage Audio ofrecía sus productos a través de su sitio web en dicho mercado. AMS Neve mantenía que esos productos infringían su marca en el mercado británico. Con este escenario apuntado el tribunal inglés se declaró competente para conocer de la demanda *ex foro especial* por razón de la materia del art. 7.2 del Reglamento Bruselas I-bis. Existe jurisprudencia del TJUE¹⁰ que expone que el simple hecho de que la marca esté registrada en un país es suficiente para que los tribunales puedan declararse competente en base al *forum delicti commissi*: Esto cumple con los objetivos del propio Reglamento Bruselas I bis de previsibilidad y buena administración de la justicia¹¹.

⁹ Artículo 4 del Reglamento Bruselas I bis:

¹ *Salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual sea su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado.*

² *A las personas que no tengan la nacionalidad del Estado miembro en que estén domiciliadas les serán de aplicación las normas de competencia judicial que se apliquen a los nacionales de dicho Estado miembro.*

¹⁰ STJUE de 19 de abril de 2012, *Wintersteiger*, [ECLI:EU:C:2012:220], ap. 27: “En cuanto a la competencia para conocer de una acción por vulneración de una marca nacional en un supuesto como el del procedimiento principal, procede considerar que tanto el objetivo de previsibilidad como el de buena administración de justicia militan en favor de la atribución de competencia, atendiendo al criterio de la producción del daño, a los tribunales del Estado miembro en que se halla protegido el derecho en cuestión.”

¹¹ A. DICKINSON-E. LEIN, *The Brussels I Regulation Recast*, Ed. Oxford, 2015, pp. 170-171.

15. Pero el escollo lo encuentra el tribunal inglés en su competencia para conocer en relación con las marcas UE. Puesto que para estos litigios la competencia se establece en virtud de lo que expone el párrafo 5 del art. 125 RMUE¹². El juez inglés estimó que la infracción de la marca europea se había producido en España, y no podía entrar a conocer de la misma. El resultado de esta interpretación es ineficaz para el particular que debe litigar por este asunto, porque por la infracción de marca UE y de marca nacional debe acudir a foros distintos, a no ser que se den los requisitos que establece el TJUE y que a continuación se observarán con mayor detenimiento. La divergencia entre el foro previsto en el art. 7.2 del Reglamento Bruselas-I bis y el art. 125.5 RMUE conduce en ciertos casos a litigar en países diferentes si se ostenta la marca UE. Según lo previsto en el art. 67 del Reglamento Bruselas-I bis, este Reglamento no prejuzgará la aplicación de las disposiciones que regulan la competencia judicial internacional en materias particulares contenidas en los actos de la Unión o en las legislaciones nacionales armonizadas en ejecución de dichos actos¹³.

16. El TJUE realiza una interpretación en este sentido en el apartado 56 de la sentencia que se comenta:

“... si de los contenidos del sitio web y de las redes controvertidos [...] se desprende que la publicidad y las ofertas de venta que incluían estaban destinadas a consumidores o distribuidores situados en el Reino Unido, para los que resultaban plenamente accesibles, [...] los mencionados demandantes dispondrán de la facultad de interponer, sobre la base del artículo [125], apartado 5, [...] su acción por violación de marca ante un órgano jurisdiccional del Reino Unido, con el fin de que se declare la existencia de una violación de la marca de la Unión en dicho Estado miembro”.

17. Este importante apartado lo que determina es que el Tribunal establece el criterio de la focalización para determinar la competencia del tribunal. Las actividades dirigidas a ese mercado son el dato determinante para que un tribunal se declare competente para conocer de una infracción de un derecho de propiedad intelectual por el *forum delicti commissi*. Se debe probar que el presunto infractor dirigía sus actividades a ese Estado y además que en ese Estado se encuentran consumidores o distribuidores.

18. Sin duda alguna, este criterio que aporta el TJUE respeta el principio de previsibilidad jurídica y evita que una empresa pueda ser demandada por una infracción de marca simple y llanamente porque se pueda acceder a su sitio web desde un determinado Estado, esto es, porque se constate el criterio de la accesibilidad, que es el que contempla el art. 7.2 del Reglamento Bruselas I-bis.

19. Pese a este paso dado por el TJUE sigue existiendo esa dispersión competencial según sea el objeto del litigio, marca nacional o marca UE, porque como se indicaba el art. 7.2 del Reglamento Bruselas I-bis sigue manteniendo el peligroso criterio de la mera accesibilidad, es decir, el simple hecho de que el sitio web es accesible desde el Estado miembro donde está registrada la marca nacional es suficiente para que el tribunal pueda declararse competente.

20. En realidad, el texto del art. 125.5 del RMUE no apunta nada en relación con los consumidores, tal como se puede observar, tampoco del texto de este artículo se extrae la tesis de la focalización. En el art. 7.2 del RB I bis tampoco se observa la precitada tesis. Y a continuación se exponen los textos de ambos artículos, donde se puede observar que la dicción literal de uno u otro no dista tanto, en relación con el enfoque que finalmente le da el TJUE a la interpretación que hace del art. 125.5 del RMUE en la sentencia que se estudia en este trabajo.

¹² Reglamento 2017/1001 del Parlamento europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017 sobre la marca de la Unión Europea. DOUE L 154/55.

¹³ En relación con esta cuestión se puede consultar el Comentario al art. 67 del Reglamento Bruselas I bis, de A. POCH TORT en *Comentario al Reglamento (UE) n°1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Reglamento Bruselas I refundido*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 1049-1052. Y también en, A. DICKINSON-E. LEIN, *The Brussels I Regulation Recast*, Ed. Oxford, 2015, p. 31.

Art. 125.5 RMUE

*“Los procedimientos resultantes de las acciones y demandas contempladas en el artículo 124, con excepción de las acciones de declaración de inexistencia de violación de marca de la Unión, podrán también llevarse **ante los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se hubiere cometido el hecho o el intento de violación o en cuyo territorio se hubiera cometido un hecho de los contemplados en el artículo 11, apartado 2.**”*

Art. 7.2 del RB I-bis:

*“Una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro: en materia delictual o cuasidelictual, **ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso**”.*

21. Con el texto de ambos artículos, y en negrita se señala las similitudes de ambos, se puede apuntar que según el art. 125.5 RMUE los tribunales de marcas del Estado miembro en cuyo territorio se hubiere cometido o pudiere cometerse la violación o intento de violación de los derechos conferidos por la marca europea, en alternativa a los tribunales señalados en la “segunda regla” anterior, la del art. 124 de la misma norma. Pero en este punto la precaución debe activarse, porque estos tribunales sólo son competentes para conocer de los hechos cometidos en el territorio del Estado miembro donde radica ese tribunal, tal como señala el art. 126.2 RMUE. Esto es lo que la mejor doctrina apunta como el “*Mosaic Principle*” o “*Mosaikbetrachtung*”. En los casos de presunta vulneración de una marca europea por Internet, la expresión “el hecho de violación” debe entenderse en el sentido de que debe considerarse que dichos actos han sido “cometidos” en el territorio en que hayan adquirido su carácter de publicidad y oferta de venta, esto es en el territorio del Estado donde el contenido comercial se ha hecho accesible efectivamente a los consumidores y distribuidores a los que estaba destinado. Carece de relevancia si dicha publicidad y dichas ofertas de venta tuvieron posteriormente el efecto de causar la compra de los productos del demandado (STJUE 5 septiembre 2019, C-172/18, Barnett Waddingham, FD 55 “*Sin perjuicio de la verificación que efectúe el órgano jurisdiccional remitente, de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia y de la cuestión planteada se desprende que mediante la acción por violación de marca ejercitada ante dicho órgano jurisdiccional los demandantes en el litigio principal persiguen la publicidad y las ofertas de venta presentadas por los demandados en un sitio web y en redes sociales solo en la medida en que dicha publicidad y dichas ofertas de venta se destinan a consumidores o distribuidores en el Reino Unido*”). Pero además de la “accesibilidad” del contenido en cuestión en un concreto Estado miembro, el TJUE exige que el contenido comercial se dirija a consumidores o distribuidores radicados en dicho Estado miembro: “sólo en la medida en que dicha publicidad y dichas ofertas de venta se destinan a consumidores o distribuidores en el Reino Unido”¹⁴.

22. En definitiva, la diferencia en la interpretación entre el art. 125.5 del RMUE y el art. 7.2 del RB I-bis es que en el primero el TJUE exige que se verifique el principio de *stream of commerce*, también conocido como focalización, aunque no aparezca ese principio en el texto de ninguno de los dos artículos que se mencionan. Esta interpretación que realiza el TJUE de la letra del mismo lo hace de modo diferente de la que realiza en numerosa jurisprudencia sobre el art. 7.2 del RB I-bis, en la cual se puede observar que no exige esa “corriente de comercio”, y de este modo se observa en los pronunciamientos del TJUE (STJUE 22 enero 2015, C-441/13, *Hejduk*, FD 32-33; STJUE 3 octubre 2013, C-170/12, *Pinckney*, FD 42, STJUE 25 octubre 2011, *eDate / Martinez*, C-509/09 y C-161/10, FD 46)¹⁵.

¹⁴ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, Comares, Granada, edición en preparación. STJUE 5 septiembre 2019, C-172/18, Barnett Waddingham, ECLI:EU:C:2019:674

¹⁵ STJUE 22 enero 2015, C-441/13, *Hejduk*, ECLI:EU:C:2015:28 FD 32-33: “A este respecto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, contrariamente al artículo 15, apartado 1, letra c), del Reglamento n° 44/2001, que fue interpretado en la sentencia Pammer y Hotel Alpenhof (C-585/08 y C-144/09, EU:C:2010:740), el artículo 5, punto 3, de dicho Reglamento no exige que el sitio de Internet controvertido «se dirija al» Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se ha ejercitado la acción (véase la sentencia Pinckney, EU:C:2013:635, apartado 42). Por consiguiente, para determinar el lugar

23. El art. 125.5 RMUE no acoge la tesis de la focalización o también conocida como tesis de la actividad dirigida, pero el TJUE sí que la interpreta porque para determinar que existe esa vulneración deben de encontrarse clientes y que usen esa marca por la empresa que dirige sus actividades a ese Estado, esto potencia la eficiencia y la eficacia en el destino de los recursos, y ofrece mayor seguridad jurídica. Esta solución potencia asimismo la comercialización a nivel europeo. Potencia en última instancia el buen funcionamiento del mercado interior europeo, aunque bien, se ha de advertir que esa solución no se observa en la dicción literal de las normas. El TJUE en esta interpretación parece inspirarse en los clásicos del DIPr. que ofrecieron grandes soluciones, como es el caso del abogado CH. DUMOULIN, en relación con cuál es la expectativa que tienen las partes, las partes creen que serán competentes los tribunales de los países donde ellos comercian. El abogado parisino sostuvo que para conocer la ley aplicable a los contratos era determinante conocer la voluntad de los contratantes, idea que se puede extender a la competencia judicial internacional¹⁶.

24. La explicación de por qué no aparece la tesis de la focalización en el art. 7.2 del RB I-bis resulta del lugar que ocupa la propia norma en el Reglamento, este artículo prevé la posibilidad de litigar entre particulares que se encuentran en un mismo nivel de contratación. Esto es se utiliza para determinar la competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales que atienden a controversias donde no existe una parte débil, considerada así por el legislador europeo, ni tampoco existe un empresario que comercialice a través de Internet en diferentes Estados, y a los que sabe que si dirige su actividad comercial, podrá ser potencialmente demandado en los mismos, como se explica a continuación.

25. Las normas que determinan la competencia judicial internacional en relación con los contratos concluidos por consumidores que se recogen la Sección 4 del Título II del Reglamento Bruselas I-bis presentan matizaciones también. Estas son normas que conforman una excepción al normal funcionamiento de las normas de competencia judicial internacional del RB I bis, esto es, al art. 4 y 7 del mismo Reglamento, tal como apunta la jurisprudencia que se observa en la STJUE de 6 de septiembre de 2012¹⁷.

27. En particular, el art. 17 c) del RB I bis exige la existencia del *Stream-of-Commerce* “en todos los demás casos, cuando la otra parte contratante ejerza actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirija tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato esté comprendido en el marco de dichas actividades.” Esto es fundamental para evitar una excesiva carga para el profesional que opera a través de Internet, por ejemplo, que su web sea meramente visible en un Estado al que no dirige su actividad. De otro modo, parecería excesivo que el que preste un servicio pueda verse demandado ante los tribunales del Estado miembro del consumidor, con el que contrató por medio electrónico, simplemente por el hecho de que su web fuese visible, y siempre que se demuestre que sus actividades no estaban dirigidas al Estado miembro donde se encuentra domiciliado el consumidor.

de materialización del daño a efectos de establecer la competencia judicial sobre la base del artículo 5, punto 3, del Reglamento nº 44/2001, carece de importancia que el sitio de Internet controvertido en el litigio principal no esté destinado al Estado miembro al que pertenece el órgano jurisdiccional ante el que se ha ejercitado la acción.” STJUE 3 octubre 2013, C-170/12, *Pinckney*, ECLI:EU:C:2013:635, FD 42 “Por lo tanto, contrariamente al artículo 15, apartado 1, letra c), del Reglamento, que ha sido interpretado en la sentencia de 7 de diciembre de 2010, *Pammer y Hotel Alpenhof* (C-585/08 y C-144/09, Rec. p. I-12527), el artículo 5, punto 3, de dicho Reglamento no exige, en particular, que la actividad controvertida «se dirija al» Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se ha ejercitado la acción.” STJUE 25 octubre 2011, *eDate / Martínez*, C-509/09 y C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685, FD 46: “Por lo tanto, parece que Internet reduce la utilidad del criterio relativo a la difusión, en la medida en que el alcance de la difusión de contenidos publicados en ella es, en principio, universal. Además, no siempre es posible, desde el punto de vista técnico, cuantificar esa difusión con certeza y fiabilidad en relación con un Estado miembro particular ni, por lo tanto, evaluar el daño exclusivamente causado en ese Estado miembro.”

¹⁶ Vid. los trabajos de J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales, prestación característica y la teoría de la *Stream-Of-Commerce*”, en A.-L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, Ed. Colex, Madrid, 2003, ISBN: 84-7879-767-X, pp. 87-119. J. BASEDOW, “The communitarisation of the conflict of laws under the treaty of Amsterdam”, CMLR, 2000, p. 687 ss. J. BASEDOW *El derecho de las sociedades abiertas. Ordenación privada y regulación pública en el conflicto de leyes*. Bogotá, Ed. Legis, 2017.

¹⁷ STJUE 6 septiembre 2012, as. C-190/11, *Yusufi*, FD 26-29. ECLI:EU:C:2012:542

28. Si la tesis de la mera accesibilidad fuese la acogida en la jurisprudencia del TJUE, se observa que podría generar un efecto negativo en la contratación electrónica y una restricción importante en la comercialización transfronteriza ya que las empresas que no deseen verse sometidas en caso de disputa a la competencia de los tribunales del domicilio del consumidor, ya que el coste de litigación se vería incrementado, además de la inseguridad que genera, optarán por no ofertar sus productos a través de internet en determinados mercados limitando así las posibilidades de elección para el consumidor¹⁸.

29. Esta situación no sería favorable para la libre prestación de servicios ni fomentaría el impulso del mercado único. Por todo, lo apuntado anteriormente, el TJUE crea en la aplicación el artículo 125.5 RMUE la solución que contempla la focalización. Es una concepción del TJUE, la teoría de la focalización la utiliza para dar respuesta a esta cuestión, para evitar una sobreprotección de los clientes que contraten con estas empresas, y que la simple visibilidad de la web no sea un elemento para atraer la competencia a los tribunales del domicilio del cliente. Se exigirá como elementos extra a la visibilidad de la web que existan clientes o consumidores en el país, para que la competencia de los tribunales del Estado donde se vulnera la marca se pueda determinar¹⁹.

2. Ley aplicable

30. A pesar de que la sentencia que se comenta en este trabajo no trata la cuestión de la Ley aplicable a este caso, se considera interesante destacar en este punto un análisis del Derecho aplicable. La vulneración de una marca da lugar a una obligación extracontractual derivada de una infracción de derechos de propiedad intelectual e industrial, y el instrumento legal que determina la Ley aplicable a esta cuestión es el Reglamento (CE) N° 864/2007 del Parlamento europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»)²⁰. En concreto, el artículo 8 de este Reglamento es el que da la clave para la determinación de la Ley aplicable.²¹

31. El considerando 26 del Reglamento Roma II determina ampliamente qué se debe entender por “derechos de propiedad intelectual e industrial”²². El artículo 8 del Reglamento Roma II se refiere al

¹⁸ Tal como han expuesto los profesores A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho Internacional privado vol.II*, op. cit., pp. 817-818. El criterio de la mera accesibilidad es en exceso riguroso con los empresarios que comercian en la UE. También en este sentido lo apunta R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “El criterio del international stream-of-commerce y los foros de competencia en materia de contratos electrónicos celebrados con consumidores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2012), Vol. 4, N° 2, pp. 181.

¹⁹ Sobre los positivos efectos de esta tesis recogida por el TJUE, se puede leer: J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales, prestación característica y la teoría de la *Stream-Of-Commerce*”, en A.-L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, Ed.Colex, Madrid, 2003, pp. 87-119; E. CASTELLANOS RUIZ, “El concepto de actividad profesional «dirigida» al Estado miembro del consumidor: stream-of-commerce”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 2012, pp. 70-92; R. LAFUENTE SÁNCHEZ, “El criterio del International Stream-of-Commerce y los foros de competencia en materia de contratos electrónicos celebrados con consumidores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT*, 2012, pp. 177-201; V. PIRONON, “Dits et non-dits sur la méthode de la focalisation dans le contentieux contractuel et délictuel du commerce électronique”, *JDI Clunet*, 2011, pp. 915-941; A. LÓPEZ TARRUELLA, “Criterio de “focalización” y “forum delicti commissi” en las infracciones de propiedad industrial e intelectual en Internet”, *Revista de propiedad intelectual*, n° 31, 2009, pp. 13-52.

²⁰ DOUE: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:199:0040:0049:ES:PDF>

²¹ Artículo 8 del Reglamento Roma II: “Infracción de los derechos de propiedad intelectual

1. La ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive de una infracción de un derecho de propiedad intelectual será la del país para cuyo territorio se reclama la protección.

2. En caso de una obligación extracontractual que se derive de una infracción de un derecho de propiedad intelectual comunitario de carácter unitario, la ley aplicable será la ley del país en el que se haya cometido la infracción para toda cuestión que no esté regulada por el respectivo instrumento comunitario.

3. La ley aplicable con arreglo al presente artículo no podrá excluirse mediante un acuerdo adoptado en virtud del artículo 14.”

²² Considerando 26 del Reglamento Roma II: “En cuanto a las infracciones de los derechos de propiedad intelectual, conviene preservar el principio *lex loci protectionis* que se reconoce universalmente. A efectos del presente Reglamento, la expresión «derechos de propiedad intelectual» debe ser interpretada como referencia a, por ejemplo, los derechos de autor, los derechos afines, el derecho *sui generis* de la protección de bases de datos y los derechos de propiedad industrial.”

país “para cuyo territorio” se reclama la protección, por lo tanto, es la *Lex Loci Protectionis* la que registrará la cuestión de determinar la Ley aplicable a la obligación extracontractual que se deriva de la vulneración de un derecho de propiedad intelectual o industrial.

32. El legislador europeo pretende con esta regulación que sea esa Ley, la *Lex Loci Protectionis*, la única que regule las obligaciones extracontractuales que derivan de la vulneración de un derecho de propiedad intelectual o industrial. Por lo tanto, la posibilidad de elección de Ley hecha por las partes (artículo 14 del Reglamento Roma II) no se admite en estos supuestos. La Ley que determina el artículo 8 del Reglamento Roma II no se puede exceptuar por acuerdo de las partes.

33. El criterio de la *Lex Loci Protectionis* se ajusta perfectamente con el carácter territorial que ostentan estos derechos. El principio de territorialidad se respeta con esta solución, porque concuerda la Ley del Estado que ha “creado” el derecho inmaterial con la Ley que regula la posible vulneración del mismo. Se litiga en cada país por la vulneración hecha al derecho inmaterial que ese país protege. Es decir, en esta materia no hay un daño global, lo que existe son vulneraciones o daños a la propiedad intelectual o industrial a la que otorga protección el Estado donde está registrada.

34. Son los convenios internacionales vigentes para cada derecho inmaterial en concreto (marcas, patentes, derechos de autor...) los que determinan la Ley que regula la existencia y contenido de esos derechos. Si no existe Convenio internacional específico, en el caso de España, se aplicará el artículo 10.4 del Código Civil. Este artículo determinará la Ley aplicable a la existencia, contenido y extensión de esos derechos inmateriales, que será también, la *Lex Loci Protectionis*. Pero el artículo 8 del Reglamento Roma II ha desplazado al artículo 10.4 del Código Civil, en relación con la precisión de la Ley aplicable a la responsabilidad no contractual que surge por la vulneración de un derecho inmaterial.

35. Especial mención se debe hacer de la cuestión de una posible responsabilidad no contractual que derive de la vulneración de uno de estos derechos inmateriales recogidos en instrumentos legales de la Unión Europea (marca comunitaria, dibujos y modelos comunitarios, obtenciones vegetales comunitarias, patentes europeas o cualquier otra que se pueda regular en un futuro). En este supuesto, el artículo 8.2 del Reglamento Roma II²³ establece que la Ley aplicable será la Ley del país en el que se haya cometido la infracción para toda cuestión que no esté regulada por el respectivo instrumento legal de la Unión Europea. Es decir, en estos casos la Ley aplicable a las obligaciones no contractuales que deriven de la vulneración, por ejemplo, de una marca comunitaria, se registrará por la Ley del país en el que se haya cometido la infracción de ese derecho inmaterial de alcance europeo, es decir, la *Lex Loci Delicti Commissi*. Con todo lo apuntado, la Ley estatal a la que conduce la aplicación de la norma europea refleja la tesis del principio de proximidad, y como anteriormente se señalaba con la competencia judicial internacional y las enseñanzas de CH. DUMOULIN: el principio de proximidad significa que el contrato debe quedar sujeto a la Ley estatal cuya aplicación al contrato sea más fácilmente previsible por los contratantes. La previsibilidad de que la Ley estatal aplicable será la Ley del Estado en el que la marca ha sido vulnerada cumple con esa función, y respeta las expectativas razonables de las partes, en palabras de P.E. NYGH, se trata de dejarse guiar por “*the reasonable expectations of the parties*”²⁴.

²³ Artículo 8.2 del Reglamento Roma II: “En caso de una obligación extracontractual que se derive de una infracción de un derecho de propiedad intelectual comunitario de carácter unitario, la ley aplicable será la ley del país en el que se haya cometido la infracción para toda cuestión que no esté regulada por el respectivo instrumento comunitario.”

²⁴ En J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales, prestación característica y la teoría de la Stream-Of Commerce”, en A.-L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES, Globalización y Derecho, Ed.Colex, Madrid, 2003, ISBN: 84-7879-767-X, pp. 87-119. CH. DUMOULIN reformula, en su obra Conclusiones de *statutis et consuetudinibus localibus* (Comentario al Codex de Justiniano, libro primero, título primero, edición de 1681, tomo III, p. 554), la Ley Si Fundus, para evitar su aplicación a casos en los que el lugar de celebración es fortuito: “*non de loco contractus fortuiti sede domicilii prout crebrius usuvenit immobilia non vendi penegre, sed in loco domicilii*”. P.E. NYGH, “The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in tort”, *RCADI*, 1995, vol.251, pp. 269-400.

IV. Conclusiones

36. En primer lugar, el correcto funcionamiento del mercado único no se debe ver alterado con obstáculos que restrinjan las libertades de circulación sobre las que se asienta el mismo. Esta es una realidad de la que se debe partir y no es negociable. Ni obstáculos de Derecho público ni obstáculos de Derecho privado deben perturbar el mercado interior. Esa prohibición viene del propio Derecho europeo, y es labor del propio legislador evitar esos obstáculos a las libertades de circulación en las que se basa el mercado único europeo. El TJUE, en numerosa jurisprudencia, prohíbe la existencia de esos obstáculos y los elimina. Los derechos de propiedad intelectual e industrial no pueden ser un obstáculo injustificado a ese mercado único, ni tan siquiera una excepción a esa norma general.

37. Es un dato constatado que, actualmente, las propiedades inmateriales mueven más riqueza que las propiedades materiales. Se trata, sin duda, de un triunfo del “jurista alquimista”, capaz de crear riqueza a partir de un puro concepto intelectual. Es el puro concepto elevado a riqueza.

38. Las nuevas tecnologías en general, e Internet en particular han transformado la arquitectura del mundo, la globalización es un hecho en un mundo cada vez más interconectado. Hoy día, con la facilidad de comunicaciones existente, una marca puede ser explotada en todo el mundo al mismo tiempo (*Worldwide Exploitation*). Ahora también es relativamente frecuente que exista vulneración o usurpación de marcas por Internet. Se debe dar respuesta a esos nuevos retos que se les presentan a los juristas del S. XXI, en relación con los tribunales que serán competentes para conocer de esos litigios y de la Ley aplicable a los mismos, como se ha visto. Una vez más, la respuesta a esas cuestiones viene dada por el TJUE en la jurisprudencia que resuelve estos casos. Las normas regulan los casos generales, para dar respuesta a los particulares está el Tribunal, y en estos casos el TJUE.

39. En relación con la determinación de la competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, el instrumento legal que la determina es el Reglamento Bruselas I bis. El foro general del domicilio del demandado, previsto en el artículo 4 del precitado Reglamento, opera sin ningún problema en estos casos. Sin embargo, en relación con el foro especial por razón de la materia previsto en el artículo 7.2 del Reglamento Bruselas I bis, el TJUE ha arrojado luz sobre los órganos jurisdiccionales competentes del “lugar del daño” que serán los tribunales del Estado miembro de registro de la marca. Se advierte en este punto, que sigue existiendo esa dispersión competencial según sea el objeto del litigio, marca nacional o marca UE, porque como se indicaba el art. 7.2 del Reglamento Bruselas I-bis sigue manteniendo el peligroso criterio de la mera accesibilidad, es decir, el simple hecho de que el sitio web es accesible desde el Estado miembro donde está registrada la marca nacional es suficiente para que el tribunal pueda declararse competente. Y el art. 125.5 RMUE, en la lectura que realiza el TJUE en esta sentencia que se comenta, además de esa accesibilidad exige que se encuentren en ese Estado consumidores o distribuidores, esta es la clave y la novedad que aporta la sentencia, porque son estos sujetos los que consumen los productos de esa determinada marca, y son los elementos determinantes que certifican que esa infracción se produce. No simplemente que se pueda acceder a la web del empresario. Y esa es la clave y la novedad que trae la última jurisprudencia europea en relación a esta cuestión, con la STJUE de 5 de septiembre de 2019, C-172/18, AMS Neve Ltd, Barnett Waddingham Trustees, Mark Crabtree vs. Heritage Audio, S.L., Pedro Rodríguez Arribas. El TJUE en esta sentencia parece que la interpretación que realiza del art. 125.5 RMUE es para este supuesto que resuelve y para todos los supuestos que tengan similitudes con el caso tratado, según se desprende de su FJ 55: “Sin perjuicio de la verificación que efectúe el órgano jurisdiccional remitente, de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia y de la cuestión planteada se desprende que mediante la acción por violación de marca ejercitada ante dicho órgano jurisdiccional los demandantes en el litigio principal persiguen la publicidad y las ofertas de venta presentadas por los demandados en un sitio web y en redes sociales solo en la medida en que dicha publicidad y dichas ofertas de venta se destinan a consumidores o distribuidores en el Reino Unido.” La publicidad y la oferta de esa marca se debe destinar a los consumidores o distribuidores de ese Estado, donde se vulnera la marca.

40. En relación a la ley aplicable, se debe subrayar que con el Reglamento Roma II se ha concentrado la ley aplicable a la existencia de ese derecho inmaterial y al daño que pueda derivar de una vulneración del mismo, en una sola ley estatal: la ley del Estado que corresponde al lugar donde el derecho inmaterial se ha (presuntamente) vulnerado. Esta medida facilita la defensa de estos derechos y ahorra costes de litigación a las partes implicadas en el proceso. Evita especular con la ley aplicable, y, por lo tanto, conduce a resultados previsibles y aumenta la seguridad jurídica en un contexto inseguro *per se* como es el que presenta en las relaciones internacionales en un mundo globalizado.

41. El Derecho internacional privado cumple una vez más su función de regulación y fomento de las relaciones internacionales, porque a mayor seguridad jurídica los particulares potenciarán su actuación en este contexto global. La riqueza circula y el bienestar social aumenta. El Derecho internacional privado proporciona seguridad en el intercambio internacional y lo fomenta, también en la protección que ofrece ante una vulneración de marca UE.

42. La jurisprudencia que crea el TJUE en esta sentencia sería *contra legem*, sí, de hecho, en este caso el TJUE va más allá de la letra de la norma del art. 125.5 RMUE e introduce la tesis de la focalización donde no aparece literalmente. La finalidad última de esa interpretación quizá tenga un objetivo de reducir los costes económicos de la litigación internacional, con el clásico binomio de conquista de mercados y asunción de los riesgos que conlleva esa conquista. El TJUE asume la tesis de la focalización en el art. 125.5 RMUE probablemente para ser fiel a los principios de proximidad y previsibilidad que inspiran el Reglamento, pero esto plantea otra cuestión, por qué no adopta esa interpretación con el art. 7.2 del RB I bis donde impera la tesis de la mera accesibilidad. El TJUE no ha mostrado voluntad de girar hacia la focalización el art. 7.2 del RB I bis de momento, pero desde mi perspectiva sería de gran utilidad que ofreciese grupos de casos en los que, dependiendo de las circunstancias concretas de los mismos, operase una tesis u otra o una combinación de las dos: la tesis de la focalización y de la accesibilidad.

43. En definitiva, la solución de la focalización creada por el TJUE genera un plus de seguridad jurídica para los empresarios que comercializan en el mercado europeo, sujetos a normas europeas y cuyas controversias se resuelven por el TJUE. La tesis de la focalización le permite prever al empresario una posible demanda en el país en cuyo territorio tiene clientes, sean consumidores o distribuidores. La tesis de la focalización protege en definitiva al sujeto que realiza una actividad y que tiene la voluntad de que esa actividad despliegue sus efectos en un concreto Estado o Estados, es decir, se une la voluntad del sujeto de conquistar un mercado y que en ese mercado existan consumidores o distribuidores de la marca. No solo que desde ese Estado se pueda acceder a la web donde se utiliza la marca europea vulnerada. Tanto la competencia judicial internacional y la ley aplicable al caso debe de ser la que las partes tuviesen “*in mente*” cuando realizan sus actos de conquista del mercado.

HONORARIOS DE ABOGADO, RECLAMACIONES Y EJECUCIÓN DE SENTENCIA. UNA REVISIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA MUTUA ENTRE LOS ESTADOS UE

LAWYER FEES, CLAIMS AND SENTENCE ENFORCEMENT. AN OVERHAUL OF THE PRINCIPLE OF MUTUAL TRUST BETWEEN EU STATES

ISABEL LORENTE MARTÍNEZ

Profesora asociada de Derecho internacional privado

Universidad de Murcia

Universidad Miguel Hernández

Abogada ejerciente

Recibido: 03.05.2020 / Aceptado: 16.05.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5655>

Resumen: Las normas de validez extraterritorial de decisiones ocupan un lugar importantísimo en el Derecho de la Unión Europea. Son las normas que culminan y potencian un espacio judicial europeo. Asimismo, son normas que refuerzan la seguridad jurídica y el intercambio internacional, puesto que permite a los particulares una vez que obtienen una resolución en un Estado miembro de la Unión Europea que pueden ejecutarla, en ese Estado o en otro Estado de la Unión Europea de forma ágil. Incluido cuando es una de las partes implicadas un consumidor, tal como se observa en este trabajo.

Palabras clave: ejecución, consumidor, competencia judicial internacional, Derecho europeo, abogado.

Abstract: The rules on the extraterritorial validity of decisions have a very important place in European Union law. They are the rules that culminate in and enhance a European judicial area. They are also rules that enhance legal certainty and international exchange, since they allow individuals, once they obtain a decision in one Member State of the European Union, to enforce it in that State or in another State of the European Union in a swift manner. Including when one of the parties involved is a consumer, as seen in this work.

Keywords: enforcement, consumer, international jurisdiction, European Law, lawyer.

Sumario: I. Introducción. II. Resumen de los datos de hecho de la STJUE de 4 de septiembre de 2019 y la asimilación de un contrato de consumo entre abogado y cliente. III. La contratación de servicios jurídicos: calificación del contrato. IV. Competencia en materia de contratos de consumidores y su reflejo en el sector de la validez extraterritorial de situaciones. V. La ejecución. Documentación imprescindible para instarla. VI. Reflexiones finales.

I. Introducción

1. La validez extraterritorial de decisiones es un sector que cobra extrema importancia, puesto que lo componen normas que generan seguridad jurídica y que ofrezcan la posibilidad de reconocer o en su caso ejecutar las sentencias obtenidas en otros Estados miembros. En este sentido se ha pronunciado

el TJUE en su reciente sentencia de 4 septiembre 2019, C-347/18, *Alessandro Salvoni vs. Anna Maria Fiermonte*, en relación con el artículo 53 del RB I-bis y la reclamación de pago de los honorarios de un abogado italiano¹.

2. En este trabajo se realizan unas reflexiones en relación a la validez extraterritorial de decisiones, porque resulta de extrema importancia que los particulares que han obtenido una sentencia en un Estado diferente del que desean reconocerla o ejecutarla consigan realizarlo. Y en particular, en este trabajo se expone esta cuestión a través de una decisión del TJUE donde resuelve una cuestión prejudicial para el reconocimiento de la sentencia que envuelve una relación de un abogado y un cliente. Se observará con detalle si esa relación entre las partes es de consumidor con una empresa transfronteriza, en este caso el letrado que ofrece sus servicios.

II. Resumen de los datos de hecho de la STJUE de 4 de septiembre de 2019 y la asimilación de un contrato de consumo entre abogado y cliente

3. El Sr. Salvoni es un abogado cuyo bufete está sito en Milán (Italia), mediante una demanda presentada el día 3 de noviembre de 2015 solicitó al Tribunale di Milano (Tribunal de Milán, Italia) que emitiera una orden conminatoria de pago contra la Sra. Fiermonte, que disponía de su residencia habitual en Hamburgo (Alemania), en relación con las cantidades que esta última le debía en concepto de los servicios profesionales prestados por el abogado italiano en el marco del procedimiento de impugnación del testamento ológrafo otorgado por el padre de su cliente. Tras esta cuestión, el tribunal remitente dictó una resolución en la que conminaba al pago de una cantidad determinada, junto con los intereses y los gastos correspondientes. Al no haberse opuesto la Sra. Fiermonte a dicha resolución, el Sr. Salvoni presentó ante ese mismo tribunal, a efectos de ejecución, una solicitud de que se expidiera un certificado de conformidad con el artículo 53 del RB I-bis, por medio del formulario que figura en el anexo I del propio Reglamento.

4. Hasta ese punto todo iba bien, pero el tribunal remitente procedió de oficio a una búsqueda en Internet, búsqueda de la que resultó que el Sr. Salvoni ejercía una actividad jurídica orientada a Alemania, ofrecía sus servicios de abogado. Es en este momento en el que al tribunal le surgen dudas, al estimar que la relación del Sr. Salvoni y la Sra. Fiermonte podía asimilarse a un contrato de consumo, el tribunal remitente dedujo de la información relacionada con la actividad profesional del Sr. Salvoni que la resolución mediante la que se conminaba al pago se había dictado infringiendo las reglas para determinar la competencia judicial establecidas en la sección 4 del capítulo II del RB I-bis, relativa a las reglas para determinar la competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores.

5. Con todos estos datos apuntados, el tribunal remitente alberga dudas en cuanto a las facultades de las que dispone el órgano judicial que ha de expedir el certificado previsto en el artículo 53 del RB I-bis cuando una resolución judicial, que sea definitiva con arreglo al Derecho procesal nacional, haya sido adoptada infringiendo lo dispuesto en las reglas para determinar la competencia judicial previstas en el propio Reglamento.

6. La cuestión que plantea el tribunal remitente es relativa a la cuestión de si el artículo 53 del RB I-bis impone al tribunal que conoce de una solicitud de certificado la obligación de trasladar al certificado en términos idénticos la resolución judicial dictada en el Estado miembro de origen, o si dicho artículo le autoriza a decidir de oficio informar al demandado-consumidor, contra el que la resolución debe ejecutarse en un Estado miembro distinto del Estado de origen, acerca de la eventual infracción de las reglas para determinar la competencia establecidas en la sección 4 del capítulo II del citado Reglamento y, por tanto, sobre la posibilidad de oponerse al reconocimiento al amparo del artículo 45, apartado 1, letra e), del mismo Reglamento.

¹ STJUE 4 septiembre 2019, C-347/18, *Alessandro Salvoni vs. Anna Maria Fiermonte* [ECLI:EU:C:2019:661].

8. El tribunal remitente estima que cabría interpretar los artículos 42 y 53 del RB I- bis en el sentido de que la autoridad judicial que ha de expedir el certificado en cuestión carece de toda facultad discrecional y debe trasladar automáticamente el contenido de la resolución judicial de que se trate al formulario que figura en el anexo I del citado Reglamento, a fin de acreditar que dicha resolución tiene fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen. Y es aquí, tras la exposición de la relación de hechos donde comienzan las cuestiones a tratar en este trabajo.

III. La contratación de servicios jurídicos: calificación del contrato

10. El TJUE ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la relación que une a un cliente con su abogado cuando contrata sus servicios jurídicos. Para el TJUE los abogados son profesionales y los clientes son consumidores. Esto se observa claramente en el asunto sobre el que se pronuncia el TJUE en su sentencia de 15 de enero de 2015: *“en principio una desigualdad entre los “clientes-consumidores” y los abogados a causa, en especial, de la asimetría de la información de la que disponen esas partes. En efecto, los abogados tienen un alto nivel de competencias técnicas que los consumidores no poseen necesariamente, de modo que estos pueden tener dificultades para apreciar la calidad de los servicios que se les prestan”*².

11. Por lo tanto, resulta que, de ese tipo de contratación de servicios jurídicos entre cliente y abogado, el abogado es el que dispone de información de la que no disponen los clientes, para conocer si la llevanza del asunto y la calidad del servicio que se presta es la adecuada. En principio, todo parece indicar que en esa contratación el profesional es siempre el abogado y el cliente es una parte débil, un consumidor de esos servicios. Ese consumidor se encuentra en una posición débil respecto al profesional y requiere estar protegido por la sección del RB I bis que establece la protección a esos consumidores, ya sea a nivel de competencia judicial internacional, ya sea para la validez extraterritorial de decisiones. El consumidor, en principio y en la mayoría de los casos, no cuenta con los mismos medios que el profesional que ofrece sus servicios. En la mayoría de los contratos que celebran los consumidores con los profesionales la capacidad de negociación del consumidor es prácticamente nula. Y el empresario dispone normalmente de recursos económicos mayores, e intenta interceptar clientes en otros Estados, como ocurre en el caso que nos ocupa. La sección 4 del Título II del RB I bis pretende ofrecer al consumidor la posibilidad de demandar al empresario en el país donde practica sus actividades comerciales. Esa situación de inferioridad del consumidor en relación con el profesional, en lo que se refiere a la capacidad de negociación y al nivel de información, la ha expuesto el TJUE en dos célebres sentencias: las sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, y la de fecha 18 de febrero de 2016 Finanzmadrid EFC, C-49/14. Y de esas resoluciones se desprende que únicamente puede compensarse esa situación mediante una intervención positiva del órgano judicial, que tiene la obligación de examinar de oficio el eventual carácter abusivo de una cláusula contractual, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello³.

IV. Competencia en materia de contratos de consumidores y su reflejo en el sector de la validez extraterritorial de situaciones.

11. En el sector de la validez extraterritorial de decisiones se observa la importancia del respeto de las normas de competencia judicial internacional en el momento en el que un tribunal debe conocer de un asunto en el que la parte demandada es un consumidor. El cliente-consumidor que contrata con el abogado sus servicios jurídicos debe de estar protegido por las normas de competencia judicial in-

² STJUE 15 enero 2015, C-537/13, *Devenas*, FD 23. ECLI:EU:C:2015:14.

³ STJUE de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartados 39, 41 y 43. Y STJUE de 18 de febrero de 2016 Finanzmadrid EFC, C-49/14, EU:C:2016:98, apartado 46.

ternacional en la sección 4 del RB I-bis, relativas a los contratos celebrados por los consumidores. En caso contrario la resolución dictada en otro Estado miembro no será reconocida si el juez del mismo ha fallado en un caso que correspondía a la competencia de tribunales de otro Estado miembro. A esa afirmación, se ha de añadir otra que completa la cuestión: siempre que se trate de materias de seguro, trabajo y consumo (esta última es de la que trata la STJUE), y el demandado en el proceso de origen sea el consumidor, como lo es en el caso que nos ocupa. O en otros casos, el trabajador (en materia de trabajo), o el tomador del seguro, el asegurado o un beneficiario del contrato de seguro (en materia de seguros). Así lo expone claramente en su jurisprudencia el TJUE, en concreto, en la STJUE 4 septiembre 2019, C-347/18, *Salvoni*, FD 43-46⁴. Y la comprobación de este extremo le corresponde al juez del Estado miembro requerido.

12. La única excepción que se considera para que sí que se pueda reconocer la sentencia es que, si el tribunal de origen se ha basado su competencia por una sumisión tácita, prevista en el art. 26 del RB I-bis, será reconocida la sentencia que haya dictado dicho tribunal. Y el art. 45.1 e del RB I-bis no podrá obstaculizar ese reconocimiento.

13. En efecto, el Reglamento Bruselas I-bis ofrece al demandado la posibilidad de defenderse en cuanto al fondo ante un tribunal distinto de los determinados en virtud de las referidas “secciones de protección” previstas para contratos de seguro, consumo y trabajo: el tribunal elegido tácitamente por las partes. De ese modo, si el sujeto parte débil decide voluntariamente comparecer ante dicho tribunal y defenderse en cuanto al fondo, debe entenderse que la sentencia fue dictada por un tribunal competente que no vulneró los foros de competencia internacional de protección contemplados en las secciones 3, 4 y 5 RB I-bis. Por ello, la sentencia dictada por un tribunal de un Estado miembro que funda su competencia en el art. 26 RB I-bis debe ser reconocida en los demás Estados miembros sin que el art. 45.1.e RB I-bis pueda impedirlo⁵ (STJUE 20 mayo 2010, C-111/09, *Bilas*, FJ 29-30⁶). Como regla general,

⁴ STJUE 4 septiembre 2019, C-347/18, *Salvoni*, FD 43-46, ECLI:EU:C:2019:661: “En segundo término, en lo que atañe a la fase de reconocimiento y ejecución de una resolución judicial en el Estado miembro requerido, según el considerando 29 del Reglamento n.º 1215/2012, la persona contra la que se inste la ejecución debe poder oponerse al reconocimiento o a la ejecución de la resolución si considera que concurre alguno de los motivos para denegar el reconocimiento, incluida la eventual infracción de las reglas especiales para determinar la competencia.

En tales circunstancias, como ha puesto de relieve el Abogado General en los puntos 76 y 77 de sus conclusiones, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la Directiva 93/13 no resulta aplicable en el contexto del Reglamento n.º 1215/2012, el cual establece normas de naturaleza procesal, mientras que la Directiva 93/13 tiene por objeto una armonización mínima del Derecho de los Estados miembros en materia de cláusulas abusivas celebradas con los consumidores.

En cuanto al derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 47 de la Carta, tal derecho no ha sido vulnerado en modo alguno, puesto que el artículo 45 del Reglamento n.º 1215/2012 permite al demandado invocar específicamente la eventual infracción de las reglas para determinar la competencia previstas en la sección 4 del capítulo II del mismo Reglamento en materia de contratos celebrados por los consumidores.

Habida cuenta de todo lo anterior, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el artículo 53 del Reglamento n.º 1215/2012, en relación con el artículo 47 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que el tribunal de origen que conoce de la solicitud de expedición del certificado previsto en el citado artículo 53, en relación con una resolución judicial definitiva, pueda verificar de oficio si se han infringido las disposiciones de la sección 4 del capítulo II de dicho Reglamento, a fin de informar al consumidor acerca de la eventual infracción constatada y permitir que este último valore con pleno conocimiento de causa la posibilidad de utilizar la vía de recurso que prevé el artículo 45 del propio Reglamento.”

⁵ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª ed., Ed. Comares, Granada, 2018, pp. 1379-1407.

⁶ STJUE 20 mayo 2010, C-111/09, *Bilas*, FJ 29-30, ECLI:EU:C:2010:290: “Tal disposición impide reconocer las resoluciones adoptadas por un órgano jurisdiccional incompetente al que se ha sometido un litigio sin respetar dichas reglas. Por lo tanto, no es aplicable cuando la resolución ha sido adoptada por un juez competente. Éste es precisamente el caso del juez al que se ha sometido un litigio, aunque sea sin respetar las reglas de competencia especial, y ante el cual el demandado comparece sin proponer una excepción de incompetencia. En efecto, dicho juez es competente en virtud del artículo 24 del Reglamento n.º 44/2001. Por consiguiente, el artículo 35 del referido Reglamento no impide el reconocimiento de la resolución adoptada por dicho juez.

En consecuencia, a pesar de que, en los ámbitos a que se refieren las secciones 3 a 5 del capítulo II del mismo Reglamento, las reglas de competencia tienen la finalidad de ofrecer a la parte más débil una protección reforzada (véase, a este respecto, la sentencia de 13 de diciembre de 2007, *FBTO Schadeverzekering*, C-463/06, Rec. p. I-11321, apartado 28), no puede

el RB I bis impide que se realice un juicio sobre la competencia del juez de origen en el momento del reconocimiento, pero existe la excepción de que cuando se infringe las normas de competencia judicial internacional respecto a un consumidor, como es el caso que nos ocupa, ese control se pueda realizar. De este modo, se consigue potenciar el objetivo que poseen estas normas: la protección de la parte débil. Este extremo lo deberá comprobar el juez al que se requiere, como de forma correcta lo hizo el tribunal del caso que se estudia.

V. La ejecución. Documentación imprescindible para instarla

14. El solicitante que pretenda instar la ejecución en un Estado miembro de una resolución dictada en otro Estado miembro deberá aportar a las autoridades competentes del mismo, indispensablemente: copia de la resolución y certificado/ Anexo I RB I-bis. Se debe subrayar que a diferencia del Reglamento 805/2004 de 21 abril 2004 sobre el título ejecutivo europeo para créditos no impugnados⁷, no es únicamente este certificado el que abre la vía ejecutiva, sino los dos documentos citados: la copia de la resolución y el certificado. Y a continuación se analiza cada uno de los mismos.

A) Copia de la resolución

15. La autenticidad de esa copia de la resolución es esencial. Por lo tanto, debe contar con todos los requisitos necesarios para ser considerada auténtica. En cuanto a la traducción de esa resolución, se debe de apuntar que el juez solo podrá exigir su traducción si le es imposible continuar sus diligencias sin la misma, tal como apunta el art. 42.4 del RB I-bis.

B) Certificado / Anexo I RB I-bis

16. La importancia del certificado expedido conforme al art. 53 del RB I-bis/ Anexo I RB I-bis es notable, tal como apuntan los autores Calvo/Carrascosa. En principio este certificado no debe presentarse traducido, pero la autoridad competente para la ejecución competente podría exigir una traducción o transcripción del contenido del certificado (art. 42.3 RB I-bis) del certificado al solicitante de la ejecución, con arreglo a lo que expone el art. 57 del RB I-bis. La autoridad competente para la emisión del certificado se determina con arreglo a las normas nacionales de cada Estado miembro y no tendrá por qué ser la misma autoridad que emitió la resolución cuyo reconocimiento se insta⁸.

17. La función del certificado es acreditar que la resolución tiene fuerza ejecutiva. Además, este certificado presenta un extracto de la resolución, así como, en su caso, información pertinente sobre las costas impuestas en el procedimiento y el cálculo de los intereses. El objetivo del certificado es que la resolución judicial puede circular libremente en el espacio europeo de Justicia. Si la resolución judicial circula de este modo, se garantiza la rápida ejecución de las sentencias, y de este modo, se preserva la seguridad jurídica en la UE, tal como expone la jurisprudencia del TJUE, en concreto la STJUE 4 septiembre 2019, C-347/18, *Salvoni*, FD 30. Y se debe apuntar que la actuación del tribunal del Estado

imponerse a esta parte la competencia judicial determinada en dichas secciones. Si dicha parte decide deliberadamente comparecer, el Reglamento n° 44/2001 le brinda la posibilidad de defenderse en cuanto al fondo ante un órgano jurisdiccional distinto de los determinados en virtud de las referidas secciones.”

⁷ Reglamento 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados. DOUE L 143/15.

⁸ F. BEDOYA FLORES, “Comentario al Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: Reglamento Bruselas I”, coord. por PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, FEDERICO F. GARAU SOBRINO, MARÍA LUZ LORENZO GUILLÉN, FÉLIX J. MONTEIRO MURIEL; JOSÉ PEDRO PÉREZ LLORCA (pr.), 2016, p. 910.

miembro de origen que expide este certificado "*se enmarca en la continuidad del procedimiento judicial anterior*", pues con dicha expedición garantiza su plena eficacia.

18. Cualquier parte interesada en el procedimiento puede solicitar la expedición del certificado y el tribunal del Estado miembro de origen está obligado a expedir dicho certificado. El tribunal solo deberá examinar los extremos del litigio que contiene este art. 53 del RB I-bis. Las cuestiones de fondo no deben constar en el certificado, tampoco las relativas a la competencia del tribunal, por lo tanto, el tribunal no deberá examinar estos aspectos. Las cuestiones de fondo y competencia ya han sido dirimidas en el proceso cuya ejecución se solicita. El TJUE señala en numerosa jurisprudencia que la expedición del certificado que contiene el art. 53 RB I-bis es casi automática (STJUE 4 septiembre 2019, C-347/18, *Salvoni*, FD 38; STJUE 6 septiembre 2012, C-619/10, *Trade Agency*, FD 41)⁹.

19. Todo lo apuntado se resume en lo siguiente: si se solicita la expedición del certificado previsto en el precitado artículo del RB I-bis el tribunal del Estado miembro de origen que debe librarlo no entrará a comprobar de oficio que las normas de competencia judicial internacional recogidas en el RB I-bis se respetaron, ni tan siquiera en el caso del que en el litigio se encuentre envuelto un consumidor que podría estar protegido por las reglas de competencia específicas para los mismos. Esa cuestión ha debido de ser dirimida por el tribunal que conoció del asunto, si esto no se produce así el principio de mutua confianza entre los Estados se daña. La regla general siempre debe de ser la siguiente: cuando la resolución extranjera esté acompañada del certificado, y cumpla con todos los requisitos legales, el juez que conoce de la solicitud de ejecución debe ceñirse a esa función, y solo en casos contados, es decir, excepcionalmente el tribunal podrá restringir esa "eficacia directa" que posee el certificado. De este modo lo ha querido plasmar el legislador europeo, con la construcción de estas normas. Asimismo, el principio de confianza recíproca o mutua confianza se respeta, y se potencian los principios generales sobre los que se asientan las normas de este Reglamento Bruselas I bis: buena administración de la justicia y eficiencia de la misma.

20. La cuestión fundamental tras lo que dice la norma y el tribunal se encuentra en el juez del Estado que expide el certificado. Si el certificado lo expide una autoridad del Estado de origen no controla más extremos, ni normas de competencia ni Derecho aplicable. Pero cuando lo que se pretende es la ejecución de la sentencia en otro Estado miembro de la UE, ese otro juez sí que controla la competencia judicial internacional, y entre otros aspectos, deberá controlar que se respetó la competencia judicial internacional si en la controversia es parte un consumidor.

VI. Reflexión final

21. En este trabajo se estudia uno de los elementos claves en el espacio judicial europeo: la mutua confianza en el Derecho de la UE. Esa idea que inspira el Derecho de producción europea se traduce en que el producto fabricado en un Estado miembro europeo se considera legalmente fabricado para toda la UE. El TJCE ya utilizó esta idea y la puso de manifiesto un 20 de febrero del año 1979 en su clásica jurisprudencia: *Cassis de Dijon, quod nunquam perit*. También la ha potenciado en el reconocimiento de situaciones legalmente creadas en un Estado miembro, como ejemplo la STJUE de 14 de octubre de 2008, *Grunkin-Paul*, con el nombre del niño más famoso del Derecho internacional privado, así como en reconocimiento de sentencias en materia de creación de sociedades con STJCE 9 marzo

⁹ STJUE 4 septiembre 2019, C-347/18, *Salvoni*, ECLI:EU:C:2019:661, FD 38: "En segundo lugar, de la redacción del artículo 53 del Reglamento n.º 1215/2012 resulta que el tribunal de origen estará obligada a expedir el certificado que dicha disposición regula cuando cualquier parte interesada presente una solicitud en ese sentido. En cambio, el citado artículo 53 no prevé en modo alguno que incumba al tribunal de origen examinar los aspectos del litigio a los que no se aplica dicho artículo, tales como las cuestiones de fondo y de competencia que hayan sido ya dirimidas en la resolución cuya ejecución se solicita. Por lo demás, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que la expedición del referido certificado es casi automática. Y también la sentencia de 6 de septiembre de 2012, *Trade Agency*, C-619/10, EU:C:2012:531, apartado 41.

1999, *Centros*; STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering*; STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*; STJCE 12 septiembre 2006, *Cadbury Schweppes*. La Justicia extranjera también es Justicia, pero no goza de la misma facilidad de circulación que la Justicia *intra* europea.

22. El funcionamiento de la idea de confianza mutua en el reconocimiento de sentencias hunde sus raíces en el sistema italiano, que vence al sistema francés en el RB I bis. Un sistema de gran practicidad y velocidad *versus* otro de repetición, comprobación y verificación. La victoria del sistema italiano en el Derecho europeo de validez extraterritorial de decisiones constituye la regla general. Únicamente se refuerza el control de competencia judicial internacional en sectores que afectan a toda la sociedad, como foros exclusivos y foros de protección, los cuales protegen a colectivos más vulnerables y también a sujetos concretos. Esas son las reglas especiales, y sólo las citadas. No son una excepción al normal y general funcionamiento de las normas europeas que potencian la mutua confianza, sino, como se ha señalado son normas especiales para casos concretos. La regla general sólo es válida para casos de litigación entre sujetos que están en posición de facto de igualdad.

23. Los formularios son una “condensación de datos”, su circulación ahorra tiempo y costes, en definitiva, es eficiente. El formulario no sustituye a la sentencia, pero potencia un principio base: la buena administración de justicia. De hecho, se ha constatado el éxito y la proliferación de este sistema de formularios en las áreas del Derecho donde la idea de mutua confianza se ha asentado, como ejemplos se puede citar el Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961 Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, y el certificado sucesorio europeo, gran novedad que trajo consigo el Reglamento Europeo de sucesiones 650/2012.

24. Los grandes beneficiarios de la confianza mutua, del sistema italiano de reconocimiento de sentencias y del sistema de formularios son los particulares: mayor circulación internacional y, en consecuencia, mayor progreso de toda la sociedad. De ese modo se consigue la verdadera libertad en un espacio judicial europeo, sin obstáculos jurídicos que impidan el libre movimiento de los particulares y las empresas. Objetivo último que persigue el Derecho de la UE. La mano invisible del DIPr. eficiente actúa de nuevo.

EL PERSONAL ESTATUTARIO TEMPORAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA EN ESPAÑA: LA POSTURA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA FRENTE A LA CONTRATACIÓN SUCESIVA SIN CAUSA JUSTIFICATIVA

TEMPORARY STATUTORY STAFF IN THE HEALTH ADMINISTRATION IN SPAIN: THE POSITION OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION ON SUCCESSIVE RECRUITMENTS WITHOUT CAUSE

INMACULADA MARÍN ALONSO

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

ORCID ID: 0000-0002-8871-1020

Recibido: 01.06.2020 / Aceptado: 18.06.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5656>

Resumen: El abuso en la contratación temporal de personal sanitario en España ha sido destapado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en varios pronunciamientos recientes. El último va más allá del debate sobre la aplicación del principio de igualdad y no discriminación en condiciones de trabajo en el empleo público entre trabajadores permanentes y temporales comparables en la Administración Pública y se adentra, incluso, en el cuestionamiento de las causas objetivas que permiten la contratación sucesiva temporal en el ámbito sanitario español. No obstante, pese a entender que es contrario al Derecho Europeo el sucesivo nombramiento de contratos temporales de personal estatutario para atender necesidades permanentes del empleador público sanitario, no establece medidas sancionadoras frente a tal conducta abusiva, dejando en manos de los jueces nacionales la apreciación, con arreglo al conjunto de normas de su derecho nacional aplicable, de la sanción adecuada a imponer por la misma. En tal caso, el TJUE señala que tanto la conversión de los nombramientos temporales en “indefinidos no permanentes” –transformando incluso la naturaleza jurídica del vínculo para equipararlo en efectos con el “trabajador indefinido no fijo” de ámbito público laboral-, como la concesión de una indemnización por despido podrían ser, bajo ciertos requisitos, medidas adecuadas para prevenir y sancionar los abusos en la contratación temporal. La decisión final corresponde, por tanto, a los órganos judiciales internos, siendo evidente la necesidad de una reforma legislativa en la materia.

Palabras clave: personal estatutario, temporalidad en la contratación, Administración Pública sanitaria, indefinido no fijo, indefinidos no permanentes, sucesión contractual, sanciones ante comportamiento abusivo.

Abstract: The abuse in the temporary recruitment of health personnel in Spain has been uncovered by the European Court of Justice in several recent rulings. The last one goes beyond the debate on the application of the principle of equality and non-discrimination in working conditions in public employment between comparable permanent and temporary workers in the public administration and even goes as far as to question the objective causes that allow successive temporary contracts in the Spanish health

sector. However, although it considers that it is contrary to European law for the successive temporary recruitment of statutory staff to meet the permanent needs of the public health-care employer, it does not provide for measures to punish such abusive conduct, leaving it to the national courts to assess, in accordance with the rules of their applicable national law, the appropriate penalty to be imposed for such conduct. In such a case, the ECJ points out that both the conversion of temporary appointments into “non-permanent indefinite appointments” - even transforming the legal nature of the link to equate it in effect with the “non-fixed indefinite worker” in the public employment sector - and the award of compensation for dismissal are, *inter alia*, appropriate measures to prevent and punish abuses of temporary contracts. The final decision therefore rests with the internal judicial bodies, and the need for legislative reform in this area is clear.

Keywords: statutory staff, temporary contracts, public health administration, contractual succession, sanctions for abusive behaviour.

Sumario: I. Introducción. II. Orígenes del régimen jurídico diferenciado del personal estatutario de los Centros e Instituciones Sanitarias. III. La preferencia por la vinculación permanente del personal con la Administración Pública Sanitaria. IV. Modalidades de nombramiento temporal de personal estatutario en las Instituciones Sanitarias. V. La problemática sobre el carácter sucesivo de nombramientos temporales a personal estatutario en las Instituciones Sanitarias. A) los nombramientos «sucesivos» en la Administración Pública Sanitaria. B) La delimitación del carácter sucesivo de los nombramientos temporales en el sector sanitario. VI. Medidas antiabuso de nombramientos temporales en la Directiva 99/70/CE. VII. Medidas legales «equivalentes» frente al abuso en los nombramientos de duración determinada en el ámbito sanitario español. A) La transformación del nombramiento temporal en indefinido. B) Organización de procesos selectivos para la cobertura definitiva de plazas provisionalmente ocupadas. C) Indemnización equivalente al despido disciplinario.

I. Introducción

1. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al hilo de lo que ya hizo en las precedentes sentencias de 13 de septiembre de 2007, *Asunto Cerro Alonso*, C-307/05, de 9 de febrero de 2012, *Asunto Lorenzo Martínez*, C-556/2011 y de 8 de septiembre de 2011, *Asunto Rosado Santana*, C-177/10, en relación a la vulneración del principio de igualdad y no discriminación en determinadas condiciones de trabajo en las Instituciones y Centros sanitarios de España, ha corroborado recientemente, y de manera reiterada, la existencia de una situación abusiva de la contratación temporal en las Administraciones Públicas Sanitarias. Esta apreciación, extensible a otras Administraciones Públicas¹, se ha fundamentado, principalmente, en la ausencia de justificación objetiva y razonable para establecer condiciones de trabajo diferenciadas entre el personal temporal y el permanente dentro del mismo régimen jurídico, es decir, cuando el “trabajador comparable” que requiere la aplicación del principio de igualdad y no discriminación está sometido a la misma naturaleza jurídica, ya sea ésta pública, privada o especial² (v. gr. personal estatutario fijo/personal estatutario temporal sujeto al Estatuto Marco del Personal Sanitario; funcionario de carrera/funcionario interino sujeto al Estatuto Básico del Empleado Público, o trabajador indefinido/trabajador temporal sujeto al EBEP y al Estatuto de los Trabajadores en materia de contratación y condiciones de trabajo)³.

¹ Véase la STJUE de 21 de septiembre de 2016, *Asunto Álvarez Santirso*, C-631/15, sobre la participación de un funcionario interino en un Plan de Evaluación Docente previsto exclusivamente para la funcionarios de carrera en la normativa interna española; la STJUE de 22 de diciembre de 2010, *Asuntos Gaviero Gaviero e Iglesias Torres*, Asuntos C-144/09 y C-456/09 en relación al reconocimiento de antigüedad y promoción profesional; la STJUE de 20 de diciembre de 2017, *Asunto Margarita Vega*, C-158/16, sobre disfrute de servicios especiales para el ejercicio de cargo público.

² Véase el ATJUE de 11 de noviembre de 2020, *Asunto VINO*, C-20/10 y ATJUE de 7 de marzo de 2013, *Asunto Rivas Montes*, C-178/12.

³ En detalle, véase MARÍN ALONSO, I: “El alcance del principio de igualdad y no discriminación en condiciones de trabajo y sus límites en el empleo público: la no portabilidad entre regímenes de personal de distinta naturaleza jurídica”, *Revista de Derecho Social* nº 84, 2018, págs. 217 y ss.

La falta de acomodo entre la normativa europea y la española respecto de la condiciones de trabajo del personal temporal de la Administración Pública se puso de manifiesto, con carácter general, en tres pronunciamientos del TJUE de 14 de septiembre de 2016⁴ que, pese a plantear situaciones diversas de una misma materia, destapaban la utilización abusiva de la contratación temporal en la Administración Pública española. De particular interés para este trabajo es, como se verá, el *Asunto Elena Pérez López*, C-16/15, abordado en la STJUE de 14 de septiembre de 2016, que planteaba, como novedad, la censura al legislador español por permitir la contratación temporal de personal en Centros e Instituciones Sanitarias para cubrir necesidades permanentes de los mismos. En este caso, no se trataba de valorar la vulneración del principio de igualdad y no discriminación en condiciones de trabajo, sino de censurar, por un lado, la utilización sucesiva e indebida de nombramientos temporales sin causa justificativa en la Administración Sanitaria española y destapar, por otro, la vulneración de las medidas europeas sobre la prohibición de abusos en la contratación de duración determinada. Este fallo hace visibles ambos extremos pero deja sin resolver, como veremos, la problemática sobre las medidas disuasorias concretas que el legislador interno debe emplear para evitar la situación de abuso en los nombramientos sucesivos de relaciones jurídicas de duración determinada.

2. La STJUE de 19 de marzo de 2020, *Asuntos Domingo Sánchez Ruiz y Berta Fernández y otros* -en los asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18 frente al Servicio Madrileño de Salud-, insiste, por tanto, en un polémico aspecto ya tratado por la STJUE de 14 de septiembre de 2016, *Asunto Elena Pérez López*, C-16/15-, en relación con la contratación temporal en los Centros e instituciones sanitarias públicas. El TJUE aborda esta vez, en detalle, no sólo la situación del personal estatutario en supuestos de nombramientos sucesivos de contratos temporales y la justificación objetiva de dicha contratación conforme al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada, incorporado como Anexo a la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio, sino, también, la valoración de concretas y distintas medidas que el legislador español pueda establecer de manera eficaz para conseguir el objetivo propuesto por la normativa europea: evitar abusos en la contratación temporal. En este pronunciamiento resulta de interés no sólo el análisis de las posibles medidas antiabusos que, con carácter general, incluye el Acuerdo Marco sobre nombramientos o contrataciones de duración determinada sino, también, el estudio de otras medidas “equivalentes” establecidas por el legislador nacional y que, en nuestro caso, abordan las siguientes posibilidades: por un lado, el establecimiento obligatorio de procedimiento selectivo de personal para cubrir definitivamente las plazas ocupadas por personal temporal; por otro lado, la conversión del contrato temporal en contrato indefinido –o «indefinido no fijo» en parecidos términos, en cuanto a sus efectos, a lo que ocurre con el personal laboral temporal al servicio de otras Administraciones Públicas- y, por último, la concesión de una indemnización por despido improcedente. La novedad de este pronunciamiento radica, por tanto, en la aspiración frustrada de obtener una concreta condena o sanción a la Administración sanitaria española por el uso irregular o abusivo de los contratos temporales, evidenciándose con ello el importante límite que tiene la justicia europea para dar satisfacción a intereses de los trabajadores precarios del sector sanitario español.

3. El reciente pronunciamiento del TJUE en la sentencia de 19 de marzo de 2020 es el resultado de dos cuestiones de prejudicialidad presentadas por dos Juzgados de lo Contencioso-Administrativo (nº 8 y nº 14 respectivamente) de Madrid con arreglo al art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁵. Este precepto permite que los órganos judiciales nacionales planteen ante el TJUE sus dudas sobre la interpretación de la normativa europea y el consiguiente acomodo de la legislación interna de cada Estado al respecto⁶. En este caso, los mencionados tribunales internos plantean interrogantes

⁴ Asuntos C-16/15, Elena Pérez López y el Servicio Madrileño de Salud; Asuntos C-184/15 y C-197/15, Florentina Martínez y el Servicio Vasco de Salud y Juan Carlos Castrejana y el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz y el conocido y polémico Asunto C-595/14 en el procedimiento entre Ana de Diego Porras y el Ministerio de Defensa.

⁵ DOCE de 30 de marzo de 2010, C83/49.

⁶ Con carácter previo al planteamiento de la cuestión prejudicial los órganos judiciales nacionales deben llevar a cabo un previo “juicio de relevancia”. Se trata de valorar si la misma es pertinente para dictar sentencia en el proceso interno («en el caso de que la respuesta a dicha cuestión, cualquiera que fuera, no pudiera tener ninguna influencia en la solución del litigio»)

sobre la correcta interpretación, por un lado, del art. 2, párrafo primero de la Directiva 1999/60/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999⁷, relativa al Acuerdo Marco de la CES, UNICE y CEEP sobre el trabajo de duración determinada, y por otro lado, de la cláusula 5 del mismo Acuerdo Marco celebrado el 18 de marzo de 1999 que figura como anexo en la mencionada Directiva.

En tales cuestiones prejudiciales no se discute, a efectos del Acuerdo Marco -cláusula 3 apartado 1-, que el concepto de “trabajador con contrato de duración determinada” englobe de manera omnicomprendensiva a todos los trabajadores que prestan sus servicios por cuenta ajena, es decir, con independencia, por un lado, del carácter público o privado del empleador para el que se trabaja y, por otro lado, de la propia calificación del contrato en el derecho interno de los Estados miembros de la UE⁸, sino que se trata de ir un paso más allá y valorar si se cumplen las reglas y los límites perseguidos por dicho Acuerdo en relación a la utilización sucesiva de contratos o nombramientos de duración determinada.

Es importante retener que la cuestión prejudicial no tiene por finalidad interpretar la normativa interna de los Estados Miembros de la UE, sino que se limita a aportar, en su caso, precisiones destinadas a orientar al órgano jurisdiccional interno en su apreciación sobre la normativa europea⁹. La cuestión prejudicial es, en definitiva, un instrumento procesal de colaboración entre el órgano judicial interno y el europeo para facilitar la existencia de un derecho común que tenga, en todo momento y circunstancias, el mismo efecto en todos los Estados miembros de la Unión Europea. Este mecanismo puede generar, por tanto, un claro activismo judicial por parte de los tribunales españoles pues, a falta de regulación interna acorde con la normativa europea, serán los tribunales nacionales los que deberán dar respuesta particular a la problemática que se les plantee. En todo caso, la falta de acomodo entre la legislación europea y la española viene planteando desde hace varios años la necesidad de un cambio legislativo orientado a asumir normativamente el establecimiento de medidas antiabuso en la contratación temporal en el sector público con carácter general, y en el sanitario en particular.

4. La STJUE de 19 de marzo de 2020 es consecuencia de un problema estructural en el empleo público español: la alta tasa de temporalidad del personal en el sector sanitario. Según el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), la contratación de duración determinada en 2019 alcanzó el 27,8% de los empleados, padeciendo dichas tasas elevadas desde mucho tiempo atrás¹⁰. Tales datos desvelan que la precariedad en dicho colectivo se ha convertido en una situación estructural y generalizada, advirtiendo la Organización Médico Colegial (OMC) que el 41% de los médicos de nuestro país son temporales y realizan una media de siete contratos al año, colocando con ello al Servicio Nacional de Salud en la mayor empresa de empleo temporal de España. Por su parte, el Informe de la Comisión Europea sobre el perfil sanitario en España¹¹ advierte, por un lado, que el porcentaje de enfermeros está muy por debajo

o si el significado y alcance del acto comunitario es claro («cuando la aplicación correcta del Derecho comunitario se impone con una evidencia tal que no deja lugar a duda razonable sobre la manera de resolver la cuestión planteada») o ha sido aclarado en decisiones previas (si se pide una respuesta a una «cuestión planteada materialmente idéntica a otra cuestión que ya ha sido objeto de una decisión prejudicial en caso análogo» o «puede resultar de una jurisprudencia establecida por el Tribunal, cualquiera que sea la naturaleza de los procesos que hayan dado lugar a esa jurisprudencia, incluso a falta de una estricta identidad de las cuestiones en litigio»). Al respecto, véase la sentencia de 6 de octubre de 1982, Asunto CILTIF, C-283/81, apartados 7 a 14). En definitiva, una cuestión prejudicial es necesaria cuando la respuesta prejudicial puede condicionar el resultado del litigio nacional. Además, es necesario que existan dudas razonables acerca de la interpretación y/o la validez de la norma comunitaria que puede ser aplicada. Sobre esta materia véase CIENFUEGOS MATEO, M.: “Juez nacional-Tribunal de Justicia: la cuestión prejudicial” en BENEYTO PÉREZ, JM (Dir), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Tomo 5, Aranzadi Thomson Reuters, 2012, págs. 549 y ss.

⁷ DO 1999, L 175.

⁸ STJUE de 4 de julio de 2006, *Asunto Adelener y otros*, C-212/04; STJUE de 3 de julio de 2014, *Asunto Fiamingo y otros*, C-362/13, C-363/13 y C-407/13, STJUE de 26 de noviembre de 2014, *Asunto Mascolo y otros*, C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13 y STJUE de 14 de septiembre de 2016, *Asunto Elena Pérez López*, C-16/15.

⁹ Véase al respecto la STJUE de 3 de julio de 2014, *Asunto Fiamingo y otros*, C-362/13, C-363/13 y C-407/13.

¹⁰ Según el INE la temporalidad en el sector sanitario público alcanzó en el año 2017 el 33% del personal, y en la privada un 25%; en el año 2016 el sector público sanitario era del 28% y el privado del 18%; en 2015 un 30,48%; en 2008 el porcentaje en el sector sanitario público era del 34,6% y en 2011 del 31,2%.

¹¹ State of Health in the EU · España · Perfil sanitario nacional 2019, https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/state/docs/2019_chp_es_spanish.pdf

de la media europea (5,7 por cada 1000 habitantes frente al 8,5 de la UE) y, por otro lado, de la escasez de estos sanitarios y de su elevada temporalidad en España. Esta situación ha intentado corregirse en los últimos años, llegándose en 2017 a firmar un Acuerdo entre el Ministerio de Hacienda y Función Pública y los sindicatos más representativos para reducir la contratación temporal de este colectivo al 8% y aumentar la estabilidad laboral¹². Sus resultados, sin embargo, no han sido satisfactorios, tal como demuestra, por ejemplo, la precariedad laboral destapada como consecuencia de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19. La precariedad y temporalidad denunciada, en todo caso, no resulta justificada para la prestación de un servicio esencial para la sociedad que, en esencia, ha de ser permanente.

II. Orígenes del régimen jurídico diferenciado del personal estatutario de los Centros e Instituciones Sanitarias

5. El personal que presta servicios profesionales en los Centros e Instituciones sanitarias de la Seguridad Social en España han disfrutado de una regulación específica y diferenciada del resto del personal al servicio de las Administraciones Públicas desde mediados de los años sesenta del siglo pasado¹³. Así, antes de la regulación vigente contenida en el Estatuto Marco del personal estatutario aprobado por Ley 55/2003, de 16 de diciembre¹⁴, -en adelante EMPE- y que abarca a todo el personal de los centros e instituciones sanitarias, existían tres estatutos diferenciados para el mismo: el Estatuto del Personal Médico de 1966¹⁵, el Estatuto del Personal Sanitario no Facultativo de 1973¹⁶ y el Estatuto del Personal no sanitario al servicio de las Instituciones Sanitarias de 1971¹⁷.

La necesidad de mantener una regulación especial y separada del resto de empleados públicos se puso de manifiesto en las propias normas generales que regulaban la prestación de servicios públicos en el ámbito sanitario durante el siglo XX. Así, la primera de ellas fue la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la Reforma de la Función Pública, que no sólo mantuvo vigente el heredado régimen estatutario del personal de las Instituciones sanitarias en su totalidad sino que, además, señaló que el mismo sería objeto de una legislación especial¹⁸; por su parte, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad¹⁹, confirmó esta apreciación y señaló que un nuevo estatuto marco regularía la normativa básica aplicable al personal estatutario en todos los servicios de salud. Estas normas se configuran, desde entonces, como básicas, específicas y diferenciadas de las generales de los funcionarios públicos, y de ellas derivaba la conveniencia de una normativa propia para el personal de las Instituciones Sanitarias públicas debido, por un lado, a la necesidad de que el régimen jurídico se adaptara a las específicas características del ejercicio de las profesiones sanitarias y del servicio sanitario-asistencial, y, por otro lado, a las peculiaridades organizativas del Sistema Nacional de Salud que requería la adaptación a la organización política y territorial surgida tras la Constitución Española de 1978 con las Comunidades

¹² Este Acuerdo incorporó un proceso de estabilización del empleo temporal para reducir la tasa de temporalidad hasta el 8% en tres años, correspondiendo a la Administración sanitaria 237.070 plazas consolidadas de un total de 250.000. Por su parte, el II Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la mejora del empleo público y las condiciones de trabajo, aprobado por la Resolución de 22 de marzo de 2018 de la Secretaría de Estado de Función Pública (BOE nº 74, de 26 de marzo de 2018, acordó seguir avanzando en la línea del anterior acuerdo e incluyó la previsión de una tasa adicional para la estabilización del personal temporal en los servicios de salud pública e inspección médica.

¹³ Véase la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de base de la Seguridad Social, aprobado mediante Decreto 907/1966, de 21 de abril -BOE 22 y 23 de abril-, cuya Base Sexta se dedica a la Asistencia Sanitaria, y el Texto Refundido aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo -BOE 20 y 22 de julio-.

¹⁴ BOE nº 301 de 17 de diciembre.

¹⁵ Decreto 3166, de 23 de diciembre -BOE 30 de diciembre- del Estatuto jurídico del personal médico de la Seguridad Social.

¹⁶ Orden del Ministerio de Trabajo de 26 de abril de 1973 -BOE 28 y 30 de abril- por el que se aprueba el Estatuto del personal sanitario no facultativo al servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social.

¹⁷ Orden del Ministerio de Trabajo de 5 de julio de 1971 -BOE 22 de junio- por el que se aprueba el Estatuto del personal sanitario no facultativo al servicio de las instituciones Sanitarias de la Seguridad Social.

¹⁸ Véase la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 30/1984.

¹⁹ BOE nº 102 de 19 de mayo.

Autónomas. El Sistema Nacional de Salud se concibió, en definitiva, como el conjunto de los diferentes servicios de salud con un funcionamiento armónico y coordinado, atendido por un tipo diferenciado de empleado público: el personal estatutario de los Centros e Instituciones sanitarias.

En la misma línea, el Acuerdo para la Consolidación y Modernización del Sistema Nacional de Salud de 18 de diciembre de 1997 consideró imprescindible el establecimiento de un nuevo modelo de relaciones laborales para el personal estatutario de los Servicios de Salud a través de un Estatuto Marco que habría de desempeñar un papel nuclear en la evolución, desarrollo y consolidación del SNS. En este nuevo modelo se trataba de incrementar la motivación de los profesionales y su compromiso con la gestión, el establecimiento de un adecuado sistema de incentivos, la descentralización de los procesos de selección de promoción profesional, la personalización de las condiciones de trabajo, especialmente en lo relativo a retribuciones y niveles de dedicación o la adecuación de las dotaciones de personal a las necesidades efectivas de los Centros sanitarios. Preveía, en consecuencia, una regulación jurídica diferenciada de la prevista para el resto de empleados públicos en el ámbito sanitario público.

Dicho objetivo se consagra con la vigente Ley 55/2003, la cual se constituye en Bases del régimen estatutario del personal sanitario de los Servicios Públicos de Salud conforme a las previsiones del art. 149.1.18.a) de la Constitución Española, y deroga los tres estatutos de personal anteriormente mencionados, así como las disposiciones que los modificaron, complementaron o desarrollaron. Dicho Estatuto es, en definitiva, el marco básico de regulación de este personal, a lo que se suman las disposiciones que, en el ámbito de cada Comunidad Autónoma, desarrollen tal marco básico y general. Se consolida, en todo caso, la figura del personal estatutario en el sector sanitario y se articulan mecanismos para integrar en este Estatuto especial a otro personal funcionario o laboral al servicio de las instituciones sanitarias en todo el país²⁰.

6. Junto a la normativa básica del personal de los Centros e Instituciones Sanitarias, debe tenerse en cuenta que al mismo también se le aplica, supletoriamente, el Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, que regula los derechos y obligaciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas –en adelante, EBEP-. Esta norma tiene por objeto “establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos incluidos en su ámbito de aplicación” (art. 1.1 EBEP) y “determinar las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas” (art. 1.2 EBEP), e indica específicamente que “el personal estatutario de los Servicios de Salud se regirá por la legislación específica dictada por el Estado y por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias” (art. 2.3 EBEP) y por lo previsto en el propio Estatuto excepto en lo previsto en ciertas materias. Así, no se aplica el EBEP en lo relativo a carrera profesional y promoción interna (capítulo II del Título III), sin perjuicio de que dentro de dicho capítulo se le aplique lo previsto en materia de evaluación de desempeño, retribuciones complementarias y la movilidad voluntaria entre Administraciones Públicas (art. 2.3 EBEP). No obstante, el EBEP tiene, aplicación sub-

²⁰ Téngase en cuenta que la existencia de una única relación de empleo para todos los trabajadores de los Servicios de Salud en general permite una mejor y más racional gestión de los recursos humanos que redundará en una mejora del propio personal, al unificar todas las relaciones de empleo existentes. La Disposición Adicional Quinta del Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud de 2003, permitía a las Administraciones sanitarias públicas, al objeto de homogeneizar las relaciones del personal, establecer los procedimientos para la integración directa, con carácter voluntario, en la condición de personal estatutario, en la categoría y titulación equivalente, de quienes presten servicio en centros, instituciones o servicios con la condición de funcionario de carrera o en virtud de contrato laboral fijo. Esta Disposición señalaba también que se podrán establecer procedimientos para la integración directa del personal laboral temporal y funcionario interino en la condición de personal estatutario temporal, en la categoría, titulación y modalidad que corresponda. Al respecto, puede verse, por ejemplo, el Decreto 67/2011, de 29 de marzo, sobre integración del personal funcionario y laboral en la condición de personal estatutario de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, BOPV nº 71, de 12 de abril de 2011; en Castilla y León puede verse el Decreto 16/2014, de 24 de abril y el Decreto 18/2018, de 7 de junio (BOCLY nº 113, de 13 de junio) y la Orden SAN/761/2018, de 3 de julio (BOCYL nº 129, de 5 de julio). En Andalucía, antes del Estatuto Marco, puede verse la Orden de 29 de octubre de 2002 (BOJA nº 129 de 5 de noviembre de 2002. Sobre esta materia véase la STC 183/2016, de 3 de noviembre de 2016, que declaró inconstitucional y nulo el apartado 2 de la disposición adicional decimosexta de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del estatuto marco del personal estatutario de los Servicios de Salud, añadido por el art. 10.4 del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

sidiara respecto del personal estatutario de ámbito sanitario ya que el mismo tiene “carácter supletorio para todo el personal de las Administraciones Públicas no incluido en su ámbito de aplicación” (art. 2.5 EBEP) y, además, cada vez que el EBEP hace mención al personal funcionario de carrera “se entenderá comprendido el personal estatutario de los Servicios de Salud”²¹. Al personal estatutario se le aplica, por tanto, el EBEP y, por ello, también, como veremos, el polémico art. 70 del EBEP relativo a la provisión de plazas, además del art. 10.4 del mismo que señala que la cobertura de plazas ocupadas por personal temporal –interino- deben incluirse en la oferta de empleo público al ejercicio que corresponde su nombramiento y, si no fuera posible, en el siguiente salvo que se decida su amortización.

III. La preferencia por la vinculación permanente del personal con la Administración Pública Sanitaria

7. Tanto la normativa española como la europea parten de una premisa clara en relación con la duración de vínculo profesional laboral, estatutario o funcional: su preferencia por la estabilidad o permanencia. Esta preferencia se extiende, pues, al ámbito privado y público sin que la naturaleza jurídica de la relación que vincula al empleado con su empleador desdibuje dicha regla general. En tal sentido, el Acuerdo Marco incorporado a la Directiva 99/70/CE señala en su Preámbulo que “las partes de este Acuerdo reconocen que los contratos de duración indefinida son, y seguirán siendo, la forma más común de relación laboral entre empresarios y trabajadores”, haciendo extensible esta preferencia, conforme al apartado 1 de la Cláusula 2 del Acuerdo Marco y a la jurisprudencia comunitaria, a la relación de empleo público laboral, funcional o estatutaria²². La normativa española, por su parte, establece esa preferencia en el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores para los empleados del sector público o privado y, si bien ni el EBEP ni el EM contienen norma expresa en tal sentido para el personal funcionario o estatutario, dicha preferencia también puede deducirse de su articulado²³. Se establece por ello una regla general encaminada a favorecer la fijeza o permanencia de toda prestación laboral o profesional subordinada²⁴. Esta regla exige, en consecuencia, la existencia de causa justificativa para la contratación o el nombramiento temporal, la cual debe ser establecida mediante ley y reunir, como veremos, ciertos requisitos al objeto de evitar abusos o fraude en la misma.

8. Es, precisamente, la estabilidad en el empleo el componente primordial a tener en cuenta para la protección de los trabajadores en el marco europeo, obligando a que las normativas nacionales sobre contratación temporal deban interpretarse de manera que no pongan en peligro dicho objetivo de estabilidad. En España, la búsqueda de una mayor flexibilidad en el mercado de trabajo ha fomentado durante décadas un mayor dualismo del mercado de trabajo entre empleados de duración determinada e indeterminada, manteniéndose deliberadamente dicha situación, por un lado, en las reformas laborales de 1994, 1997, 2001, 2006, 2010 y 2012 y, por otro, en los modernos estatutos -general y especial- de personal funcionario y estatutario. No se ha luchado de manera real y efectiva contra el fraude en la contratación o nombramientos temporales de personal y a favor de la estabilidad laboral, generando ello una incorrecta o deficiente transposición del Acuerdo Marco que pone en cuestión, sin duda, el llamado

²¹ Conforme al art. 2.4 del EBEP, cada vez que el EBEP hace mención al personal funcionario de carrera “se entenderá comprendido el personal estatutario de los Servicios de Salud”, teniendo el mismo “carácter supletorio para todo el personal de las Administraciones Públicas no incluido en su ámbito de aplicación”.

²² STJUE de 9 de julio de 2015, *Asunto Regojo Dans vs Consejo de Estado*, C-177/14; STJUE de 9 de febrero de 2012, *Asunto Lorenzo Martínez*, C-556/2011 y STJUE de 8 de septiembre de 2011, *Asunto Rosado Santana*, C- 177/10.

²³ Véase, por ejemplo, en el EBEP, la Disposición Transitoria Cuarta sobre consolidación del empleo temporal a través de procesos selectivos o la Disposición Transitoria Segunda sobre la participación en procesos selectivos con el objetivo de funcionarizar al personal laboral que desempeña determinadas actividades reservadas a funcionarios de carrera o el art. 70 sobre oferta de empleo público.

²⁴ Véase la STJUE de 13 de marzo de 2014, *Asunto Márquez Samohano*, C-190/13 y STJUE de 14 de septiembre de 2016, *Asunto Elena Pérez López*, C-16/2015; también, STS de 1 de junio de 2017 –rec. 2890/2015 y STS de 22 de junio de 2017 –rec. 3047/2015.

«efecto útil» de las Directivas comunitarias, es decir, la finalidad que, dentro del marco de los Tratados constitutivos, persiguen las instituciones comunitarias al adoptar una norma²⁵.

9. La temporalidad en la Administración Pública española se produce por distintas vías: en primer lugar, mediante la contratación o nombramientos temporales directos (bajo régimen privado o público); en segundo lugar, a través de la utilización de subcontratas con empresas colaboradoras externas a la Administración Pública (cesión ilegal); en tercer lugar, mediante la contratación de personal a través de programas anuales con financiación externa a la propia Administración Pública contratante y, en cuarto lugar, por sentencia judicial cuando se reconoce la existencia de trabajadores «indefinidos no fijos». Lamentablemente, nuestro ordenamiento jurídico no ha reforzado el requisito de causalidad para reducir la excesiva contratación o nombramientos temporales sin motivos justificados, siendo la jurisprudencia europea la que ha debido señalar las carencias de nuestro ordenamiento interno al respecto.

IV. Modalidades de nombramiento temporal de personal estatutario en las Instituciones Sanitarias

10. El personal que presta servicios en las Instituciones Sanitarias del Servicio Público de Salud se clasifica, por un lado, en personal estatutario sanitario y, por otro lado, en personal estatutario de gestión o servicios. La distinción principal de esta clasificación genérica consiste en la realización o no de tareas relacionadas directamente con la salud de los ciudadanos. Los sanitarios son, principalmente, médicos, personal de enfermería o auxiliares, mientras que el personal de gestión y servicios se encargan de tareas indirectas derivadas de la atención sanitaria efectuadas en los Centros e Instituciones Sanitarias (personal administrativo, de mantenimiento, letrados...). Elemento común a ambos tipos de personal estatutario es, precisamente, su realización en los Centros o Instituciones de Salud.

11. En función de la duración del vínculo, el personal estatutario puede ser fijo o temporal. Se considera personal fijo el que “una vez superado el correspondiente proceso selectivo, obtiene un nombramiento para el desempeño con carácter permanente de las funciones que de tal nombramiento se deriven” (art. 8 EMPE). El personal estatutario fijo equivale, por tanto, al funcionario de carrera regulado en el art. 9 del EBEP, es decir, a aquéllos que “en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente”. La definición conceptual resulta, en la práctica, común a ambos tipos de personal, siendo la prestación de servicios a una concreta Administración Pública –la sanitaria- la que determina la diferente calificación -aunque, como vimos, el EBEP también extiende su aplicación al personal estatutario de los Servicios de Salud-. La precisión sobre el ejercicio de potestades públicas o de salvaguarda de intereses generales del Estado o de las AAPP que incluye el art. 9.2 del EBEP en su definición de funcionario de carrera resulta innecesaria respecto del personal estatutario fijo, pues las funciones que desempeña el personal estatutario son, simplemente, las que tienen lugar “en los centros e instituciones sanitarias de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas o en los Centros o Servicios Sanitarios de la Administración General del Estado” (art. 2.1 EMPE).

Por su parte, será personal con nombramientos o contratos de duración determinada quienes presten servicios para dichas Instituciones “por razones de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario” (art. 9.1 EMPE). Este personal temporal equivale, sin duda, al personal funcionario interino regulado en el art. 10 del EBEP, señalando el EM que los nombramientos de dicho personal temporal “podrán ser de interinidad, de carácter eventual o de sustitución”.

12. Respecto de las modalidades temporales de contratación, el art. 9.2 EMPE señala que “el nombramiento de carácter *interino* se expedirá para el desempeño de una plaza vacante de los centros o servicios de salud, cuando sea necesario atender las correspondientes funciones”. Esta modalidad de personal estatutario interino es equivalente a la prevista en el art. 10.1. a) del EBEP para el funcionario

²⁵ Sobre esta materia pueden verse las SSTC 232/2015, de 5 de noviembre y 215/2014, de 18 de diciembre.

interino por vacante —y, en caso de personal interino laboral, a la prevista en el art. 4 del RD 2720/1998, de 18 de diciembre, en desarrollo del art. 15 del Estatuto de los Trabajadores—. La causa de esta modalidad de nombramiento temporal es, pues, compartida en los tres estatutos de personal al servicio de las Administraciones Públicas, generando similares problemas y diferentes resultados en cuanto a las consecuencias de la extinción²⁶. En todo caso, según el EMPE, el cese del personal estatutario interino se producirá “cuando se incorpore personal fijo, por el procedimiento legal o reglamentariamente establecido, a la plaza que desempeñe, así como cuando dicha plaza resulte amortizada”. La cobertura definitiva de la plaza realizada conforme al procedimiento oportuno o la amortización de la misma generan, por tanto, los únicos supuestos de extinción del nombramiento temporal.

El EMPE no establece expresamente una duración máxima a esta modalidad contractual ni ninguna medidas para evitar abusos en dichos nombramientos temporales, contraviendo claramente, como veremos más adelante, las exigencias de la normativa europea contenida en la Cláusula 5 de la Directiva 99/70/CE. Por su parte, para la interinidad por vacante, el EBEP dispone que “las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización” (art. 10.4 EBEP); el art. 70.1 EBEP, por su parte, establece que “las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años”. La aplicación de estos dos preceptos al personal sanitario ya no debería cuestionarse *ex art. 2.2 EMPS y art. 2.3 y 2.5 EBEP*, si bien el incumplimiento de estas obligaciones de organización interna del personal no conlleva sanción alguna al empleador público ni repercusión favorable respecto del empleado público, configurándose como un privilegio de la Administración Pública en materia de personal²⁷. Ello contrasta, en consecuencia, con lo que sucede para el empleado público temporal bajo régimen laboral —sometido, pues, al ET en esta materia—, para los que se prevé la posibilidad de que, ante situaciones de abuso o irregularidades en la contratación, se transforme su condición temporal en indefinida a través de la figura del “trabajador indefinido no fijo”, la cual ha dado lugar a un complejo e interesante debate jurisprudencial, aún no resuelto definitivamente, sobre las consecuencias de su extinción²⁸. Esta consecuencia es común y extensible a cualquier contrato de duración determinada, salvo

²⁶ Puede verse, entre otros, MONEREO PÉREZ, JL Y ORTEGA LOZANO, PG.: “Sobre la diferencia de trabajo entre trabajadores fijos y no fijos de la Administración Pública: a propósito del Acuerdo Marco y de la reciente jurisprudencia del TJUE (y propuesta de readmisión in natura”, *Revista de Derecho Social* n° 84, 2018, págs. 193 y ss; ALFONSO MELLADO, CL.: “¿Interino indefinido?” Dos sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2018”, *Revista de Derecho Social* n° 84, págs. 147 y ss.

²⁷ Sobre estos privilegios véase, en detalle, MARÍN ALONSO, I.: “Modernización del empleo público y crisis económica: el incremento de abusos en la contratación temporal y la nueva figura del “funcionario interino temporalmente indefinido”, *Revista Derecho Social y Empresa* n° 11, 2019, pág. 11 a 20.

²⁸ Tras un largo y complejo proceso evolutivo, el Tribunal Supremo ha alcanzado las siguientes conclusiones: primera, que cuando la extinción del «contrato indefinido no fijo» se produce por amortización de la plaza —es decir, en realidad por una causa organizativa— debe procederse al despido por causa objetivo o colectivo *ex arts. 51 y 52 TRET* de conformidad con la Disposición Adicional 16ª del TRET —Cfr. STS (ud) de 24 de junio de 2014—; segunda, que cuando la extinción del «contrato indefinido no fijo» se produce por la cobertura definitiva de la vacante, en tal caso, no se trata de un despido, sino de la producción de la causa prevista en el art. 49.1.c) del TRET, es decir, de una extinción fundamentada en la “expiración del tiempo convenido” y no, por tanto, en “las causas válidamente consignadas en el contrato” *ex art. 49.1.b)* como ocurre con los contratos de interinidad —Cfr. la reciente STS (ud) de 7 de noviembre de 2016—; tercera, que cuando el contrato de duración determinada que deviene «indefinido no fijo» por utilización fraudulenta de la contratación temporal o por la existencia de irregularidades en la contratación es un contrato de interinidad, tanto por cobertura de vacante como por sustitución de trabajadores con reserva de su puesto de trabajo, se aplica también la regla prevista en el supuesto anterior. Así, cuando el contrato de interinidad deviene «indefinido no fijo», su extinción deberá ser indemnizada conforme a lo previsto en el art. 49.1 c) TRET o conforme al despido objetivo según la causa motivadora de dicha extinción. Sobre ello, MARÍN ALONSO, I.: “El trabajador «indefinido no fijo» y condiciones de trabajo en régimen de interinidad”, *Trabajo y Derecho* n° 3, 2017, págs. 14 y ss.

de aquellas modalidades que expresamente están excluidos del Acuerdo Marco, es decir, “los contratos temporales de formación y aprendizaje y los realizados en el marco de programas específicos de formación, inserción y reconversión profesional de naturaleza pública o sostenido por los poderes públicos” (Cláusula 2 del Acuerdo Marco).

13. Por otro lado, conforme al apartado 3 del artículo 9 EMPE, “el nombramiento de carácter *eventual* se expedirá en los siguientes supuestos: a) Cuando se trate de la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria. b) Cuando sea necesario para garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios. c) Para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria”. En este caso, la figura del personal estatutario eventual plantea algunos problemas importantes en relación a la causa justificativa del nombramiento temporal pues, en realidad, sólo la primera y tercera causa parecen responder a la naturaleza temporal o coyuntural de la contratación. El funcionamiento permanente y continuado de los servicios sanitarios genera importantes dudas sobre si la prestación de un servicio esencial para la comunidad deba dar lugar, sin limitaciones, a condiciones precarias y temporales de empleo. No obstante, la doctrina judicial europea ha considerado ajustada tal previsión a la normativa europea en la medida que dichos nombramientos temporales pueden obedecer a circunstancias específicas y concretas que caracterizan una determinada actividad²⁹. Sólo el supuesto de sucesión de contratos por tales motivos generará, en su caso, la posible vulneración de derechos del personal estatutario a la luz del derecho comunitario pues la justificación del contrato temporal no se extiende, sin más, a la contratación sucesiva por la misma causa³⁰. Se mantiene, por tanto, la regla de que la celebración de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada sólo se admite cuando se trate de satisfacer necesidades provisionales de personal. Entender lo contrario equivaldría a vulnerar la regla general que establece que la necesidad permanente de la actividad profesional impide la contratación temporal. De hecho, ya la STJUE de 16 de septiembre de 2016, *Asunto Elena Pérez López*, entendió que la celebración de estos contratos debía limitarse a satisfacer necesidades provisionales y no permanentes de la Administración Sanitaria, por lo que la renovación de contratos o relaciones de duración determinada para cubrir necesidades que, de hecho no tienen carácter provisional, sino permanente y estable, no está justificada conforme a la cláusula 5, apartado 1, letra a) del Acuerdo Marco.

Por su parte, el cese del personal estatutario eventual tendrá lugar “cuando se produzca la causa o venza el plazo que expresamente se determine en su nombramiento, así como cuando se supriman las funciones que en su día lo motivaron”. No se establece previsión específica de cese para la causa b) del art. 9.3 EMPE aunque pueda quedar subsumida en la genérica referencia al vencimiento del plazo que determine el nombramiento del contrato temporal. Esta inseguridad jurídica favorece la temporalidad del personal pues no se exige, por ejemplo, que el cese en tal supuesto obedezca al nombramiento permanente de personal para garantizar el funcionamiento de los servicios sanitarios. Es importante señalar, además, que el EMPE no establece una duración máxima para estos contratos de duración determinada, debiendo aplicarse, en principio, los límites generales establecidos en el EBEP al efecto³¹. Como medida de garantía para la estabilidad en el empleo sólo se prevé que “si se realizaran más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, procederá el estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si

²⁹ Véase la STJUE de 14 de septiembre de 2016, *Asunto Elena Pérez López*, C-16/15.

³⁰ Señala la STJUE de 14 de septiembre de 2016, *Asunto Elena Pérez López*, C-16/15 que “debe entenderse que el concepto de “razones objetivas” a efectos de la cláusula 5, apartado 1, letra a) del Acuerdo Marco, se refiere a las circunstancias específicas y concretas que caracterizan una determinada actividad y que, por tanto, pueden justificar en ese contexto particular la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada. Tales circunstancias pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran esos contratos y en las características inherentes a estas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro”.

³¹ El art. 10.1 EBEP establece la duración máxima de los contratos temporales de la siguiente manera: “c) La ejecución de programas de carácter temporal, que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto. d) El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses.

procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro”. Esta medida queda enteramente a discreción del empleador sanitario y no tiene efecto coercitivo por lo que, en puridad, tampoco se ajusta, como veremos, a las previsiones europeas respecto a los nombramientos temporales.

14. Por último, el nombramiento de *sustitución* tendrá lugar “cuando resulte necesario atender las funciones de personal fijo o temporal, durante los períodos de vacaciones, permisos y demás ausencias de carácter temporal que comporten la reserva de la plaza”, teniendo lugar el cese de estos nombramientos “cuando se reincorpore la persona a la que sustituya, así como cuando ésta pierda su derecho a la reincorporación a la misma plaza o función”. Esta modalidad contractual equivale, por un lado, a la figura del nombramiento interino por sustitución regulado en el art. 9 EBEP y, por otro, al contrato de interino por sustitución del art. 15.1.c) del ET. No se prevé, para ninguna de ellas, medidas que favorezcan la estabilidad en el empleo en supuestos de sustituciones de larga duración como, por ejemplo, para sustituir a trabajadores que hacen uso de excedencias forzosas.

15. Conforme al art. 9.5 EMPE debe también tenerse en cuenta que “al personal estatutario temporal le será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general del personal estatutario fijo” (art. 9.5 EMPE). Ello supone que el carácter temporal de la relación de servicios de este personal no debe privar al mismo del disfrute de determinadas condiciones de trabajo o empleo que disfruta el personal fijo ya que ello vulneraría no sólo el precepto mencionado sino, también, la normativa europea sobre contratación temporal contenida en la Directiva 99/70/CE, de 28 de junio, que proclama el principio de igualdad y no discriminación³².

V. La problemática sobre el carácter «sucesivo» de nombramientos temporales de personal estatutario en las Instituciones Sanitarias.

16. El apartado 2 de la cláusula 5 del Acuerdo Marco remite a las autoridades nacionales la determinación de las modalidades concretas de aplicación del término «sucesivos». No obstante, el margen de apreciación de los Estados al respecto no es ilimitado pues no debe ponerse en riesgo el objetivo o el efecto útil de dicho Acuerdo. La doctrina judicial comunitaria señala que “en particular, las autoridades nacionales no deben ejercitar esta facultad de apreciación de tal modo que se llegue a una situación que pueda dar lugar a abusos, lo que sería contrario al mencionado objetivo”³³.

La doctrina judicial concibe el concepto de renovación o sucesión contractual como un “concepto clave” para determinar el propio ámbito de aplicación del Acuerdo Marco, por lo que los límites a la facultad de apreciación del mismo por las legislaciones nacionales también deben ser valorados en función del objetivo pretendido por la norma, es decir, la consecución de estabilidad y la no permisividad de abusos que perjudiquen a los empleados. La reciente doctrina del TJUE exige, en tal sentido, que la posible renovación o sucesión de nombramientos temporales esté también revestida de una justificación coyuntural, extraordinaria o temporal. Tal razonamiento obedece al criterio de que el objetivo principal a alcanzar por la normativa europea es afianzar la lucha frente a los abusos en la contratación de duración determinada, sin que pueda permitirse la existencia de una norma legal o convencional que tolere el mantenimiento *sine die* de un vínculo temporal a través de las posibles renovaciones de los nombramientos o contratos. No cuestiona en tal caso la necesidad temporal inicial que justifica objetivamente el nombramiento de una relación de duración determinada pero niega que dicha causa se extienda automáticamente en el tiempo a la causa que motiva la renovación sin comprobar si la misma obedece a necesidades permanentes del empleador.

³² Véase la STJUE de 20 de diciembre de 2017, *Asunto Montero Matos*, C-677/16 y STJUE de 25 de enero de 2018, *Asunto Vernaza Ayovi*, C-96/17. Un estudio detallado sobre ello puede verse en MARÍN ALONSO, I.: “El alcance del principio de igualdad y no discriminación en condiciones de trabajo y sus límites en el empleo público: la no portabilidad entre regímenes de personal de distinta naturaleza”, *Revista de Derecho Social* nº 84, 2018, págs. 217 y ss.

³³ SSTJUE de 4 de julio de 2006, *Asunto Adelener y otros*, C-212/2004, apartado 82 y de 19 de marzo de 2020, *Asunto Domingo Sánchez y Berta Fernández y otras*, C-103/18 y C-429/18, párrafo 58.

A) Los nombramientos «sucesivos» en la Administración Pública Sanitaria

17. Conforme a la doctrina del TJUE, la sucesión temporal de nombramientos de duración determinada es considerada una “fuente potencial de abusos en perjuicio de los trabajadores”. Esta situación obliga a establecer un cierto número de disposiciones protectoras mínimas con objeto de evitar la precarización de la situación de los asalariados”³⁴. En tal dirección, la regulación española somete a límites la sucesión contractual de duración determinada respecto del trabajador por cuenta ajena incluido en el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores. A tal efecto, el art. 15.5 señala que, sin perjuicio de lo dispuesto en el contrato para obra o servicio determinado o para los supuestos de existencia de defectos formales, o en casos de fraude de ley, “los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, *mediante dos o más contratos temporales*, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos”. Tal previsión es aplicable también a los supuestos de sucesión o subrogación empresarial -legal o convencional- pero no se extiende “a los contratos formativos, de relevo e interinidad, a los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, así como a los contratos temporales que sean utilizados por empresas de inserción debidamente registradas y el objeto de dichos contratos sea considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado”.

Además, en el control de la mencionada regla destinada a limitar la duración de los contratos temporales a través de la renovación o sucesión de los mismos desempeña un papel importante la negociación colectiva, sobre todo, la de ámbito empresarial, disponiendo el precepto legal que “atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo, la negociación colectiva establecerá requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal”.

18. No obstante, la previsión limitativa de la sucesión de contratos de duración determinada no existe en el sector sanitario español. El EMPS se limita a señalar en su art. 9.3 in fine EMPS que “si se realizaran más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, procederá el estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro”. Tal previsión no supone, en realidad, un límite al número de nombramientos temporales y no se ajusta, como veremos, a las exigencias comunitarias en materia de contratación de duración determinada por dos razones: la primera, por no configurarse como una medida eficaz para prevenir abusos o disuadir de la contratación temporal al no establecer sanción alguna por el incumplimiento de la medida y, la segunda, por dejar en manos de la propia Administración sanitaria la procedencia de crear plazas estructurales en la plantilla de los centros hospitalarios tras la realización de dos o más nombramientos –de doce o más meses de duración en un período de dos años- para la prestación de un mismo servicio (art. 9). Esta discrecionalidad, en la práctica, vacía de contenido el objetivo de la norma, dejando sin garantías la aspiración a la continuidad del empleo de los empleados públicos del sector sanitario.

19. La doctrina comunitaria entiende que en las Administraciones que disponen de numeroso personal, como ocurre en el sector sanitario, “es inevitable que con frecuencia sean necesarias sustituciones temporales” a causa de diversos factores que constituyen una razón objetiva conforme a la cláusula 5, apartado 1, letra a) del Acuerdo Marco. Añade, además, que la Administración Sanitaria tiene “la obligación de organizar los servicios de salud de forma que se garantice la adecuación constante entre el personal sanitario y el número de pacientes” y que dicha organización depende de un gran número de factores que pueden reflejar una necesidad particular de flexibilidad que [...] puede justificar objetiva-

³⁴ STJUE de 19 de marzo de 2020, C-103/18 y C-429/18, párrafo 111.

mente en este sector específico [...] el recurso a sucesivos nombramientos de duración determinada”. No obstante, la STJUE de 19 de marzo de 2020 introduce como novedad, y en parecidos términos a lo señalado en la STJUE de 14 de septiembre de 2016 –Asunto Pérez López, C16/15–, que las circunstancias mencionadas no permiten, en cambio, la renovación de nombramientos temporales para desempeñar de modo permanente y estable funciones de los servicios de salud incluidas en la actividad normal del personal estatutario fijo. Sostiene este importante pronunciamiento que “la renovación de contratos o relaciones laborales de duración determinada para cubrir necesidades que, de hecho, no tienen carácter provisional, sino permanente y estable, no está justificada conforme a la cláusula 5, apartado 1, letra a) del Acuerdo Marco, en la medida en que la utilización de contratos o relaciones laborales de duración determinada se opone directamente a la premisa en la que se basa dicho Acuerdo Marco, a saber, que los contratos de trabajo de duración indefinida constituyen la forma más común de la relación laboral aunque los contratos de duración determinada sean característicos del empleo en algunos sectores o para determinadas ocupaciones o actividades”.

La renovación sucesiva de los contratos temporales requiere, en consecuencia, que se compruebe que efectivamente se trata de atender la necesidad provisional y no limitarse a la posibilidad legal que facilita la contratación temporal ante una situación objetiva. Las razones objetivas para la contratación o nombramientos de duración determinada se refieren, en todo caso, a circunstancias específicas y concretas que caracterizan una determinada actividad, y tales circunstancias pueden tener su origen en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran esos nombramientos y las características inherentes a estas o, eventualmente, a la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de los Estados. No obstante, en la renovación de tales nombramientos no puede aceptarse, sin más, el hecho de que una norma nacional –legal o reglamentaria– lo autorice de manera general y abstracta. En concreto, en el asunto C103/18 se acredita que los nombramientos sucesivos de los empleados -200 nombramientos- habían durado, al menos, 12 años consecutivos y no respondían a meras necesidades provisionales de la Comunidad de Madrid, sino que tenían por objeto atender necesidades permanentes y estables de personal. La necesidad objetiva que, en su momento, pudo llevar a una contratación de duración determinada (*ex* cláusula 5.1 a) del Acuerdo Marco o *ex* art. 9 EMPE) no puede extenderse, sin más, a las sucesiones o renovaciones de tales nombramientos temporales pues éstos también han de obedecer a una causa justificativa de carácter temporal que no se producirá cuando la necesidad a cubrir se destapa como permanente, estable y continuada.

20. La constatación de abuso en la renovación de nombramientos de duración determinada se enmarca, además, en otros argumentos adicionales a tener en cuenta como el inusual y “elevado porcentaje de empleados públicos temporales” en el sector sanitario español que, por sí mismo, hace inducir que dicha temporalidad es un “elemento esencial del funcionamiento de dicho sector”³⁵. Es por ello que se produce un mecanismo de retroalimentación para la contratación de duración determinada, convirtiéndose en un problema estructural en el sistema sanitario español.

21. Ante la situación de abuso constatado en el sector sanitario español, el TJUE entiende que el Derecho de la Unión “es contrario a que una norma nacional permita la renovación de nombramientos temporales para atender necesidades permanentes y estables, señalando que, en tales casos, la situación de precariedad de tales trabajadores se convierte en permanente pese a que el Estado español tiene déficit de puestos fijos en dicho sector”. La STJUE de 19 de marzo de 2020 señala expresamente que la normativa europea “se opone a una normativa y a una jurisprudencia nacionales en virtud de las cuales la renovación sucesiva de relaciones de servicio de duración determinada se considera justificada por razones objetivas con arreglo al apartado 1, letra a), de dicha cláusula, por el mero motivo de que tal renovación responde a las causas de nombramiento previstas en esa normativa, es decir, razones de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario, en la medida en que dicha normativa y jurisprudencia nacionales no impide que el empleador de que se trate dé respuesta, en la práctica, mediante esas renovaciones, a necesidades permanentes y estables en ma-

³⁵ STJUE de 19 de marzo de 2020, C-103/18 y C-429/18, párrafo 79.

teria de personal”. En consecuencia, y pese a que la ley nacional disponga lo contrario, no existe razón objetiva que justifique la renovación de los nombramientos temporales del personal sanitario conforme al Derecho de la Unión Europea cuando la necesidad a cubrir se destapa como permanente y estable.

B) La delimitación del carácter sucesivo de los nombramientos temporales en el sector sanitario

21. La STJUE de 20 de marzo de 2019 plantea una cuestión interesante en orden al cumplimiento del requisito exigido por la normativa europea respecto del carácter sucesivo de la prestación de servicios. En el *Asunto Domingo Sánchez*, C-103/18, se analiza la situación de un empleado público que, en 1999, es contratado como personal estatutario interino para cubrir un puesto de la categoría “Grupo Técnico Función Administrativa” y desempeñar funciones de informático. En 2011 se le cesa debido a la supresión de su categoría de personal e, inmediatamente, se le nombra como personal estatutario interino por cobertura de vacante, en la categoría denominada “personal estatutario del ámbito de las tecnologías de la información y las comunicaciones”. No obstante, desempeña siempre las mismas funciones, en el mismo puesto, de manera constante y continuada. Se añade como elemento a tener en cuenta que no concurrió a los procesos selectivos organizados para su especialidad para acceder a la condición de personal estatutario fijo entre los años 1999 y 2015. En diciembre de 2016, el Sr. Sánchez solicitó a la Comunidad de Madrid que se le reconociera la condición de personal estatutario fijo o, con carácter subsidiario, de empleado público con un estatuto similar bajos los principios de permanencia e inamovilidad, alegando el comportamiento abusivo de su empleador en base a la utilización sucesiva de relaciones laborales de duración determinada en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada incorporado a la Directiva 1999/70/CE. La Comunidad Autónoma denegó su solicitud al considerar que no se habían producido sucesivas relaciones laborales de duración determinada, sino que se trataba, en su caso, de una única relación de servicios dado que su segundo nombramiento se produjo como consecuencia de una reforma legal de las categorías de personal que, en su día, el empleado no impugnó. El empleador considera, además, que el acceso a la condición de personal estatutario fijo requiere la superación de un proceso selectivo y que, conforme al Derecho español, el empleado sólo podría aspirar, en su caso, a convertirse en “miembro del personal indefinido no fijo”, es decir, en la categoría prevista para el trabajador regulado por el Estatuto de los Trabajadores en los supuestos de contratación irregular o fraude.

22. El orden jurisdiccional competente para conocer de los litigios entre el personal estatutario y la Administración sanitaria es, tras el EMPS, el Contencioso-Administrativo³⁶. Debe tenerse en cuenta que la atribución de esta competencia al Orden Contencioso-administrativo ha sido muy polémica, si bien la doctrina de unificación del Tribunal Supremo ha sido clara en la STS (Sala 4ª) ud de 17 de mayo de 2018 (rec. 3598/2016)³⁷, sin perjuicio de que exista un criterio diferente de atribución de competencia según la concreta materia que reclame el personal estatutario como ocurre, por ejemplo, en el caso de ejercicio de acciones tendentes a reclamar a la Administración Sanitaria por infracción en materia de prevención de riesgos, en cuyo caso, la STS (Sala 3ª) ud de 8 de marzo de 2018 –rec. 810/2015- atribuye la competencia al Orden Social.

Es, por ello, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 8 de Madrid el que conoce del asunto que analizamos y se plantea si la realidad del Sr Sánchez se caracteriza por la existencia de una única relación de servicio de duración determinada o si, por el contrario, se trata de dos relaciones de servicio de este tipo conforme a lo requerido en la cláusula 5 del Acuerdo Marco que señala la obligación de

³⁶ Respecto al cese en la actividad véase SELMA PENALVA, A.: “El cese en la prestación de servicios para la Administración Pública. Diferencias y similitudes entre la jurisdicción social y la contencioso-administrativa”, *Revista Derecho Social y Empresa* nº 9, 2018, págs. 64 y ss.

³⁷ Téngase en cuenta que con anterioridad a la entrada en vigor del EMPS, la doctrina del TS atribuía la competencia en la materia al Orden Jurisdiccional Social al entender que el art. 45.2 de la LGSS de 1974 seguía vigente conforme a la Disposición Derogatoria Única del RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio (entre otras, SSTs de 19 y 20 de diciembre de 2006 –rec.3747/2005 y 4797/2005-).

los Estados miembros de la UE de establecer medidas legales para prevenir los abusos en la contratación temporal cuando sea consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada. El razonamiento del Juzgado para entender vulnerado el Acuerdo Marco en este aspecto se basa en que el nombramiento del Sr. Sánchez conforme al art. 9.1 EMPE conlleva la aplicación de los artículos 10 y 70 del EBEP, es decir, la obligatoriedad de incluir la plaza ocupada en la oferta de empleo público correspondiente al año en el que se produjo su nombramiento o al año siguiente (art. 10.4 EBEP) o, en cualquier caso, dentro de los tres años siguientes a dicha fecha (art. 70 EBEP). El incumplimiento de las mencionadas obligaciones empresariales, derivadas de dichos preceptos del EBEP, lleva al Juez a considerar que la relación de servicios del Sr. Sánchez ha sido prorrogada implícitamente de año en año aunque tenga la apariencia formal de una única relación de servicios. Entiende, en consecuencia, que la prestación de servicios más allá de los topes establecidos en el EBEP supone, automáticamente, la existencia de contratación sucesiva requerida en el Acuerdo Marco. Es, por ello, que el Juzgado plantea al TJUE si la situación del Sr. Sánchez encaja o no en el supuesto requerido en el apartado 1 de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, ya que éste hace referencia a la utilización “sucesiva” de contratos o relaciones laborales de duración determinada.

23. La respuesta del TJUE a la particular situación del Sr. Sánchez gira sobre el entendimiento de que no cabe hacer una interpretación restrictiva del concepto de “sucesivas relaciones laborales de duración determinada” hasta el punto de permitir el empleo precario durante años³⁸. Es por ello que entiende que los Estados miembros o los interlocutores sociales no pueden excluir del concepto de «sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada», a efectos de la cláusula 5 del Acuerdo Marco, “una situación en la que un empleado público nombrado sobre la base de una relación de servicio de duración determinada, a saber, hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva, ha ocupado, en el marco de varios nombramientos, el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y ha desempeñado de forma constante y continuada las mismas funciones, cuando el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar el plazo previsto un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante y su relación de servicio haya sido prorrogada implícitamente de año en año por ese motivo”. Como conclusión se extrae, por tanto, que la superación de los plazos legales establecidos para que el legislador español provea de manera definitiva las plazas vacantes supone una renovación contractual anual que encaja en el ámbito de aplicación del Acuerdo Marco.

24. La cuestión prejudicial del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo en el Asunto C-103/18 también interroga al TJUE sobre otras cuestiones de interés como, por ejemplo, la posible revisión de sentencias judiciales o actos administrativos firmes cuando se dan las concretas circunstancias que establece el Derecho Comunitario, o las consecuencias de la inactividad del empleado para obtener la fijeza de su relación conforme a la ley nacional o del consentimiento del empleado respecto de su situación laboral. El Tribunal europeo se limita a señalar, respecto de la última cuestión, que el consentimiento del trabajador no excluye en ningún caso la aplicación del Acuerdo Marco ni de las garantías que contiene el mismo para los empleados públicos o privados³⁹ y que, además, la situación de debilidad del empleado frente al empleador debe llevar siempre a proteger a aquél de posibles perjuicios en sus condiciones de trabajo⁴⁰. La STJUE de 19 de marzo de 2020 dispone, por tanto, que “el hecho de que el empleado público de que se trate haya consentido el establecimiento o renovación de dichas relaciones no priva, desde ese punto de vista, de carácter abusivo al comportamiento del empleador”.

³⁸ En análogos términos, véase la STJUE de 4 de julio de 2006, *Asunto Adelener y otros*, C-212/04, apartado 85.

³⁹ El ámbito del Acuerdo Marco se concibe con una gran amplitud como se aprecia, entre otras, en las SSTJUE de 26 de noviembre de 2014, *Asunto Mascolo y otros*, C-22/13, C-61/13 a C-63-13 y C-418/13 y de 19 de marzo de 2020, *Asunto Domingo Sánchez y Berta Fernández y otros* –C-103/18 y C-429/18.

⁴⁰ STJUE de 14 de mayo de 2019, C-55/18.

VI. Medidas antiabuso frente a nombramientos de duración determinada en la Directiva 99/70/CE de 28 de junio

25. Es en el marco de las medidas antiabuso frente al nombramiento o contratación de duración determinada donde, con carácter general, se encuentran las principales carencias de la regulación temporal en España ya que nuestro país carece, en algunos supuestos, de medidas que eviten el abuso de dicha contratación de duración determinada o que tengan un efecto disuasorio de la misma o que sean, incluso, eficaces para alcanzar el objetivo del Acuerdo Marco.

26. La Cláusula 5 del Acuerdo Marco señala que “a efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados Miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas: a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales”.

Las medidas para prevenir los abusos que señala el Acuerdo Marco requieren, por tanto, de los siguientes requisitos: en primer lugar, exigir razón objetiva que justifique el nombramiento o contratación de duración determinada y la renovación de los mismos -que, conforme a la doctrina del TJUE, deben ser provisionales y no cubrir necesidades permanentes y temporales del empleador en materia de personal-; en segundo lugar, establecer una duración máxima total a los nombramientos o contrataciones sucesivas de carácter temporal y, por último, establecer el número de renovaciones de tales nombramientos o contrataciones. Las medidas no se excluyen entre sí y pueden ser, incluso, acumulativas; es más, las medidas establecidas por el Acuerdo Marco pueden tener carácter subsidiario respecto de las establecidas específicamente por los Estados, dando así un margen de maniobra amplio a los mismos. En este sentido, la STJUE de 19 de marzo señala expresamente que la cláusula 5 del Acuerdo Marco “impone a los Estados miembros en su apartado 1 la adopción efectiva y vinculante de al menos una de las medidas que enumera cuando su Derecho interno no contenga medidas legales equivalentes”. El Derecho de la UE establece, en consecuencia, la obligación de los Estados miembros de adoptar las medidas preventivas que estimen oportunas para evitar abusos en la contratación temporal. No establece la obligatoriedad de adoptar un criterio concreto ni prevé sanciones específicas en caso de incumplimiento, pues corresponde a los Estados miembros de la UE decidir las medidas oportunas siempre que sean proporcionales y efectivas y lo suficientemente disuasorias para garantizar la aplicación del Acuerdo Marco. Las medidas que menciona el Acuerdo Marco pueden adoptarse de manera individual o acumulativa (ej. establecimiento de duración máxima de las renovaciones y/o el número de renovaciones permitidas) y pueden coexistir, además, con otras medidas antiabuso establecidas por la legislación interna a las que, como veremos, la normativa comunitaria denomina “medidas legales equivalentes” (ej. conversión de contratos temporales en indefinidos, convocatorias de procedimientos de selección definitiva de personal, pago por extinción o fijación de indemnización equivalente al despido, etc.).

27. En definitiva, parece claro que la ausencia de medidas eficaces para evitar abusos en la contratación de duración determinada, por un lado, y/o de medidas disuasorias para mantener situaciones fraudulentas, por otro, supone el incumplimiento de la normativa comunitaria. A ello se suma, además, que las medidas que el legislador nacional decida libremente establecer para luchar contra los abusos en la contratación o nombramiento temporal deben ser proporcionadas, es decir, equilibradas en beneficios/perjuicios para las partes de la relación profesional o contractual. Tales exigencias no se cumplen, sin embargo, en algunos supuestos de contratación o nombramiento temporal en el ordenamiento jurídico laboral de nuestro país. Téngase en cuenta, por ejemplo, lo que sucede con carácter general con el contrato de interinidad. Para algún supuesto de esta modalidad de contratación no se prevé el establecimiento de un tope a su duración máxima, ni existe indemnización por la extinción del mismo, lo que favorece claramente un efecto

contrario al deseado por la normativa comunitaria. Esta situación abarca no sólo la interinidad laboral sino, también, a la funcional o estatutaria, ya que estas últimas cuentan aún menos con medidas efectivas para evitar abusos o disuadir de su utilización. La interinidad laboral, en concreto, pese a contar con la posibilidad de transformación del trabajo temporal en «indefinido no fijo», no incluye medidas que desmotiven la utilización prolongada del contrato ni de topes máximos razonables a su duración; recuérdese, por ejemplo, que un interino laboral puede sustituir a otro trabajador con derecho a la reserva de su puesto de trabajo durante largos períodos de tiempo sin que el art. 15.1 c) del TRET establezca un tope máximo general a la duración de dicho contrato más allá de lo que dure el derecho a la reserva o finalice la causa que genera el derecho a la misma. Dependiendo de la causa que motive la contratación interina, la duración del contrato será diferente, pero en ningún caso se prevé la existencia de garantías para el trabajador frente a un posible uso abusivo del contrato cuando la duración del mismo es muy prolongada o excesiva en el tiempo (teniendo en cuenta que, en sí mismo, una duración excesivamente prolongada es un claro supuesto de abuso). Puede traerse como ejemplo de duración prolongada o excesiva de la contratación o nombramiento temporal el supuesto de sustitución de un trabajador que tenga del derecho de reserva de su puesto de trabajo por el disfrute de una excedencia forzosa o del ejercicio de un cargo público representativo o de funciones sindicales; en tales casos, la duración del contrato de interinidad puede prolongarse durante años, sin que exista un tope máximo de tiempo para garantizar el derecho a la estabilidad del trabajador interino; asimismo, en el supuesto de que la interinidad se efectúe para cubrir una vacante en la Administración Pública, la duración del contrato, por expresa previsión del RD 2720/1998, de 18 de diciembre, no tiene señalado un tope máximo, motivo por el que se produce, en la práctica, una utilización abusiva de la misma.

28. Debe recordarse que la problemática de la prolongada duración de este tipo de vinculación temporal con el empleador público es, en realidad, lo que subyace en las polémicas SSTJUE de 16 de septiembre de 2016⁴¹, en particular, en el asunto *Ana de Diego Porras*, aunque en tal caso el debate jurídico se centró en torno a la existencia de un posible trato discriminatorio en materia de condiciones de trabajo o empleo como resultado de la aplicación de la cláusula 4 de la Directiva 99/70/CE y de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un margo general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. No se centró, por tanto, en la vulneración de la cláusula 5 del Acuerdo Marco relativa a la obligatoriedad del establecimiento de medidas eficaces, disuasorias y proporcionadas para evitar abusos en la contratación de duración determinada sino que se ciñó a analizar las diferentes regulaciones y consecuencias que la normativa nacional establece respecto de trabajadores temporales y trabajadores fijos comparables conforme a la cláusula 3 del Acuerdo Marco.

La corrección de la doctrina de la sentencia *De Diego Porras* por la sentencia de 21 de noviembre de 2018, Asunto C-619/17, no altera la apreciación anterior, como tampoco lo hacen las SSTJUE en los asuntos C-574/16, *Grupo Norte Facility* y Ángel Manuel Moreira Gómez (referido a un contrato temporal de relevo) y C-677/16, *Lucía Montero Mateos y la Agencia Madrileña y Atención Social*, siendo de interés para nuestro estudio señalar que, conforme a este último pronunciamiento, “incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga (más de ocho años), ha de recalificarlo como contrato fijo”. Sobre este último aspecto, volveremos más adelante al analizar las medidas legales denominadas «equivalentes» para evitar abusos en la contratación de duración determinada.

VII. Medidas legales «equivalentes» frente al abuso en los nombramientos temporales en el ámbito sanitario español

29. Debe insistirse en que el Acuerdo Marco establece un objetivo general consistente en la prevención de abusos en la contratación temporal, pero deja a los Estados la elección de los concretos

⁴¹ Asuntos C-596/14, *Ana de Diego Porras y Ministerio de Defensa*; Asunto C-16/14, *Elena López y Servicio Madrileño de Salud*; Asunto C-18/15, *Florentina Martínez y Servicio Vasco de Salud*, y Asunto C-197/15, *Juan Carlos Castrejana López y Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz*.

medios para alcanzar el mencionado objetivo, siempre que las medidas implantadas por el Estado no pongan en peligro el objetivo o el efecto útil del Acuerdo Marco⁴². Éste no establece ni concretas medidas ni sanciones específicas en caso de que se compruebe la existencia de abusos, correspondiendo a las autoridades nacionales la adopción de dichas medidas que deben ser proporcionadas, efectivas y disuasorias de los abusos. Es en este punto donde, como veremos, el legislador español se separa abiertamente de la doctrina comunitaria y desprotege a los empleados temporales de las Administraciones Sanitarias frente a los abusos de las mismas.

Las medidas preventivas de los abusos en la contratación temporal deben ser decididas, en consecuencia, por cada Estado pero la elección realizada por éstos debe someterse a ciertos límites: primero, a que las modalidades de aplicación de tales medidas no sean menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y, segundo, que no se haga imposible en la práctica, o excesivamente difícil, el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)⁴³.

30. Las medidas a adoptar por las legislaciones nacionales pueden ser, con carácter general, las enunciadas en la cláusula 5 apartado 1 letras *a*) a *c*) del Acuerdo Marco, o bien, otras medidas legales equivalentes teniendo en cuenta los distintos sectores o categorías de trabajadores⁴⁴. Las medidas legales equivalentes de la legislación española, abordadas por la STJUE de 19 de marzo de 2020, son las siguientes: la conversión del nombramiento temporal en indefinido, la organización de procesos selectivos para la cobertura definitiva de las plazas provisionalmente ocupadas por empleados temporales y la concesión de una indemnización equivalente en los supuestos de despido improcedente.

A) La transformación del contrato temporal en indefinido

31. En lo que respecta a la posibilidad de que los Estados miembros de la UE, previa consulta con los interlocutores sociales, determinen los supuestos en que los nombramientos temporales tendrán la consideración de celebrados por tiempo indefinido, puede decirse que el EMPE no recoge expresamente esta posibilidad, como tampoco lo hace el EBEP. Se debe ello, en principio, al necesario cumplimiento de los artículos 103 y 23 de la Constitución española que requieren la demostración de los principios de mérito y capacidad para el empleo públicos a través de instrumentos selectivos establecidos por la ley. Ahora bien, conforme al ET, el personal laboral temporal al servicio de las Administraciones Públicas puede adquirir la condición de trabajador «indefinido no fijo» cuando se produce algún incumplimiento de la normativa de contratación o se produce fraude en la misma, generando ello la indefinición de la relación hasta la cobertura definitiva de la plaza por el procedimiento legal correspondiente o por la amortización de las plazas. Esta situación del empleado público laboral no transforma, en realidad, lo temporal en indefinido pues el trabajador se sitúa en un limbo jurídico cuya naturaleza, según la propia doctrina comunitaria⁴⁵, sigue siendo temporal (es decir, temporalmente indefinido al estar a la espera de la cobertura definitiva de la plaza o puesto que ocupe). El objetivo principal de dicha transformación se encamina, por un lado, a sancionar la conducta abusiva del empleador público y, por otro lado, a facilitar una mayor estabilidad en el empleo a los trabajadores. Esta apuesta por la estabilidad limita, en consecuencia, la discrecionalidad de la Administración Pública frente a posibles renovaciones o extinciones de los nombramientos.

No obstante, la medida favorable a la conversión de los contratos de duración determinada en indeterminada o fija no se aplica ni al personal funcionario ni al personal estatutario que presta sus servicios en la Administración sanitaria. No sólo no existe norma que acoja dicha posibilidad sino que tampoco puede alegarse la vulneración del principio de igualdad en condiciones de trabajo o empleo en

⁴² STJUE de 21 de noviembre de 2018, *De Diego Porras II*, C-619/17

⁴³ STJUE de 14 de septiembre de 2016, *De Diego Porras I*, C-16/14.

⁴⁴ STJUE de 21 de noviembre de 2018, *De Diego Porras II*, C-619/17.

⁴⁵ Véase el ATJUE de 11 de diciembre de 2014, *Asunto León Medialdea* contra el Ayuntamiento de Huétor Vega y STJUE de 25 de enero de 2018, *Asunto Vernaza Ayovi*, C96-17.

esta materia debido a que, en principio, la diferente naturaleza jurídica del personal que presta servicios a las Administraciones Públicas impide la aplicación a los mismos de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación⁴⁶. Es decir, la naturaleza pública de la relación del personal funcionario y del personal estatutario con su empleador no permite actualmente, a juicio de la doctrina judicial comunitaria, la aplicación de la medida de conversión de lo temporal en «indefinido no fijo» que, por el contrario, está prevista para los empleados públicos de naturaleza jurídica privada sometida al Estatuto de los Trabajadores. La complejidad de esta materia se aprecia, además, en una reciente corriente del TC⁴⁷ sobre el binomio contratación temporal-contratación indefinida en el sector público que insiste en la necesidad de erradicar las diferencias injustificadas en razón de la duración del nombramiento o contratos pero que, salvo excepción, tampoco se adentra en la valoración del conjunto del empleo público.

En definitiva, la doctrina comunitaria clarifica que, conforme a la cláusula 5 del Acuerdo Marco, los Estados no tienen la obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de duración determinada, si bien advierte que dicho Estado debe contar con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada⁴⁸. Deja en el aire, por tanto, la solución al problema que se le plantea, remitiendo a los tribunales internos la obligación de valorar las medidas conforme a los criterios establecidos en su doctrina.

B) Organización de procesos selectivos para la cobertura definitiva de plazas provisionalmente ocupadas

32. Respecto a la organización de procesos selectivos que tengan por objeto la provisión definitiva de las plazas ocupadas provisionalmente por los empleados públicos, el TJUE entiende que ésta, en sí misma, es una medida adecuada y eficaz para evitar que se perpetúe la situación de precariedad. La doctrina europea entiende, por tanto, que esta medida es equivalente a las previstas específicamente en el propio Acuerdo marco para evitar abusos en la contratación temporal pero siempre que se realice dentro de unos plazos máximos. Este requisito temporal es básico para que la medida adoptada por el legislador nacional sirva para luchar contra el abuso en los nombramientos de duración determinada. Como vimos, el último párrafo del art. 9.3 EMPS señala que los nombramientos de personal eventual sucesivo permiten en su caso, por decisión discrecional del empleador, la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro sanitario en un plazo de dos años, mientras que el EBEP prevé, por un lado, la inclusión de las plazas en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce el nombramiento o en el siguiente, salvo que se decida su amortización (art. 10 EBEP) y, por otro lado, la convocatoria de procesos selectivos para las plazas comprometidas y un diez por ciento adicional en el plazo máximo fijado para la convocatoria, cuya ejecución debe tener lugar en el plazo improrrogable de tres años (art. 70.1 EBEP). El TJUE entiende al respecto que la normativa nacional no garantiza que esos procesos se organicen efectivamente por lo que “no resulta adecuada para prevenir la utilización abusiva por parte del empleador”. Es más, dicha regulación “tampoco resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de tales relaciones de servicio ni para eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión ya que [...] su aplicación no tendría ningún efecto negativo para el empleador”.

Por consiguiente, la regulación española contenida en el art. 9 EMPS y en los arts. 10 y 70 EBEP son se alzan como una medida suficientemente eficaz para evitar abusos en la contratación temporal ni es disuasoria para garantizar la aplicación del Acuerdo Marco, no configurándose, por tanto, como una medida legal equivalente conforme a la normativa europea. Algo parecido ocurre, además, con la Dis-

⁴⁶ En detalle, véase, MARÍN ALONSO, I.: “El alcance del principio de igualdad y no discriminación en condiciones de trabajo y sus límites en el empleo público: la no portabilidad entre regímenes de personal de distinta naturaleza jurídica”, *Revista de Derecho Social* nº 84, 2018; y, también, “El trabajador indefinido no fijo y condiciones de trabajo en régimen de interinidad: abuso en la contratación temporal en la Administración Pública”, *Trabajo y Derecho* nº 3, 2017.

⁴⁷ Véase, por ejemplo, la STC 232/2015, de 5 de noviembre; STC 71/2016, de 14 de abril y STC 149/2017, de 18 de diciembre.

⁴⁸ STJUE de 14 de septiembre de 2016, *Asunto Martínez Andrés y Castrejana López*, C184-15.

posición Transitoria Cuarta del EBEP que prevé la posibilidad de que la Administración lleve a cabo un proceso selectivo de consolidación de empleo a puestos desempeñados interina o temporalmente. Esta disposición, sin embargo, solo atribuye una mera facultad a la Administración para llevar a cabo tales procedimientos, de modo que la empleadora no está obligada a aplicar dicha norma ni siquiera cuando se haya comprobado que recurre de manera abusiva a la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada.

33. Otro aspecto interesante a tratar en esta materia es que la STJUE de 19 de marzo de 2020 entiende que la posible participación de los empleados públicos temporales en los procedimientos de consolidación de empleo tampoco exime al Estado de establecer las medidas adecuadas para sancionar debidamente la utilización sucesiva y abusiva de los mismos pues dichos procedimientos están abiertos a candidatos que no han sido víctimas de tal abuso. Ello supone, en definitiva, que la Administración empleadora siempre tendrá que prever una medida específica para los trabajadores que han sufrido el abuso, sin que baste la posibilidad genérica de cubrir las plazas a través de un proceso cuyo resultado es incierto. Considera, por tanto, que “la organización de estos procesos es independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la utilización de relaciones de servicio de duración determinada”, no siendo adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de los nombramientos temporales ni para eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión.

C) Indemnización equivalente al despido disciplinario

34. Respecto a la concesión de una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente, el TJUE señala que para constituir una medida legal equivalente en el sentido de la cláusula 5 del Acuerdo Marco la misma debe cumplir los siguientes requisitos: primero, tener específicamente como objeto compensar los efectos de la utilización abusiva de los sucesivos nombramientos temporales; segundo, ser proporcional entre el daño sufrido por el empleado y el beneficio del empleador; tercera, ser bastante efectiva en la consecución del objetivo; y cuarto, ser disuasoria para no reiterar el comportamiento abusivo. El TJUE no ahonda en el análisis de esta medida equivalente pero parece entender que si la legislación interna prevé esta opción, corresponde a los órganos judiciales nacionales determinar si la medida es adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar tal abuso. No entra, por tanto, en el análisis de las indemnizaciones previstas en el ordenamiento español en caso de extinciones de contratos temporales –inexistentes en el régimen estatutario del personal sanitario- ni en su distinción con la indemnización por despido, provocando nuevas dudas que generarán conflictos al respecto.

35. De la doctrina europea se extrae, en consecuencia, que el Ordenamiento jurídico español carece de medidas, sean derivadas del propio Acuerdo Marco o sean equivalentes, para sancionar adecuadamente la utilización abusiva de sucesivos nombramientos de carácter temporal en la Administración Sanitaria⁴⁹. Pese a tal constatación, no corresponde al Tribunal de Justicia europeo pronunciarse sobre la interpretación del derecho interno, siendo esta una tarea que incumbe a los Tribunales nacionales competentes. Significa ello que son los Tribunales internos los que deben determinar si lo dispuesto en la normativa nacional cumple las exigencias de la cláusula 5 del Acuerdo Marco y valorar si las medidas existentes son apropiadas para prevenir y, en su caso, sancionar el uso abusivo de sucesivos contratos o nombramientos de duración determinada. El TJUE se limita, simplemente, a ofrecer orientaciones a los Tribunales internos en su apreciación. Es por ello que entiende que el órgano judicial interno es el que puede aplicar cualquiera de las medidas a su alcance para hacer efectivo el efecto útil del Acuerdo Marco y ello, obviamente, con independencia de que, a través de los recursos procedimentales oportunos, deba ser el Tribunal Supremo el que fije, a falta de norma acorde con la legislación europea, las medidas antiabusos adecuada para conseguir el mencionado fin útil de la Directiva.

⁴⁹ STJUE de 21 de noviembre de 2018, Asunto De Diego Porras, C-619/17, y de 19 de marzo de 2020, C-103/18 y C-429/18, han establecido que el art. 2, párrafo primero, de la Directiva 1999/70 prevé que los Estados miembros deben “adoptar todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados fijados por dicha Directiva”

NOTAS SOBRE EL INFORME DEL INSTITUTO DE DERECHO EUROPEO ACERCA DE LA PROTECCION DE ADULTOS EN SITUACIONES INTERNACIONES

NOTES ON THE REPORT OF THE EUROPEAN LAW INSTITUTE THE PROTECTION OF ADULTS IN INTERNATIONAL SITUATIONS

ALBERTO MUÑOZ FERNÁNDEZ

*Profesor Contratado Doctor
Universidad de Navarra*

Recibido: 26.06.2020 / Aceptado: 08.07.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5657>

Resumen: El Instituto de Derecho Europeo (ELI) ha elaborado un *Informe* con el que urge a la Unión Europea a “europeizar” un nuevo ámbito del Derecho internacional privado: la protección de adultos. El *Informe* razona la necesidad de dar este paso, justifica la base competencial de la UE para hacerlo y propone una doble estrategia, externa e interna. La externa consiste en autorizar a los Estados Miembros a ratificar el Convenio de La Haya sobre protección internacional de adultos en interés de la UE y en promoverlo entre terceros Estados. La interna pasa por la adopción de un Reglamento que complemente y mejore, en las relaciones entre Estados Miembros, el funcionamiento del mencionado Convenio.

Palabras clave: Instituto de Derecho Europeo, protección internacional de adultos, Convenio de La Haya sobre protección internacional de adultos, mandatos de protección.

Abstract: The European Law Institute (ELI) adopted a Report encouraging the European Union to “Europeanize” a new field of private international law: the protection of adults. The Report provides arguments on the need to take this step, it justifies the EU’s competence to do so and it proposes a double strategy, external and internal. The external one is to authorize the Member States to ratify The Hague Convention on international protection of adults in the interest of the EU and to promote it among third States. The internal action would be the adoption of a Regulation that complements and improves, in the relations between Member States, the functioning of the Convention.

Keywords: European Law Institute, international protection of adults, Hague Convention on International Protection of Adults, mandates of protection.

Sumario: I. Introducción. II. La UE tiene el deber de involucrarse en la protección internacional de adultos. III. Bases competenciales para actuar. IV. Estrategia externa. V. Estrategia interna. VI. Contenido de la Propuesta de Reglamento. VII. Otras propuestas de interés. VIII. Sugerencias para la discusión con vistas a la Comisión especial sobre el Convenio de Adultos. IX. Conclusiones.

I. Introducción

1. El Instituto de Derecho Europeo (ELI en sus siglas inglesas) es una organización independiente que tiene como misión mejorar la calidad del derecho europeo. Para ello, promueve la investigación a través de distintos proyectos con el objetivo poder hacer recomendaciones y ofrecer orientación

práctica en el ámbito del desarrollo del derecho europeo en un sentido amplio, no limitado al derecho de la Unión Europea y el Consejo de Europa.

2. El último de los proyectos concluido por el Instituto lleva por título “Protección de adultos en situaciones vulnerables”¹. Su resultado final ha sido un *Informe*, aprobado el 21 de marzo de 2020, que reviste gran interés y cuyos aspectos principales se comentarán en estas líneas.

3. El *Informe* aborda, principalmente, las siguientes cuestiones: a) la justificación de la necesidad de acometer, con urgencia, acciones en este sector por parte de la UE; b) el análisis de las distintas bases competenciales de la UE para afrontar la cuestión; c) las distintas estrategias, de acción exterior y de acción interior, que podría emprender la UE; d) una exposición detallada de una propuesta de Reglamento europeo que podría complementar al Convenio de La Haya de 2000 sobre protección internacional de adultos (en adelante, CH/2000); e) una lista de cuestiones a tener en cuenta a la hora de otorgar un mandato de protección. A continuación, se comentarán alguno de estos puntos.

II. La UE tiene el deber de involucrarse en la protección internacional de adultos

4. El equipo encargado de llevar a cabo el *Informe* era consciente de que, pese a los distintos llamamientos hechos por la UE, 20 años después de su adopción, solo un tercio de los Estados miembros son parte actualmente en el CH/2000². Y no solo eso, sino que, además, no existen indicios de que otros Estados vayan a dar el paso de forma inminente. Por eso, no resulta superfluo que una parte importante del *Informe* esté dedicada a poner de relieve argumentos de distinta naturaleza que exigen una posición más activa, “coercitiva” e inmediata por parte de la UE.

5. En primer lugar, existen razones de derechos humanos y compromisos adquiridos. En efecto, tanto los Estados miembros como la propia UE forman parte de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006 (en adelante, CDPD). Con ello, asumieron el compromiso de adoptar medidas para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica³. Como bien apunta el *Informe*, el acceso a los apoyos tiene que quedar garantizado no solo en las situaciones puramente domésticas sino también en las situaciones con elemento extranjero.

6. En segundo lugar, desde el punto de vista sociológico, existe cada vez más movilidad transfronteriza en la esfera de estas personas vulnerables, que pueden propiciar que surjan los problemas propios del derecho internacional privado.

7. En tercer lugar, desde el punto de vista jurídico, existen importantes diferencias entre países en la regulación de la protección de las personas vulnerables, tanto desde el punto de vista sustantivo como procesal.

¹ El Informe puede consultarse en <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/completed-projects-old/protection-of-adults/>

² Alemania, Austria, Chipre, Estonia, Finlandia, Francia, Letonia, Portugal, Reino Unido (solo para Escocia) y República Checa.

³ Art. 12.3 CDPD. La Observación General N.1 del Comité aclaró que el término capacidad jurídica incluía la capacidad de obrar. El art. 12.4 CDPD añade que los Estados parte se obligaron a asegurar “que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.”

8. En cuarto lugar, esas mismas diferencias se advierten también en la normativa de derecho internacional privado.

9. De la combinación de todos estos elementos, se sigue que la continuidad de la protección de los adultos vulnerables no está garantizada, ya que las medidas que se adopten en un país pueden no ser reconocidas en otro. El cruce de la frontera puede conllevar un cambio de ley aplicable, ley que puede ser incompatible con las medidas adoptadas previamente.

10. Conectando con el derecho de la UE, esto puede provocar distorsiones en la libre circulación de los ciudadanos. La falta de certidumbre en relación con las medidas de protección puede desincentivar el cambio de residencia u otro tipo de movilidad (incluida la de los bienes del adulto). Esto puede constituir al mismo tiempo una discriminación vedada por los Tratados. Incluso pueden verse afectados los derechos de los terceros que contratan con estas personas vulnerables, que no pueden prever si los negocios que celebren son válidos o no.

11. Son varios principios y políticas de la UE los que parecen exigir un paso al frente: el respeto de los derechos fundamentales; el desarrollo del espacio de libertad, seguridad y justicia; el buen funcionamiento del mercado interior; y el principio de subsidiariedad (en la medida en que el objetivo de armonización difícilmente se puede conseguir sin la intervención de la UE).

III. Bases competenciales para actuar

12. Otro asunto conflictivo es el de la base competencial de la UE para tomar medidas en este ámbito. La UE carece de competencia para llevar a cabo una armonización desde el punto de vista del derecho sustantivo, ya que el núcleo de la normativa no estaría encaminado al desarrollo del mercado interior (art. 26 TFUE), que sería lo que legitimaría a la UE para ello (sobre la base del art. 114 TFUE). Por ello, el *Informe* apuesta por una armonización de las normas de derecho internacional privado, con base en el art. 81 TFUE, es decir, en la cooperación judicial en materia civil que incluye la adopción de medidas en situaciones con implicaciones transfronterizas. Estas medidas pueden buscar el reconocimiento mutuo de decisiones judiciales y extrajudiciales, la compatibilidad de normas de ley aplicable y competencia judicial internacional. Por tanto, este precepto permite a la Unión Europea adoptar un Reglamento sobre los aspectos de derecho internacional privado en materia de protección de adultos. A los efectos de la posible adopción de un Reglamento, el *Informe* aclara que la protección de adultos no se debe considerar una materia de derecho de familia, que precisaría una tramitación especial al amparo del art. 81.3 TFUE (que el Consejo se pronuncie por unanimidad, previa consulta al Parlamento).

13. El fundamento en el art. 81 TFUE es más adecuado que el del 21 TFUE (libre circulación de personas) ya que este último solo justificaría medidas a favor de los ciudadanos de la UE, mientras que las iniciativas presentadas pretenden beneficiar también a quienes no son ciudadanos, ya que se trata de una cuestión de derechos humanos y, por tanto, universal. En todo caso, como bien señala el *Informe*, los pasos que se den redundarán en beneficio de la libre circulación de personas.

14. Además de la posibilidad de elaborar un Reglamento, el art. 216 TFUE ofrece una base para complementar esta competencia hacia el exterior. El mencionado artículo permite a la UE concluir Convenios internacionales y entablar relaciones internacionales en relación con la protección de los adultos, lo que puede favorecer la armonización de las normas de derecho internacional privado en esta materia. No obstante, la UE no puede ser parte del CH/2000 ya que el propio Convenio lo impide en sus arts. 53 y 54, que solo permiten la incorporación a Estados soberanos y no a organizaciones internacionales. En estos casos, lo que suele hacer la UE –y es lo que los autores del *Informe* proponen– es autorizar a los Estados miembros para que ratifiquen el instrumento en cuestión “en interés de la Unión”. Como indica el *Informe*, desde el punto de vista del derecho internacional, el instrumento será vinculante para los Es-

tados, generando derechos y obligaciones, mientras que, para el derecho de la UE, el Convenio pasaría a formar parte del acervo comunitario.

IV. Estrategia externa

15. Los redactores del *Informe* tienen claro que cualquier actuación encaminada a mejorar la protección transfronteriza de los adultos debe tomar como punto de partida el CH/2000. En primer lugar, porque, pese a ser anterior, el CH/2000 se asienta en los mismos principios de derechos humanos que el CDPD (entre otros, el respeto a la autonomía y a la dignidad del adulto), principios que también deberá respetar cualquier acción de la UE. En segundo lugar, porque el balance de estos primeros 20 años de funcionamiento del Convenio se pueden considerar positivos. En tercer lugar, porque es conveniente que la armonización alcance al mayor número de países posible.

16. Por ello, las dos propuestas que realiza el *Informe* giran en torno al Convenio de La Haya de 2000: por un lado, instar a los Estados miembros a su ratificación y promoverla entre terceros Estados; por otro, elaborar un Reglamento que, dentro de su ámbito de aplicación, mejore la eficacia del Convenio entre los Estados miembros de la UE. Por tanto, el *Informe* recomienda hacer uso tanto de las competencias externas como de las competencias internas de la Unión.

17. En cuanto a las competencias externas, y teniendo en cuenta que el CH/2000 solo está abierto a los Estados soberanos, la UE debe, por un lado, dar los pasos necesarios para que todos los Estados miembros lo ratifiquen (por el momento solo 9 lo han hecho). Por otro lado, la UE debe promover su ratificación por terceros países, de forma que la protección de los adultos no se limite a situaciones conectadas con Estados de la UE, sino también con terceros países. Esto puede ser especialmente importante a la hora de garantizar el reconocimiento de los poderes otorgados por un adulto en previsión de su futura incapacidad.

18. En relación con el primer punto, y ante la actual pasividad de los Estados miembros (pese a que la UE ya ha hecho diversas llamadas animando a la ratificación), se insta a la UE a adoptar una posición más vinculante. En este sentido, la UE debería autorizar a los Estados miembros que todavía no lo han hecho a ratificar el Convenio en interés de la Unión. Está legitimada para ello en la medida en que está dentro del ámbito de sus competencias externas la ratificación de un Convenio de estas características (aunque, como se ha reiterado, en el caso concreto lo impide el Convenio). En esa medida, los redactores del *Informe* afirman que, si la UE adoptara una decisión otorgando la autorización para la ratificación en interés de la Unión, esto obligaría a los Estados miembros a llevarla a cabo.

19. Este es uno de los puntos más controvertidos del *Informe*, dado que sería la primera vez que la UE da este paso en una materia en la que todavía no ha legislado. Pese a ello, consideran que tal acción estaría amparada por el art. 216 TFUE en la medida en que es necesario para avanzar en varios de los objetivos establecidos por los Tratados, pues haría más efectiva la protección de los derechos fundamentales de los adultos, removería obstáculos para la libre circulación de estos, combatiría la exclusión social y la discriminación y promovería la solidaridad intergeneracional. La diversidad de normas de derecho internacional privado pone en riesgo estos objetivos, por lo que la ratificación del Convenio, que conduciría a la uniformidad, favorece su consecución.

20. Otra de las situaciones en las que el art. 216 TFUE permite a la UE ejercitar esta competencia exterior es que se puedan ver afectadas normas de la Unión. Como explica el *Informe*, aunque no existen actualmente normas de derecho internacional privado en este sector, sí que es cierto que algunas de las normas de derecho internacional privado europeo tocan tangencialmente cuestiones relacionadas con la capacidad (por ejemplo, el art. 13 del RRI).

21. El *Informe* ofrece también argumentos frente a otras objeciones que se han hecho a la ratificación de la CH/2000, como pueden ser las repercusiones financieras —que los autores demuestran que no serían excesivas, dado que el trabajo extra que puede generar para las autoridades centrales es mínimo— y que podría perjudicar el papel actual que los cónsules ejercen para la protección de los adultos en el extranjero (el *Informe* afirma, por el contrario, que estos seguirán desempeñando un cometido importante).

V. Estrategia interna

22. El *Informe* propone, como estrategia paralela, la adopción de un Reglamento que mejore, entre los Estados miembros, lo establecido por el Convenio. Varias cosas hay que aclarar al respecto.

23. En primer lugar, el establecimiento de unas normas que, siguiendo los principios y objetivos del Convenio, mejoren su aplicación, no supone un quebrantamiento de las obligaciones que los Estados han adquirido o adquirirán con la ratificación del Convenio. En efecto, el propio Convenio prevé la posibilidad de que haya Estados que adopten disposiciones particulares para estrechar la cooperación en sus relaciones mutuas yendo más allá de lo previsto por el Instrumento.

24. El texto propuesto complementaría el CH/2000 para los Estados miembros de la UE en sus relaciones mutuas. Como afirma de forma clara el *Informe*, el CH/2000 funcionaría como la regulación general que, en casos intra-europeos, es decir, en casos que afecten a la persona o los bienes de un adulto cuya residencia habitual está en un Estado miembro o caso que de algún otro modo solo estén vinculados con Estados miembros, se aplicaría junto con el Reglamento, que podría complementarlo o introducir matizaciones (art. 49 CH/2000)⁴.

25. En segundo lugar, en cuanto al posible contenido de estas “mejoras”, los redactores reconocen que, pese a percibir que el CH/2000 tiene algunos puntos que han podido quedar obsoletos, sin embargo, dada la poca experiencia práctica acumulada, no es fácil valorar hasta qué punto las carencias percibidas son tales. Por otro lado, uno de los aspectos que se consideran “mejorables” es la falta de reglas más específicas en algunas cuestiones. Sin embargo, no hay seguridad de que esta falta de detalle pueda aportar flexibilidad y sea, por tanto, positiva.

VI. Contenido de la Propuesta de Reglamento

26. De lo dicho anteriormente, se deducen las dos líneas maestras de la propuesta de Reglamento que contiene el *Informe*: por un lado, recoger solo aquello que añada valor al Convenio y, por otro, que no altere su normal funcionamiento. Como se ha dicho, el propio Convenio considera que no afectan a su funcionamiento acuerdos que celebren entre sí Estados contratantes en la medida en que sean aplicables a adultos con residencia habitual en esos Estados. Los autores consideran que tampoco afecta al normal funcionamiento del Convenio la aplicación de normas de reconocimiento de medidas distintas cuando estas procedan de un Estado con el que se ha celebrado un acuerdo. O cuando se decline o asuma competencia, con base en el Reglamento, a favor o en perjuicio de otro Estado miembro que sería competente / incompetente con base en el Convenio.

27. Por otro lado, es importante que todos los Estados miembros apliquen de modo uniforme el Convenio. En todos aquellos aspectos que el Convenio establece la necesidad de que los estados adopten medidas para implementarlo. Este es otro de los aspectos que el Reglamento podría abordar. Se conseguirá así garantizar la uniformidad en la aplicación que la UE busca en todos sus textos de derecho internacional privado.

⁴ En concreto, el art. 49.2 permite que los Estados contratantes celebren acuerdos respecto de los adultos que residan en alguno de los Estados parte en esos acuerdos

28. El resto del *Informe* se centra principalmente en exponer y comentar, artículo por artículo, la propuesta de Reglamento. En el preámbulo del nuevo texto se dejaría claro que no se trata de una regulación *ex novo* de la protección del adulto, sino que se toma como punto de partida el CH/2000, del que constituye un complemento para su funcionamiento en las relaciones entre los Estados Miembros. El objetivo es que, en estas situaciones intra-europeas, se llegue más lejos en las metas que el propio CH/2000 persigue.

29. En cuanto a su ámbito material coincide con el del Convenio, y en sus soluciones se alinean con él. Una expresión que el Reglamento añade en la definición del ámbito de aplicación es que este se aplicará en materia “civil-mercantil”. Aunque el *Informe* no comenta nada al respecto, pueden surgir problemas a la hora de calificar algún tipo de medida en las que intervengan autoridades administrativas.

30. En el sector de la competencia judicial internacional, se introduce un precepto para permitir que el adulto que otorgue poderes de representación en previsión de su futura incapacidad pueda decidir que las autoridades del país cuya ley regirá los poderes tengan competencia para su protección. El precepto propuesto por el *Informe* es coherente con el principio de respeto de los deseos del adulto que tanto el CH/2000 como el CDPD proclaman. En todo caso, esta regla está sujeta a diversas salvaguardias para evitar abusos, que van desde una limitación de las posibilidades de elección (solo las autoridades del país cuya ley sea aplicable a los poderes) a los requisitos estrictos de validez formal. Para que este precepto sea aplicable es necesario que el adulto tenga su residencia habitual en un Estado miembro en el momento de presentación de la demanda. Hay que recordar que el Convenio solo se refería al foro de la autonomía de la voluntad al enumerar las posibles autoridades que podrían recibir la transferencia de la competencia por parte de las autoridades de la residencia habitual (art. 8 CH/2000). Con el precepto del Convenio no quedaba garantizado que las autoridades señaladas por el adulto terminasen conociendo del asunto.

La competencia basada en la autonomía de la voluntad no será exclusiva y estas autoridades podrán requerir a otras señaladas en el art. 8 CH/2000 que adopten medidas de protección.

31. En el sector de la eficacia extraterritorial de decisiones, es legítimo y no atenta contra los compromisos adquiridos por los Estados miembros el establecer un régimen más favorable al reconocimiento cuando la decisión proceda de otro Estado miembro. Dado el principio de confianza mutua que rige entre los Estados miembros, la propuesta de reglamento excluye el motivo de denegación previsto en el art. 22.2 a) CH/2000, a saber, el control de competencia, que permite denegar el reconocimiento cuando la competencia de la autoridad de origen no esté basada en alguno de los foros previstos en el Convenio.

32. Otras mejoras que se proponen para este sector son la previsión de un procedimiento uniforme para obtener la declaración de ejecutabilidad y la creación de un certificado que pueda emitir la autoridad que dicta la medida que facilite la comprobación de determinados extremos y simplifique así el reconocimiento, tal y como se hace en otros instrumentos comunitarios.

33. De igual forma, se considera adecuado establecer la aceptación y la ejecutividad de instrumentos públicos emitidos por un Estado miembro con fines de protección, reconociéndoles el mismo valor probatorio que se le concede en el país de origen.

34. Reviste también interés la propuesta de creación de un Certificado Europeo de Poderes de Representación. Se inspira en el Certificado Sucesorio Europeo y puede facilitar mucho las cosas a quienes representan a los adultos, sirviendo de instrumento probatorio de la existencia y alcance de sus poderes. Este Certificado tendría eficacia en todos los Estados miembros sin necesidad de ningún procedimiento especial.

35. Finalmente, en el ámbito de la cooperación de autoridades, el texto propuesto aboga por la comunicación directa entre autoridades. Son muchas las previsiones que el CH/2000 contiene sobre co-

municaciones entre autoridades, por lo que la regla propuesta agilizaría mucho los trámites y mejoraría la protección.

VII. Otras propuestas de interés

36. Aunque no se incluye en la propuesta de Reglamento, el grupo redactor propone la creación de registros nacionales electrónicos de mandatos de protección.

37. También al margen de la propuesta de Reglamento, el *Informe* contiene una interesante *Checklist* con los aspectos más importantes que debe recoger un mandato de protección para desplegar todos sus efectos y para evitar problemas de eficacia extraterritorial.

VIII. Sugerencias para la discusión con vistas a la Comisión especial sobre el Convenio de Adultos

38. El *Informe* también contiene algunas sugerencias para el debate que tendrá lugar con ocasión de la Comisión especial sobre el Convenio de Adultos en 2022. Cabe destacar las interesantes reflexiones sobre el modo de determinar la residencia habitual a los efectos del CH/2000, teniendo en cuenta que hay casos en los que el adulto carece de libertad para decidir su residencia o no es libre de abandonar el país en el que se encuentra.

39. Otro concepto esencial que requeriría clarificación es el de “medida de protección” y el de “poderes de representación otorgados por el adulto”, teniendo en cuenta la heterogeneidad existente que, probablemente, se vaya agravando en la medida en que los países vayan adaptando sus legislaciones al CDPD.

40. También deberán abordarse algunas lagunas existentes. En primer lugar, la determinación de la ley aplicable a los poderes de representación nacidos *ex lege*. En segundo lugar, se echa en falta una regulación más detallada del ejercicio de la autonomía de la voluntad para elegir la ley aplicable a los mandatos de protección. Finalmente, se pone de relieve la conveniencia de afrontar los problemas de adaptación que pueden surgir con ocasión del reconocimiento de medidas de protección desconocidas acordadas en otro país.

IX. Conclusiones

41. El Instituto de Derecho Europeo ha realizado una labor encomiable y muy oportuna. Era preciso un trabajo de estas características para mostrar a la Unión Europea la necesidad de tomar alguna decisión en relación con la protección internacional del adulto vulnerable. Los avances que ha propiciado la CDPD tienen que tener también su reflejo en las situaciones transfronterizas, donde el adulto se encuentra en una posición aún más vulnerable.

42. Resulta también acertado tomar como punto de partida el CH/2000. El escaso número de ratificaciones en comparación con el paralelo CH/1996, sobre protección de los niños, no debe poner en duda la calidad del instrumento. Es más bien la falta de conciencia sobre la importancia de esta realidad y el temor a asumir compromisos lo que, por ahora, paraliza a los Estados para dar el paso de la ratificación. Por eso, es fundamental recordar que no solo es conveniente, sino casi una exigencia para la Unión Europea avanzar en este campo.

43. En cuanto a las soluciones contenidas en la Propuesta de Reglamento, cabe destacar el impulso a la autonomía de la voluntad, que se manifiesta en la promoción de los mandatos de representación y en la introducción, con un papel muy relevante, del foro de la autonomía de la voluntad en un ámbito en el que hasta ahora le parecía vedado.

LEY APLICABLE A LA OPONIBILIDAD FRENTE A TERCEROS
DE UNA CESIÓN DE CRÉDITOS. COMENTARIO
A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN
EUROPEA DE 9 DE OCTUBRE DE 2019

LAW APPLICABLE TO OPONIBILITY AGAINST THIRD
PARTIES OF AN ASSIGNMENT OF CREDITS. COMMENTARY
TO THE JUDGMENT OF THE COURT OF JUSTICE
OF THE EUROPEAN UNION OCTOBER 9, 2019

ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ*

Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado

Universidad Miguel Hernández de Elche

(acreditado a Profesor Titular de Universidad)

ORCID: 0000-0002-8313-2070

Recibido: 16.03.2020 / Aceptado: 15.04.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5658>

Resumen: El artículo 14 del Reglamento 593/2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales “Roma I”, no designa, ni directamente ni por analogía, la ley aplicable a la posibilidad frente a terceros de una cesión de créditos en caso de cesiones múltiples de un crédito por el mismo acreedor a sucesivos cesionarios. De esta forma responde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de octubre de 2019, asunto C-548/18, a una petición de decisión prejudicial planteada en el procedimiento entre BNP y TeamBank en relación con la consignación judicial por el administrador concursal de la deudora del importe de ciertos créditos de los que ambas entidades se declaraban acreedoras porque habían sido cedidos.

Palabras clave: Cesión de créditos, ley aplicable, obligaciones contractuales.

Abstract: Article 14 of Regulation 593/2008, on the law applicable to contractual obligations “Rome I”, does not designate, directly or by analogy, the law applicable to the possibility of transferring credits to third parties in the event of multiple transfers of a credit by the same creditor to successive assigns. In this way, the Court of Justice of the European Union of October 9, 2019, Case C-548/18, responds to a request for a preliminary ruling raised in the procedure between BNP and TeamBank in relation to the judicial deposit by the bankruptcy administrator. of the debtor of the amount of certain credits of which both entities declared themselves creditors because they had been assigned.

Keywords: Transfer of credits, applicable law, contractual obligations.

Sumario: I. Planteamiento. II. Litigio principal y cuestiones prejudiciales. III. Determinación de la ley aplicable a la oponibilidad frente a terceros de una cesión de créditos y Reglamento “Roma I”. IV. Valoración global.

*alfonso.ortega@umh.es

I. Planteamiento

1. Las cesiones de crédito entre personas o entidades de distintos Estados miembros de la Unión Europea son una operación enormemente corriente, ya sea de forma aislada o agrupándolos en carteras que se ceden de forma conjunta, en este sentido han sido objeto de estudio por parte de la doctrina *ius internacional privatista*.¹ La cesión de créditos es un contrato en cuya virtud un acreedor (cedente) transmite un derecho de crédito a otro sujeto (cesionario), que será desde ese momento el nuevo acreedor del sujeto que era el deudor del primer acreedor donde la transmisión de derechos puede tener distinto alcance.²

El problema se presenta al momento de delimitar la ley aplicable al crédito y la ley aplicable a la cesión, se complica aún más si en la operación existen varios cesionarios de un crédito que se encuentran en distintos estados. Todo ello nos lleva a plantearnos la necesidad de estudio del contrato de cesión de créditos desde un prisma internacional, en el que confluyen tanto el Derecho Internacional Privado como el Derecho Mercantil Internacional o Derecho Uniforme del Comercio Internacional con el fin de averiguar si los instrumentos internacionales o comunitarios que regulan la materia han sido capaces de adoptar soluciones altamente previsibles para las partes que actúan en el comercio internacional.

II. Litigio principal y cuestiones prejudiciales

2. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante STJUE), de 9 de octubre de 2019 (Asunto C-548/18) tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal del Sarre, Alemania (en adelante, Saarländisches Oberlandesgericht), en el procedimiento entre BGL BNP Paribas S.A. (en lo adelante, BNP) y TeamBank AG Nürnberg (en adelante, TeamBank) en relación con el levantamiento de la consignación, ante un tribunal alemán, de cierta cantidad de dinero depositada por la administradora judicial de un deudor de esas dos entidades bancarias. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 14 del Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales Reglamento “Roma I” (en adelante, Reglamento “Roma I”).³

3. TeamBank y una nacional luxemburguesa celebraron el 29 de marzo de 2011, un contrato de préstamo, regido por el Derecho alemán y garantizado con la cesión de la parte embargable de los créditos salariales actuales y futuros, incluidos los derechos a pensión, que la deudora tiene frente a su empleador luxemburgués; no siendo éste, informado de la cesión. El 15 de junio de 2011, la deudora celebró otro contrato de préstamo con BNP. Este segundo contrato establecía la cesión de los mismos créditos que la deudora tiene frente a su empleador luxemburgués. Mediante carta certificada de 20 de septiembre de 2012, BNP informó a este último de la mencionada cesión, de conformidad con el Derecho luxemburgués aplicable a los contratos de préstamo.

TeamBank y BNP interpusieron un recurso y una demanda reconvencional, ante el Landgericht Saarbrücken quien estimó el recurso. Por disconformidad de dicha resolución BNP interpuso recurso de apelación contra la sentencia del Landgericht Saarbrücken ante el tribunal remitente, alegando que, con arreglo al Derecho luxemburgués aplicable a la citada cesión, tal notificación era un requisito de validez de las cesiones de créditos, de modo que la primera cesión carecía de efectos jurídicos. Ese mismo tribunal se preguntó si el Reglamento “Roma I” podía/puede interpretarse en el sentido de que determina la ley aplicable a la oponibilidad frente a terceros de una cesión de créditos en caso de cesiones múltiples, a

¹ Vid., en sentido amplio, M. REQUEJO ISIDRO, “La cesión de créditos en el comercio internacional”, en *Servicio de Publicaciones de Universidad de Santiago de Compostela*, Santiago de Compostela, 2002; J. CARRASCOSA GONZÁLES, “La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I”, Colex, Madrid 2009, pp. 256-262.

² Vid. A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLES, “Cesión de créditos. Ley aplicable”, en *Litigación internacional en la Unión Europea II*, volumen II, 1ª ed., Aranzadi, Navarra, 2017, p. 257.

³ DOUE núm. 177, de 4 de julio de 2008.

efectos de determinar el titular del crédito. En estas circunstancias, el Saarländisches Oberlandesgericht decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE varias cuestiones prejudiciales que, en esencia, se circunscribían a si el artículo 14 del Reglamento “Roma I” debía/debe interpretarse en el sentido de que designa, directamente o por analogía, la ley aplicable a la oponibilidad frente a terceros de una cesión de créditos en caso de cesiones múltiples de un crédito por el mismo acreedor a sucesivos cesionarios.

III. Determinación de la ley aplicable a la oponibilidad frente a terceros de una cesión de créditos y Reglamento “Roma I”

4. El contrato que existe entre el cedente y el cesionario del contrato determina los derechos y obligaciones de ambas partes. Para resolver un litigio relacionado con la ley aplicable a un supuesto de cesión de créditos se toma en cuenta los criterios del Reglamento “Roma I” que en su artículo 14 establece las normas de conflicto que regulan la cesión de créditos transfronterizos : a) por una parte, según el apartado 1 del artículo 14, las relaciones entre el cedente y el cesionario de un derecho de crédito contra el deudor se regirán por la ley que, en virtud de ese mismo Reglamento, se aplique al contrato que les ligue; b) por otra parte, el apartado 2 del artículo 14 establece que la ley que rija el crédito objeto de cesión determinará su transmisibilidad, las relaciones entre el cesionario y el deudor, las condiciones de oponibilidad de la cesión al deudor y el carácter liberatorio de la prestación hecha por el deudor; y c) por último, a tenor del apartado 3 del artículo 14 el concepto de “cesión” en dicho artículo incluye las transmisiones plenas de derechos de crédito, las transmisiones de derechos de crédito a título de garantía, así como las prendas u otros derechos de garantía sobre los derechos de crédito.

5. Sin embargo, el Reglamento “Roma I”, guarda silencio sobre la ley aplicable a la oponibilidad a terceros de una cesión o prenda de créditos. Se trata de una cuestión en cuya determinación no hubo acuerdo durante el proceso de negociación del Reglamento “Roma I” y, por consiguiente, quedaron sujetos a las normas de conflicto nacionales. En los distintos Estados Miembros prevalecen soluciones diversas como ser la remisión a la ley de la residencia habitual del cedente o la aplicación de la ley del crédito cedido, como prevé España en el artículo 17.3 del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.⁴

6. La determinación de la ley aplicable a la oponibilidad a terceros de una cesión de créditos ha sido objeto de una intensa discusión en Europa que ha enfrentado a la aplicación de la ley de residencia habitual del cedente *vs.* la aplicación de la ley que rige el crédito cedido. Al respecto se han mantenido varias tesis: a) someter la cuestión a la Ley del país de residencia habitual del cedente; b) sujetar la cuestión a la ley que rige el crédito. Así las cosas, el contrato entre cedente y cesionario se regulará por las normas que rigen los contratos según el Reglamento “Roma I”; y las relaciones entre el cesionario y el deudor cedido se rigen por la ley aplicable al crédito cedido. Como bien señala YUSTE, “cuestión no baladí ya que, en un concurso de acreedores, la cuestión adquiere, de repente, una importancia extraordinaria, puesto que en ese momento ha de determinarse si el crédito aún permanece en la masa pasiva del deudor, o si fue transmitido legalmente. Es más, puede ocurrir incluso que un mismo crédito haya podido cederse en garantía a dos acreedores distintos y sometidos a legislaciones distintas, y surja la cuestión de ¿quién es el que debe cobrar el crédito?”⁵ Esta última situación fue la que abordó la sentencia del TJUE de 9 de Octubre de 2019, en la que hay dos cesiones de créditos: a) la primera cesión en garantía se realizó con arreglo al Derecho alemán (= ley pactada por las partes y residencia habitual de ambas); y, b) la segunda cesión, con arreglo al Derecho luxemburgués (= ley aplicable al crédito). La necesidad de determinar cuál es la ley aplicable a los efectos frente a terceros de la cesión para determinar cuál de las dos entidades

⁴ BOE núm. 62, de 14 de marzo de 2005.

⁵ *Vid.*, G. YUSTE, “La ley aplicable a los efectos frente a terceros de una cesión de crédito tras la Sentencia del TJUE de 9 de octubre de 2019, Andersen Tax & Legal”, disponible en: <https://www.andersentaxlegal.es/es/blog/la-ley-aplicable-a-los-efectos-frente-a-terceros-de-una-cesion-de-credito-sentencia-del-tjue-de-9-de-octubre-de-2019.html>

financieras debe tener prioridad sobre la otra surge cuando, habiéndose declarado la deudora en concurso, había que determinar cuál de los bancos implicados tenía preferencia sobre esos derechos, ya que cada uno había cumplido con los requisitos legales para la oposición frente a terceros de la cesión con arreglo a una legislación distinta. La cuestión prejudicial planteada es un reflejo más de la falta de seguridad jurídica en el seno de la UE en lo relativo a la ley aplicable una carencia de gran trascendencia práctica, pues afecta a la determinación de las normas aplicables, entre otras cuestiones, a la prioridad de los derechos del cesionario sobre los derechos de otro cesionario o de los acreedores del cedente.

Ahora bien, ante la ausencia de una respuesta armonizada a nivel europeo, como bien señala GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “deberíamos optar por reunir cumulativamente los requisitos necesarios para que la cesión sea efectiva frente a terceros de acuerdo con las legislaciones de todas las partes implicadas o, cuando menos, los requisitos requeridos para la efectividad frente a terceros por la ley que regula el crédito y por la ley donde el cedente tenga su domicilio”.⁶

7. En la resolución de la STJUE, de 9 de octubre de 2019 (Asunto C-548/18) el Tribunal de Justicia considera que por lo que respecta al contexto en el que se inscribe el artículo 14 del Reglamento “Roma I”, del considerando 38 de dicho Reglamento se desprende que las “cuestiones preliminares” a una cesión de créditos, como una cesión anterior del mismo crédito en el marco de cesiones múltiples, aunque pueden representar un “aspecto jurídico real” de la cesión de crédito, no están comprendidas en el concepto de “relaciones” entre el cedente y el cesionario en el sentido del artículo 14.1, del mismo Reglamento. En este sentido el TJUE señala que el artículo 14 del Reglamento Roma I debe interpretarse en el sentido de que no designa, ni directamente ni por analogía, la ley aplicable a la oponibilidad frente a terceros de una cesión de créditos en caso de cesiones múltiples de un crédito por el mismo acreedor a sucesivos cesionarios.

IV. Valoración global

8. La cesión de créditos en operaciones transfronterizas plantea diversos conflictos, como ser la determinación de la ley aplicable a dicho contrato de cesión. Para resolver esta cuestión se recurre al artículo 14 del Reglamento “Roma I” el cual establece las normas que regulan los aspectos de la cesión de créditos transfronterizos, sin embargo, en este artículo no se precisa nada sobre la ley reguladora a la oponibilidad a terceros de una cesión de créditos.

Sobre este asunto se pronuncia la STJUE, de 9 de octubre de 2019 (Asunto C-548/18), el Tribunal responde a una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal del Sarre, Alemania, en el procedimiento entre BNP Paribas y TeamBank AG Nürnberg en relación con la consignación judicial por el administrador concursal de la deudora del importe de ciertos créditos de los que ambas entidades se declaraban acreedoras porque habían sido cedidos. El TJUE analiza el artículo 14 del Reglamento “Roma I” y concluye que ni de su tenor literal, ni del contexto en que se inscribe, no designa, ni directamente ni por analogía, la ley aplicable a la oponibilidad frente a terceros de una cesión de créditos en caso de cesiones múltiples de un crédito por el mismo acreedor a sucesivos cesionarios.

9. Visto que se trata de una cuestión no regulada por el Reglamento “Roma I”, cada estado puede seguir una u otra solución, en España, el artículo 17.3 del Real Decreto Ley 5/2005 indica que la oponibilidad a terceros de las cesiones o de prendas crediticias se sujetan a la ley aplicable al crédito cedido o pignorado. En el caso de cesión de los destinos créditos que componen una cartera de créditos de una institución financiera o de cualquier otro acreedor, debe territorializarse la cartera de créditos.

⁶ Vid. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La Propuesta de Reglamento sobre ley aplicable a la cesión de créditos”, Almacén de Derecho, disponible en: <https://almacenederecho.org/la-propuesta-reglamento-ley-aplicable-la-cesion-credititos>.

NACIONALIDAD ESPAÑOLA DE LOS HABITANTES
DEL SAHARA OCCIDENTAL. COMENTARIO A LA SENTENCIA
DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA,
DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2019.

SPANISH NATIONALITY OF THE INHABITANTS OF WESTERN
SAHARA. COMMENTARY TO THE JUDGMENT
OF THE PROVINCIAL HEARING OF BARCELONA,
FROM NOVEMBER 11, 2019.

ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ*

Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado

Universidad Miguel Hernández de Elche

(acreditado a Profesor Titular de Universidad)

ORCID: 0000-0002-8313-2070

Recibido: 15.04.2020 / Aceptado: 06.05.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5659>

Resumen: Desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998 se ha venido entendiendo que la vía por la que pueden acceder a la nacionalidad española los naturales del Sáhara, que nacieron cuando este territorio era provincia española, es el reconocimiento por posesión de estado, señalado por el artículo 18 de nuestro Código Civil. En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 11 de noviembre de 2019, estima un recurso admitiendo la inscripción de la nacionalidad por posesión de la nacionalidad tomando en consideración las pruebas testificales y documentales aportadas por el apelante siendo todo ello prueba de que el demandante estaba en posesión tanto de la documentación general como de la concreta a la que se refiere la normativa además de otros documentos que acreditaban el ejercicio de actividades propias del nacional español, por lo que resulta probada “la posesión del estado de nacional español por el actor, así como su utilización continuada, durante diez años como mínimo”, afirmando, en consecuencia, “la consolidación de la posesión de hecho de su nacionalidad española” por el señalado plazo y “conforme a la buena fe”, tal y como establece el artículo 18 del Código Civil.

Palabras clave: nacionalidad española, reconocimiento por posesión de estado, recuperación de la nacionalidad, Sáhara.

Abstract: Since the Judgment of the Supreme Court of October 28, 1998, it has been understood that the way through which the natives of the Sahara, who were born when this territory was a Spanish province, can access Spanish nationality, is the recognition of state possession, indicated by article 18 of our Civil Code. In this sense, the Judgment of the Provincial Court of Barcelona, of November 11, 2019, considers an appeal admitting the registration of nationality for possession of the nationality taking into account the testimonial and documentary evidence provided by the appellant, all of which is proof of that the plaintiff was in possession of both the general and the specific documentation referred to in the regulations, in addition to other documents that accredited the exercise of activities proper to the Spa-

* alfonso.ortega@umh.es

nish national, for which it is proven “the possession of the state of Spanish national by the actor, as well as its continued use, for at least ten years”, affirming, consequently, “the consolidation of the de facto possession of its Spanish nationality” for the aforementioned term and “in accordance with good faith”, such and as established in article 18 of the Civil Code.

Keywords: Spanish nationality, recognition for possession of state, recovery of nationality, Sahara.

Sumario: I. Planteamiento. II. Litigio principal. III. Adquisición de la nacionalidad española de los naturales del Sahara. IV. Consolidación de la nacionalidad española de los naturales del Sahara, conforme al artículo 18 del Código Civil. V. Valoración de la prueba practicada. VI. Consideraciones finales.

I. Planteamiento

1. La principal y más grave consecuencia del cuestionable modo en que se llevó a cabo la descolonización del Sáhara es que el territorio fue abandonado a su suerte, sin llegar a producirse una sucesión de Estados, lo que sitúa al Sáhara desde entonces y hasta nuestros días en una situación de indefinición en el plano internacional, siendo una de las consecuencias más graves que los saharauis carezcan de nacionalidad, porque ni pudieron optar en muchos casos por la nacionalidad española, a la vista de las duras condiciones del Decreto de 1976, ni pueden tener una nacionalidad propia porque el Sáhara no es todavía, al día de hoy, un Estado¹. De este modo, se ha derivado en la apatridia de estos ciudadanos que un día fueron súbditos del Estado español.² El caso del Sahara se viene considerando en la doctrina como un supuesto de descolonización atípica y nada satisfactorio en cuanto al procedimiento seguido y en cuanto al resultado alcanzado, con una clara responsabilidad del Estado español en esta cuestión.³

2. El régimen jurídico aplicable a la adquisición de la nacionalidad española se regula en el Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil⁴ (en adelante, CC), que tiene que ser integrado, en cuanto a la previsión de los requisitos legalmente exigidos y que tienen que ser cumplidos para obtener la residencia con la disciplina prevista en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁵. Respecto a los sefardíes debemos tener en cuenta la Ley 12/2015, de 24 de junio, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España⁶, por el cual se ha facilitado el acceso a la nacionalidad española a los sefardíes en nombre de la vinculación histórica a España. Para el desarrollo de la Ley 40/1975, de 19 de noviembre, sobre descolonización del Sáhara⁷ se aprueba el Real Decreto 2258/1976, de 10 de agosto, sobre opción de la nacionalidad española por parte de los naturales del Sahara⁸, en virtud del cual se concedió el plazo de un año para que estos pudieran optar por la nacionalidad española cumpliendo ciertos requisitos. El mismo Decreto dispone que, transcurrido el plazo de un año, quedan anulados los pasaportes y documentos de identificación personal concedidos por las autoridades españolas a los naturales del Sáhara que no ejerzan su derecho de opción. De este modo, se ha venido entendiendo que los

¹ Vid. J.L. ARGUDO PÉREZ Y J.J. PÉREZ MILLA, “Vinculación nacional y nacionalidad de los habitantes de los territorios descolonizados del África española”, en *Acciones e Investigaciones Sociales*, N° 1, 1991, pp. 167-202.

² Vid. J. SOROETA LICERAS, “La problemática de la nacionalidad de los habitantes de los territorios dependientes y el caso del Sáhara Occidental”, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XV, 1999, pp. 655 a 633.

³ Vid. C. RUIZ MIGUEL, “Nacionalidad española de ciudadanos saharauis: Secuela de una descolonización frustrada (y frustrante)”, en *Revista General de Derecho*, N° 663, 1999, pp. 14237 y 14238.

⁴ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889).

⁵ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000).

⁶ Ley 12/2015, de 24 de junio, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España (BOE núm. 151, de 25 de junio de 2015).

⁷ Ley 40/1975, de 19 de noviembre, sobre descolonización del Sáhara (BOE núm. 278, de 20 de noviembre de 1975).

⁸ Real Decreto 2258/1976, de 10 de agosto, sobre opción de la nacionalidad española por parte de los naturales del Sahara (BOE núm. 23, de 28 de septiembre de 1976).

saharauis que no hubieran ejercido el derecho de opción establecido en el Decreto 2258/1976 carecerían de la nacionalidad española. A pesar de ello, se ha solicitado en numerosas ocasiones el reconocimiento o la recuperación de la nacionalidad española por parte de saharauis que no hicieron uso de este derecho de opción, particularmente con relación a personas que no se encontraban en situación de poder optar durante el plazo de un año establecido en el Decreto porque ni se encontraban en territorio español ni en territorio extranjero, por hallarse en el Sáhara, hecho que se aprecia en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de noviembre de 2019, objeto de estudio el cual estima el recurso presentado y reconoce la nacionalidad española en base al artículo 18 del CC.⁹

II. Litigio principal

3. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de noviembre de 2019 estima un recurso de apelación interpuesto contra una sentencia del Juzgado de Primera Instancia y revoca la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN)¹⁰, de fecha 22 de julio de 2014, por consiguiente, ordena la inscripción del solicitante como español por haber consolidado la nacionalidad española en los términos exigidos por el artículo 18 del CC.

El recurso de apelación se alza contra la desestimación por parte del Juzgado de Primera instancia nº 39 de Barcelona, el cual señala que no resultaban acreditados los datos esenciales como ser la filiación, fecha y lugar de nacimiento para practicar la inscripción de nacimiento, en tanto que la certificación emitida por la República Árabe Saharaui Democrática no constituye título suficiente por no provenir de un registro extranjero “regular y auténtico”. Contra esta desestimación Don Casiano interpone recurso de apelación argumentando que la DGRN en Resoluciones de 24 de noviembre de 2015, 16 de enero de 2016 y 18 de enero de 2016 ha reconocido el valor probatorio de la documentación emitida por la República Árabe Saharaui Democrática respecto a los certificados de nacimiento y de antecedentes penales en dichos procesos. Por tanto, los certificados emitidos por la República Árabe Saharaui Democrática tienen valor probatorio respecto a los cuales se tiene constancia que el demandante nació en fecha NUM000 de 1975 en Villa Cisneros, situada en el Sáhara Occidental, actualmente denominada Dajla y que el pasaporte argelino del cual dispone no le libera de su condición de apátrida puesto que le fue facilitado por razones humanitarias para poder desplazarse en busca de formación y trabajo. Argumenta que reside en territorio español desde de 24 de diciembre de 2000, que tiene más de 12 años de cotización a la Seguridad Social, habiéndosele convalidado su título de Licenciado en Economía por una universidad de Cuba, que posteriormente ha realizado un curso de postgrado en la Universidad de Oviedo. Señala que ostentaba la nacionalidad española de origen por haber nacido en territorio español de padre y madre españoles de origen, por lo que tiene el derecho a optar por la nacionalidad española conforme al artículo 20.1 b) del CC. La resolución impugnada le condena de facto a la apatridia tal y como se ha señalado en la Sentencia 3538/2015, de 9 de octubre de 2015 de la Audiencia Nacional, por lo que solicita que se revoque la resolución de la DGRN y que se acuerde la inscripción principal de la nacionalidad española a su favor en el Registro Civil Central, subsanando el error de la fecha de nacimiento anotada marginalmente en el expresado Registro que es la de NUM000 de 1975 y no la de 4 de junio de 1974 como erróneamente consta.

4. La DGRN se opone a la demanda argumentando que no corresponde la inscripción por la vía que se planteó en el procedimiento administrativo que se fundamentaba exclusivamente en el artículo

⁹ *Vid.*, en sentido amplio, A. ALVÁREZ RODRÍGUEZ, “Nociones básicas de Registro Civil y problemas frecuentes en materia de nacionalidad”, Ediciones GPS, Madrid, 2015; A. ORTEGA GIMÉNEZ, (Dir.) y L. HEREDIA SÁNCHEZ, (Coord.), “Manual práctico Orientativo de Derecho de la Nacionalidad”, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017; y J.C. ALONSO BURÓN, (Dir.), A. ORTEGA GIMÉNEZ, (Coord.) y otros, “Código básico de Extranjería y Nacionalidad”, Ediciones Laborum, Murcia, 2007.

¹⁰ Hoy día, denominada “Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública”. *Vid.* Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE núm. 25, de 29 de enero de 2020), en relación con el Real Decreto 453/2020, de 10 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia, y se modifica el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, aprobado por el Real Decreto 997/2003, de 25 de julio (BOE núm. 63, de 12/03/2020).

18 del CC, por lo que no pueden ser objeto del presente litigio, las pretensiones ahora expuestas por el actor sobre su derecho a optar por la nacionalidad española. Según certificación de la Embajada de Argelia el demandante nació en Orán, por lo que no cumple la premisa indicada en la normativa, pero aun admitiendo que hubiera nacido en Villa Cisneros y no en Argelia, tampoco queda demostrado que el demandante residiera en el territorio ocupado (Sahara) en el año siguiente a la entrada en vigor del Real Decreto de 1976, por lo que no queda acreditado que el interesado o sus padres no pudieran optar por la nacionalidad española. Por consiguiente, el juzgado de instancia dictó sentencia desestimando la demanda al considerar que no se había acreditado que el demandante hubiera nacido en Villa Cisneros (actual Dajla), y que no obraban en autos elementos de juicio suficientes para considerar cumplido el requisito relativo a la utilización y posesión de la nacionalidad española durante 10 años.

5. Frente a esa resolución, el Señor Casiano presenta recurso de apelación, aportando pruebas testificales y documentales que demuestran que posee la nacionalidad española, acreditando el nacimiento en territorio español y la consiguiente inscripción en el registro civil que España llevaba en el Sáhara Occidental. Hechos que demuestran que el demandante ha actuado como español y no pudo ejercitar la opción a la que se refiere el real Decreto 2256/1976 por razones de edad y por hallarse en un campo de refugiados, además queda acreditado que sus padres han cotizado durante varios años a la seguridad social española provistos de DNI emitido por España para los ciudadanos del Sahara Occidental. Por tanto, el Tribunal estima el recurso de apelación, revoca la resolución de la DGRN y ordena que se proceda a la inscripción del solicitante, reconociendo su condición de español por haber consolidado la expresada nacionalidad española en los términos exigidos por el artículo 18 del CC.

III. Adquisición de la nacionalidad española de los naturales del Sahara

6. El concepto de nacionalidad, puede ser interpretado en un sentido negativo o formal, o bien como vínculo político jurídico que liga a un individuo con un determinado Estado. La pertenencia a una nación determina la condición de ciudadano y, como tal, le corresponde el ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes, atribuidos o concedidos discrecionalmente por el Estado. La nacionalidad es reconocida como un estado civil, que se compone de una connotación personal que incide directamente en la capacidad de obrar de las personas, los acompaña desde su nacimiento y afecta sus leyes más personales, y a la que se une una connotación política por su carácter constitucional, que se encuentra reflejado en el artículo 13 de la Constitución española¹¹ (en adelante, CE), aunque sea el CC el que lo regule sustancialmente.

Para determinar la condición de nacional desde la perspectiva constitucional del ordenamiento jurídico es preciso acudir al Capítulo Primero de la CE en la que no se equipara a nacionales y extranjeros como se deduce en el artículo 13.1 de la CE y que ha de ser interpretado junto con los artículos 10 y 53.1 de la CE¹². Los Estados tienen competencia exclusiva en la regulación de la nacionalidad, pero limitada a la protección de la relación efectiva entre el Estado y sus nacionales y, en caso de que se verifique el fenómeno sucesorio, el Estado que sucede puede aprobar medidas legislativas que reconozcan la continuidad de la vinculación con el Estado sucedido.

7. Se pueden distinguir dos formas de adquisición de la nacionalidad española que son la originaria y la derivativa. La primera determina la adquisición de la nacionalidad desde el nacimiento y la segunda con posterioridad al mismo¹³. La nacionalidad española por origen se adquiere por la pertenencia del nacido a una determinada línea o estirpe familiar, *ius sanguinis*, o en virtud del lugar de nacimiento, *ius soli*. La adquisición de la nacionalidad española derivativa permite a personas, que en origen tenían

¹¹ Constitución Española (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).

¹² De acuerdo con el artículo 13.1 CE: “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”.

¹³ Vid. J. M^a ESPINAR VICENTE, “La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español”, Civitas, Madrid, 1994, pp.72 y ss.

otra nacionalidad o carecían de nacionalidad alguna, por la que ejercen el derecho a adquirir la nacionalidad tras la verificación de unas condiciones excepcionales determinadas legalmente. Se distinguen los siguientes modos: opción (= artículo 20.1 del CC), carta de naturaleza (= artículo 21.1 del CC) y residencia (= artículos 21.2 y 22 del CC). Además, se debe tener en cuenta la consolidación por posesión de estado previsto en el artículo 18 del CC.

8. Los naturales del Sáhara, que acrediten los requisitos legales exigibles, pueden acceder a la nacionalidad española de acuerdo con los siguientes títulos de atribución:

a) Derecho de opción a la nacionalidad española

La Ley de descolonización de 19 de noviembre de 1975 fue acompañada en su desarrollo normativo por el Decreto 2258/1976, de 10 de agosto, que reconoció el derecho de optar por la nacionalidad española a los naturales del Sahara que: a) se encontrasen en tal fecha residiendo en territorio nacional y estuviesen provistos de “documentación general española”; o bien b) que encontrándose fuera del territorio nacional español se hallaran en posesión de pasaporte español o estuvieran incluidos en los Registros de las representaciones españolas en el extranjero (= artículo 1), lo que podían hacer en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor del Derecho, mediante comparecencia ante el Encargado del Registro civil de su residencia (= artículo 2). Las actas levantadas de aquellas comparecencias ante el Encargado del Registro Civil recogiendo la manifestación de voluntad de optar y la acreditación de la posesión de la documentación requerida en cada caso daba lugar a las correspondientes inscripciones en los Registros civiles españoles con pleno reconocimiento de la nacionalidad española de los optantes.

b) Adquisición de la nacionalidad española por residencia

El artículo 22.2.a) del CC establece el plazo de residencia de un año respecto del que “haya nacido en territorio español”. En este caso el debate jurídico se ha centrado en la correcta interpretación de la expresión “territorio español” utilizada por tal precepto. Así se entiende que el nacido en los antiguos territorios del Sahara español durante el periodo de dominación española del mismo cumple tal requisito, por lo que puede acceder a la nacionalidad española mediante residencia legal abreviada de un año.

c) Consolidación de la nacionalidad española

Dispone el artículo 18 del CC, “La posesión y utilización continuada de la nacionalidad española durante diez años, con buena fe y basada en un título inscrito en el Registro Civil, es causa de consolidación de la nacionalidad, aunque se anule el título que la originó”. En este sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 11 de noviembre de 2019 que estima un recurso y ordena que se proceda a la inscripción del solicitante, nacido en Villa Cisneros en 1975, reconociendo su condición de español por haber consolidado la expresada nacionalidad española en los términos exigidos por el artículo 18 del CC.

d) Atribución de la nacionalidad española *iure soli* en evitación de situaciones de apatridia

En base a la interpretación del artículo 17.1.c) del CC que considera españoles de origen a “los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad”. Teniendo en cuenta que no está por el momento reconocida internacionalmente la nacionalidad saharauí, cuando el padre del nacido en España, aunque haya estado con anterioridad en posesión de pasaporte argelino, haya sido desposeído de éste y actualmente

esté documentado en España como apátrida, y cuando la madre, si bien está en posesión de pasaporte argelino, no es considerada ciudadana argelina por las autoridades de este país y así se acredita mediante certificación consular, hay que concluir que los padres son apátridas, de modo que se impone la atribución de la nacionalidad española *iure soli* al hijo.

IV. Consolidación de la nacionalidad española de los naturales del Sahara, conforme al artículo 18 del Código Civil

9. En el Preámbulo de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad¹⁴ que reformó el artículo 18 se indica que la finalidad de darle nueva redacción al precepto era “evitar cambios bruscos y automáticos de la nacionalidad de una persona”, por esta razón y para evitar este resultado se introduce una nueva forma de adquisición de la ciudadanía española por posesión de estado, lo que no es una novedad en Derecho comparado europeo. Tal posesión requiere las condiciones tradicionales de justo título, prolongación durante cierto tiempo y buena fe. A propósito de esta cuestión la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de noviembre de 2019, reconoce la nacionalidad española del demandante en base a la posesión y utilización continuada de la nacionalidad española, condiciones que han sido probadas de sobra en el recurso interpuesto por el demandante.

10. La correcta interpretación y aplicación del artículo 18 del CC a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de noviembre de 2019, debe efectuarse en el especial contexto histórico referido a los naturales del denominado Sahara español y a la ulterior desvinculación del territorio de la metrópoli tras su ocupación por un tercer Estado. Al respecto la STS 1026/1998 de 26 de octubre de 1998 efectúa una síntesis histórica de los hechos indicados señalando lo siguiente: “El origen de la cuestión debatida se halla en las confusiones creadas por la legislación interna, promulgada para la antigua colonia del llamado Sahara español, en el período histórico precedente a la “descolonización” llevada en su día a cabo, en trance lleno de dificultades, que culminaron con el abandono del territorio, al margen, desde luego, de la calificación objetiva que mereciera el territorio del Sahara en relación con el territorio metropolitano, según el Derecho Internacional. Tal periodo histórico ha sido denominado, doctrinalmente, etapa de la “provincialización”, a consecuencia de la manifestada y reiterada voluntad legislativa de equiparar aquel territorio, no obstante sus peculiaridades, con una “provincia” española, y, por ello, a considerarla, como una extensión del territorio metropolitano, o sea, territorio español, sin acepciones, con todas las vinculaciones políticas determinantes de la referida concepción que, sin duda, se proyectaron, como corolario obligado, en la población saharaui y, en su condición de nacionales españoles. Ilustres administrativistas enseñaron que la “provincialización” elevaba dichos territorios al rango de territorio nacional. Entre otras normas debe destacarse la Ley de 19 de abril de 1961 que estableció “las bases sobre las que debe asentarse el ordenamiento jurídico de la Provincia del Sahara en sus regímenes municipal y provincial”, con otros aspectos, algunos tan importantes como el recogido en el artículo cuarto que, textualmente, dispone que “la provincia del Sahara gozará de los derechos de representación en Cortes y demás organismos públicos correspondientes a las provincias españolas”, regla que fue llevada a la práctica con la participación efectiva de representantes saharauis en las Cortes y en el Consejo Nacional. Como manifestación de esta posición el Aaiun “era una provincia española y la palabra España comprendía todo el territorio nacional”.”

11. Al referirse en concreto a la nacionalidad de los saharauis durante el tiempo en el que se prolongó la tutela española sobre el territorio del Sáhara, la expresada Sentencia concluye que esta nacionalidad fue la española. Cuestión distinta es que una vez producida la ocupación del territorio por un tercer estado y consumada la desvinculación de España, las autoridades españolas del momento concedieran a los habitantes del territorio la posibilidad de optar formalmente por la nacionalidad española, a

¹⁴ Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad (BOE núm. 302, de 18 de diciembre de 1990).

cuyo efecto se emitió el Real Decreto 2258/1976, de 10 de agosto, pero ello no significa que quienes no pudieron de facto ejercitar tal opción por hallarse en los campos de refugiados de Argelia y no tener posibilidad de acceder a un consulado español, no puedan acreditar su condición de originarios del Sáhara y a que les sea reconocida la nacionalidad española.

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de noviembre de 2019 se aprecia el análisis de la aplicación del artículo 18 del CC, al respecto el Tribunal señala que este artículo establece el concepto de consolidación de la nacionalidad por la posesión y utilización continuada de ésta, de acuerdo con el cumplimiento de determinados requisitos, así como la concurrencia de *tractatus* y fama, por lo cual en base a todas las pruebas presentada en autos se da por probada la inscripción en el Registro civil correspondiente, a pesar de que no se aportó la certificación correspondiente porque considera que “la existencia de la referida inscripción se produce con toda certeza, según la prueba practicada y según la legislación aplicable”. Ciertamente que en la indicada resolución el Tribunal analiza un supuesto de anotación de la nacionalidad española con valor de simple presunción, pero la doctrina que expone ha de ser de igual aplicación al caso que ahora nos ocupa en que al demandante ya le fue anotada la nacionalidad española con valor de simple presunción y lo que se analiza es si la anotación de nacimiento que sirvió de soporte a la anotación de presunción de la nacionalidad española, puede convertirse en una inscripción definitiva en base al artículo 18 del CC.

12. En consecuencia el acceso a la nacionalidad española por la vía del artículo 18 CC se aplicaría a los naturales del Sáhara que tuvieron inscrito su nacimiento en España y vieron anulado su título en virtud de la Ley 40/1975 sobre descolonización del Sahara y el Real Decreto 2258/1976 por no ejercer la opción prevista en este último porque, no pudieron hacerlo, perteneciendo, así, al *tertium genus*. El Ministerio de Justicia a través de la DGRN, ha venido reconociendo la consolidación de la nacionalidad española cuando el interesado en el expediente registral instruido acredita que reúne las condiciones exigidas para la consolidación, esto es, inscripción en el Registro Civil español, prueba de la posesión y utilización de la nacionalidad española durante diez años, bastando para ello haber ostentado documentación oficial española vigente durante tal periodo de tiempo, y haber estado imposibilitado de facto para el ejercicio de la opción concedida por el Decreto de 10 de agosto de 1976 durante el año de vigencia de la misma por haber residido durante dicho periodo en el Sahara ocupado por Marruecos. Por tanto, ha quedado admitido que la citada población pueda adquirir la nacionalidad española por posesión de estado prevista en el actual artículo 18 del Código Civil, si bien, en este supuesto incumbe al demandante la carga de probar que reúne los requisitos establecidos en tal precepto.

13. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de noviembre de 2019, con el fin de probar que el demandante reúne los requisitos necesarios para la consolidación de la nacionalidad española se pone de manifiesto el relato proporcionado por la testigo Doña Miriam que manifestó ser prima del demandante, quien explicó que su familia y la del actor residían en Villa Cisneros, y que junto a otros miles de personas debieron trasladarse a los campamentos de refugiados de Tinduf en el año 1976, indicando que “todos” terminaron en los campos y que desde allí salieron a estudiar a Cuba, tanto la propia testigo como el actor, viniendo posteriormente a España en el año 2005, indicando que el actor regreso unos años antes. Tomando en consideración las pruebas aportadas en los autos y la declaración testifical de la testigo la sala señala que el demandante ha actuado como español porque nació en territorio español, y no pudo por razones de edad y por hallarse en un campo de refugiados, ejercitar la opción a que se refiere el real Decreto 2256/1976, de 10 de agosto, debiendo asimismo tener en cuenta para explicar esta consideración propia como español, el hecho de que su padre estuviera dado de alta en el sistema de la Seguridad Social española como de nacionalidad española, así como que su madre dispusiera del DNI emitido por España para los ciudadanos del Sahara Occidental. Obra en autos documentación que acredita que el actor estudió en la universidad cubana de Camagüey en la que obtuvo el título de Licenciado en Economía en julio de 1998, y que posteriormente se trasladó a España, donde siguió un programa de doctorado en la Universidad de Oviedo durante los cursos 2001/2002 2002/2003, 2004/2005 y 2005/2006 habiéndose certificado en fecha 29 de septiembre de 2005, por la Directora de la Residencia “Ramón Menéndez Pidal”, que el ahora demandante residió en el centro desde el 25 de

julio de 2003 hasta la culminación de sus estudios, extremo que acredita suficientemente su presencia en España desde el año 2001. Todo ello es prueba de que el demandante estaba en posesión tanto de la documentación general como de la concreta a la que se refiere el Decreto, además de otros documentos que acreditaban el ejercicio de actividades propias del nacional español, por lo que resulta probada “la posesión del estado de nacional español por el actor.

V. Valoración de la prueba practicada.

14. En relación con el valor probatorio de la documentación aportada por los ciudadanos saharauis, expedida por la República Árabe Saharaui Democrática (en adelante RASD) se ha producido un cambio de criterio a raíz del informe emitido por el entonces Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación de fecha 5 de octubre de 2015, en relación con los certificados de nacimiento y de antecedentes penales señala que la falta de reconocimiento por parte de España de la RASD o la falta de definición del estatuto internacional del Sáhara no afectan per se al valor probatorio de los documentos emitidos por sus autoridades; en particular, por lo que hace a los certificados de nacimiento y de antecedentes penales. Por lo cual no existen obstáculos en el Derecho Internacional para admitir tales certificaciones en los expedientes de solicitud de la nacionalidad española ante las autoridades registrales de España.

15. En este sentido en la Sentencia de la Audiencia Provincial de 11 de Noviembre de 2019, consta aportada a los autos copia de la solicitud inicial del demandante ante el Encargado del Registro Civil de Santa Coloma de Gramanet para que se anotara con valor de simple presunción que ostentaba la nacionalidad española, solicitud que como hemos explicado, le fue efectivamente reconocida, y en la que refiere adjuntar una serie de documentos como el “Certificado expedido por el Juzgado Cheránico de Atín (Sahara) del Archivo General de la Administración- Alcalá de Henares”, lo que supone que acompañó una prueba documental emitida por un Registro público español, puesto que en el Archivo General de la Administración a que nos hemos referido, creado por Decreto 914/1969, de 8 de mayo, se custodian, entre otros documentos, los producidos por la Administración colonial en África, en particular, y por lo que aquí interesa, los denominados “libros cheránicos”, es decir, aquellos que de forma incompleta fueron salvados al abandonar España el territorio del Sáhara Occidental y que contenían los datos del estado civil de sus residentes autóctonos. El tribunal señala que los documentos aportados ha de tener valor suficiente para acreditar el lugar de nacimiento, puesto que este era el modo utilizado por la Administración colonial española para registrar los nacimientos de los lugareños. Consta que la parte actora aportó certificación emitida por la República Árabe Saharaui Democrática en el sentido de que el peticionante nació en Villa Cisneros (Sáhara Occidental), y si bien es cierto que tal entidad no ha sido formalmente reconocida como un Estado propio e independiente, con las evidentes consecuencias que ello comporta para el reconocimiento de las certificaciones o documentos emitidos. Finalmente, el solicitante esta referenciado en el registro efectuado por la Misión de las Naciones Unidas para el referéndum del Sáhara Occidental (MINURSO) como nacido en Dajla (antigua Villa Cisneros) en el año 1975.

16. Además, el Tribunal señala que la prueba de nacimiento y el pasaporte argelino en el que figura que nació en Orán (Argelia) el día NUM000 de 1974, no es acreditativo de que ostente la nacionalidad argelina. En primer lugar, porque el propio país que emitió el pasaporte en fecha 6 de febrero de 2008, a través de su Embajada en Madrid, señala que el ciudadano Casiano es de origen saharauí y no tiene la nacionalidad argelina, a pesar de que indica que nació en Orán el NUM000 de 1974, manifestación que fue reiterada por certificado de 22 de noviembre de 2017 de la expresada Embajada, en respuesta a la Diligencia acordada por el juzgado de instancia. Al respecto la jurisprudencia de los tribunales de lo contencioso administrativo ha reiterado que la concesión del pasaporte argelino a ciudadanos de origen saharauí responde a razones de carácter humanitario, sirviendo de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo que señala que el otorgamiento del pasaporte “consiste en proceder a documentar a quien por diversos motivos carece de documentación que le impide su simple desplazamiento e identificación”, y que “cuenta con un carácter formal, no exige la solicitud y voluntariedad del destinatario y no implica

una relación de dependencia con el Estado documentante”. De ahí que, en definitiva, si el solicitante no ostenta la nacionalidad argelina denegarle la posibilidad de ser considerado español sería abocarle a una situación de apatridia. Tomando en consideración lo expuesto el Tribunal manifiesta que el demandante ha acreditado que nació en Villa Cisneros (Sáhara Occidental) en el año 1974, y no en 1975, como erróneamente se recoge en el Registro Civil Central, lo que significa que nació en un territorio que en aquel momento podía considerarse territorio español, por lo que estima la pretensión del demandante discrepando de la conclusión de la DGRN, y que sobre la base de las pruebas aportadas se ha consolidado la nacionalidad española en los términos del artículo 18 del CC.

VI. Consideraciones finales

17. Durante la época del colonialismo europeo iniciada en el siglo XIX y prolongada durante la primera mitad del siglo XX, el territorio del Sáhara quedó bajo la dominación española, situación que se mantiene hasta que la Ley 40/1975, de 19 de noviembre sobre descolonización del Sáhara pone fin a la misma para dar cumplimiento a lo dispuesto en la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de Naciones Unidas de 14 de diciembre de 1960 sobre la concesión de independencia a los países y pueblos coloniales. El caso del Sahara se viene considerando en la doctrina como un supuesto de descolonización atípica y nada satisfactorio por las formas en que se realizó.

A la vista de todo lo expuesto, parece que podrían encontrarse argumentos de peso para reconocer que los naturales del Sahara que nacieron cuando este territorio estaba bajo administración española tuvieron en aquel momento la nacionalidad española, hasta que, en un momento posterior, con la Ley 40/1975 y el RD 2258/1956, quedaron privados de tal nacionalidad por no ejercer el derecho de opción que preveía el Real Decreto. Este planteamiento, sin embargo, es contrario a la postura que viene manteniendo la DGRN y no encuentra un claro respaldo en el ámbito judicial, porque la STS de 28 de octubre de 1998 reconoció el acceso a la nacionalidad por la vía del artículo 18 del CC, en el mismo sentido se estima el recurso interpuesto por el apelante en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de noviembre de 2019, que es objeto de análisis.

18. Si analizamos este tema desde la distancia que nos separa con la turbulenta descolonización, y en un Estado con principios constitucionales ya consolidados, se puede considerar que aquellos saharauis que nacieron en la etapa de provincialización fueron en su día nacionales españoles por lo que podrían recuperar la nacionalidad española si acreditan los requisitos legales exigibles, de acuerdo con los siguientes títulos de atribución: a) Derecho de opción a la nacionalidad española, establecido por la Ley de descolonización de 19 de noviembre de 1975 que reconoció el derecho de optar por la nacionalidad española a los naturales del Sahara que se encontrasen en tal fecha residiendo en territorio nacional y estuviesen provistos de “documentación general española”; o bien que encontrándose fuera del territorio nacional español se hallaran en posesión de pasaporte español o estuvieran incluidos en los Registros de las representaciones españolas en el extranjero, lo que podían hacer en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor del Decreto, mediante comparecencia ante el Encargado del Registro civil de su residencia; b) Adquisición de la nacionalidad española por residencia, en base al artículo 22.2.a) del Código Civil el cual establece el plazo de residencia de un año respecto del que “haya nacido en territorio español”; c) Consolidación de la nacionalidad española, según lo dispuesto en el artículo 18 del CC.

En este sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 11 de noviembre de 2019 que estima el recurso de apelación interpuesto y revocando una Resolución de la DGRN de 22 de julio de 2014, por lo que ordena que se proceda a la inscripción del solicitante, nacido en Villa Cisneros en 1975, reconociéndole su condición de español por haber consolidado la expresada nacionalidad española en los términos exigidos por el artículo 18 del CC.

Y, por último, en base a la interpretación del artículo 17.1.c) del CC que considera españoles de origen a “los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad”, la atribución de la nacionalidad española *iure soli* en evitación de situaciones de apatridia.

EL INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS,
DE NUEVO SOBRE LA NECESIDAD DE LA CREACIÓN
DEL CONCEPTO AUTÓNOMO DE SU RESIDENCIA
HABITUAL. AUTO DE 24 DE OCTUBRE DE 2019 SECCIÓN
DECIMOSEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
DE BARCELONA*

THE BEST INTEREST OF THE CHILDREN, ONCE MORE
ABOUT THE NEED TO CREATE AN AUTONOMOUS CONCEPT
OF THEIR HABITUAL RESIDENCE. ORDER OF OCTOBER 24,
2019 TWELFTH SECTION OF THE PROVINCIAL AUDIENCE
OF BARCELONA

LUCAS ANDRÉS PÉREZ MARTÍN**

*Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*

ORCID ID: 0000-0001-6340-0528

Recibido: 15.06.2020 / Aceptado: 03.07.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5660>

Resumen: De nuevo apreciamos los negativos efectos de la falta de voluntad del legislador europeo y nacional de concretar un concepto autónomo de residencia habitual de los niños y las niñas, que permita concretar criterios de hecho para determinarla. Provoca que un procedimiento de medidas provisionales previas necesariamente urgente tarde diecinueve meses en iniciarse. Tal retraso perjudica claramente el interés de los niños y las niñas de acceso a una tutela judicial efectiva sin dilaciones indebidas. El auto de 24 de octubre de 2019 de la Sección decimosegunda de la Audiencia Provincial de Barcelona resuelve una inicial errónea valoración del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Barcelona sobre la residencia habitual de un menor absolutamente evitable si la juzgadora hubiese contado con criterios legales claros para determinarla. La doctrina jurisprudencial existe, pero, aun así, tras la refundición de Bruselas II bis, quienes abogamos por la concreción normativa del concepto seguiremos esperando la necesaria reacción del legislador europeo.

Palabras clave: responsabilidad parental, residencia habitual de los niños y niñas, concepto autónomo, interés superior de los niños y niñas.

Abstract: Once more we appreciate the negative effects due to the lack of will of the European and National Legislator to specify an autonomous concept of habitual residence for boys and girls, which allows the definition of fact criteria to define it. This causes that a procedure of preliminary provisional measures,

*Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación I+D+I: “Obstáculos a la movilidad de personas en los nuevos escenarios de la UE”, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, Dirección General de Investigación Científica y Técnica, con la referencia DER2017-86017-R.

**lucas.perez@ulpgc.es

which are necessarily urgent, takes nineteen months to start. Such delay clearly damages the interest of boys and girls to access to an effective judicial protection without undue delay. The ruling of October 24, 2019 of the twelfth section of the Provincial Court of Barcelona resolves an initial erroneous assessment from the Court of First Instance number 15 of Barcelona, which includes that the habitual residence of a minor would be absolutely avoidable, if the judge had clear legal criteria to determine it. The jurisprudential doctrine exists, but even so, after the amendment of Brussels II bis, those of us who advocate the regulation concretion of the concept will continue to await the necessary reaction from the European Legislator.

Keywords: Parental responsibility, habitual residence of children, Autonomous concept, best interests of the child.

Sumario: I. Los hechos, de la oscuridad a la claridad. II. ¿El interés del menor? Procedimiento sumario y falta de definición del requisito previo. 1. Procedimiento sumario, responsabilidad parental y aplicación de Bruselas II bis. 2. Refundición de Bruselas II bis, interés del menor e indefinición de la residencia habitual. III. Los criterios, ¿aparente dificultad? 1. La presencia física, el lugar de la vida del menor, criterio inicial, no suficiente. 2. Motivos, circunstancias y voluntad de los padres en el cambio de residencia. IV. A vueltas con la creación de un concepto autónomo. 1. Por un concepto autónomo de residencia habitual. 2. Criterios de la residencia habitual de los niños y niñas. V. Conclusiones.

I. Los hechos, de la oscuridad a la claridad

1. Surge ante nosotros una nueva oportunidad para defender la necesidad de que el legislador europeo debe aportar un concepto autónomo de la residencia habitual de las personas en general y de los niños y las niñas en particular, así como la concreción de unos claros criterios fácticos para establecerla, aportando seguridad jurídica y con ello defendiendo el interés más necesario de protección¹. La historia se repite. Los hechos parecen confusos, pero si los analizamos con detenimiento nos llevan de la aparente oscuridad inicial a una gran claridad. Procedimiento sumario de medidas provisionales de un matrimonio en crisis con residencia de los padres en distintos lugares. Proceso que requiere resolución inmediata. Menor de corta edad con un cambio de residencia consensuada de sus padres previa al conflicto y la vuelta de uno de ellos al lugar de residencia anterior. Necesidad de resolución veloz para determinar las medidas de la responsabilidad parental y procedimiento que tarda diecinueve meses, casi dos años, siquiera en empezarse por una errónea valoración de la residencia habitual del hijo de los cónyuges. Todo evitable si la Juzgadora de Instancia hubiese tenido unos criterios legales claros, los conociese y los aplicase.

2. El Auto de la Sección decimosegunda de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de octubre de 2019² resuelve el recurso interpuesto por la madre del menor ante la declaración de incompetencia judicial internacional de los Tribunales españoles del Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de

¹ En el caso de los niños y las niñas ese interés se plasma, entre otros aspectos, en la necesidad de acceder a la tutela judicial efectiva sin demoras indebidas. Este ha sido un concepto muy estudiado por la doctrina en el que no podemos detenernos, pero que dejamos citado. Un reciente estudio general, transversal desde la perspectiva del Derecho civil tan relacionado con este supuesto es el de L. VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, "El interés superior del menor de edad en situación de desprotección como principio rector de la actuación de los poderes públicos", *BMJ*, año LXXIII, julio 2019, núm. 2.221, pp. 1 a 89. O también, M. P. GARCÍA RUBIO, "Aproximación al significado, contenido y alcance del interés del menor", en VARIOS, *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho, homenaje al profesor Dr. José Carlos, Fernández Rozas*, Pamplona, Aranzadi, 2020, pp. 1175 a 1090. Respecto al interés superior del menor en el Convenio de la Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, vid. E. PÉREZ VERA, *Informe explicativo del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, esp. párrafo núm. 114, disponible en <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=2779>. Consultado el 12 de junio de 2020. Sobre la importancia práctica del principio del interés general del menor en nuestra disciplina internacional privatista y los efectos que puede provocar, vid. A. MERCHAN MURILLO, "El interés superior del menor como cuestión de fondo", *CDT*, marzo 2020, Vol. 12, Nº 1, pp. 635-644.

² Auto de la AP Barcelona de 24 octubre 2020, ECLI:ES:APB:2019:8448A.

Barcelona de 15 de diciembre de 2018³, confirmando que los Tribunales españoles sí son competentes para conocer del procedimiento. En esencia los hechos nacen en Ginebra, al igual que el hijo en 2016, fruto de la pareja de nacionalidad española casada en la ciudad suiza en fecha que desconocemos. Los tres miembros de la familia se trasladan a Barcelona y se empadronan en ella el 27 de mayo de 2017. Alega el padre que de manera temporal y que la residencia “oficial” de la familia seguía siendo Ginebra, y la madre niega el acuerdo de dicha temporalidad. El trabajo del padre le exige a viajar por distintos países sin obligarle a permanecer en Suiza. El 17 de marzo de 2017 celebraron contrato de arrendamiento de vivienda en Barcelona por un periodo inicial de 3 años. El hijo, de un año de edad en dicho momento, es inscrito y acude a una guardería en la misma ciudad durante el curso 2017/2018. A principios de 2018 surge el conflicto familiar. El padre quiere volver a Ginebra y la madre permanecer en Barcelona. El padre comunica a la guardería que el 28 de febrero de 2018 volverán a Ginebra, y al arrendador que resolverán el contrato. La madre inicia el procedimiento de medidas provisionales previas en Barcelona el 13 de marzo de 2018. Diecinueve meses después la Audiencia Provincial de Barcelona resuelve que la residencia del menor es España y revoca el auto de instancia, devolviendo los autos al Juzgado de Primera Instancia para que siga con el procedimiento⁴.

II. ¿El interés del menor? Procedimiento sumario y falta de definición del requisito previo

1. Procedimiento sumario, responsabilidad parental y aplicación de Bruselas II bis

3. Desde la perspectiva procesal civil estamos ante un procedimiento de medidas provisionales previas que requiere de una tramitación sumaria regulado en el 771 de la LEC iniciado por uno de los cónyuges cuando ya vivían en distintos Estados o la separación de facto era inminente, para determinar las medidas establecidas en los artículos 102 y 103 del CC⁵, relativas tanto a la relación conyugal como a la paterno filial⁶. Antes de entrar en el análisis de la residencia habitual del menor, que es el objeto de nuestro estudio, es obligado hacer una precisión previa. El procedimiento iniciado solicita medidas que abarcan tanto las relaciones conyugales como respecto al menor, con un elemento de internacionalidad. Ambos tribunales vincularon el estudio de su competencia únicamente a la residencia del menor, atrayendo el ejercicio de la responsabilidad parental⁷ al propio procedimiento de divorcio. El Reglamento Bruselas II

³ Dictado en los Autos de medidas provisionales previas (art. 771 LEC) 164/2018. Sin publicación oficial en los repertorios habituales agradecemos al Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado, Don Oscar Aldaz Alfranca la disponibilidad del envío del mismo tan pronto finalizó la paralización de actuaciones judiciales por la declaración del Estado de Alarma según la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19 (BOE núm. 67, de 14 de marzo de 2020).

⁴ Hechos derivados de la lectura de los dos Autos. Podría haber algún detalle concreto que hubiésemos querido confirmar en los escritos de las partes a los que no hemos podido tener acceso, pero que se pueden derivar del FJ segundo del Auto de apelación. En aras de la claridad del análisis del Auto queremos señalar los datos que expresamente se recogen y los que inferimos. El Auto señala con claridad las fechas de traslado de las partes y la nacionalidad del padre. No recoge de forma expresa la nacionalidad de la madre, pero afirma aplicable no el periodo de 1 año del artículo 3 del Reglamento Bruselas II bis, sino los 6 meses derivados de la nacionalidad del demandante del lugar de su residencia habitual (siendo esta Barcelona), de lo que derivamos la nacionalidad española de la madre. Por otro lado, señala los tres años del arrendamiento de forma expresa.

⁵ Para consultar los aspectos generales de las medidas de los artículos 102 y 103 del CC, desde la perspectiva civil, *vid.* C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil. Derecho de Familia*, Tomo 6, Marcial Pons, Madrid, novena edición, 2010, pp. 120 a 124.

⁶ Para conocer los aspectos generales del procedimiento del artículo 771 de la LEC, desde la perspectiva procesal, *vid.* H. SOLETO MUÑOZ, *Las medidas provisionales en los procesos de familia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 107 a 147.

⁷ La responsabilidad parental, en palabras del TJUE, se concreta en “los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor”. *Vid.* STJUE de 27 de noviembre de 2007, Caso C, Asunto C-435/06, ECLI:EU:C:2007:714, párrafo 53. Artículo 2 de Bruselas II bis y su refundición. Al respecto de la complejidad del concepto y las medidas que abarca, *vid.* A. DURÁN AYAGO, “Responsabilidad parental, relaciones paterno-filiales y protección de menores: ¿tres denominaciones para tres realidades diferentes?”, en M. GUZMÁN ZAPATER y C. ESPLUGUES MOTA (directores), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 353 a 363, p. 360.

bis⁸, aplicable en dicho supuesto⁹, diferencia los criterios de conexión de la competencia respecto a ambos tipos de acciones. Por un lado, los criterios del procedimiento de divorcio (y por lo tanto las medidas vinculadas al divorcio) son reguladas en el artículo 3 con diversos foros alternativos, mientras que el criterio para establecer la competencia respecto a la responsabilidad parental se regula en el artículo 8 con un solo criterio, la residencia habitual del menor. Por ello, la competencia para ambas acciones puede ser del mismo Estado o no, con la posibilidad del juego de la competencia conjunta entre ambas acciones con diferente residencia del menor del lugar competente para el divorcio por el foro de accesoriadad si se dan las condiciones del artículo 12¹⁰. Sin entrar en dicho aspecto, ciertamente con contenido propio¹¹, en el presente trabajo nos centraremos en la competencia vinculada a la responsabilidad parental.

4. El Tribunal de Instancia aplica incorrectamente el artículo 22 de la LOPJ¹². En un procedimiento de divorcio con elemento de internacionalidad en el que los Tribunales españoles conocen si son competentes o no, ya hemos señalado que el Derecho aplicable es el Reglamento Bruselas II bis, teniendo la aplicación del artículo 22 de la LOPJ un ámbito de aplicación residual¹³. En todo caso el precepto nos remite al mismo criterio de localización de la competencia judicial del Reglamento europeo, la residencia habitual del menor¹⁴. La Audiencia Provincial aplica el régimen legal correcto, Bruselas II bis, que recoge en su considerando decimosegundo que el interés superior del menor radica en vincular el procedimiento con el lugar en el que reside en el momento de la crisis familiar a través del criterio de conexión de la competencia¹⁵.

2. Refundición de Bruselas II bis, interés del menor e indefinición de la residencia habitual

5. En los trabajos legislativos para la aprobación del Reglamento 1111/2019¹⁶, el interés superior del menor motivó las tomas de posición en los informes de la Comisión Europea¹⁷, del Parlamento Euro-

⁸ Reglamento de la Unión Europea 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, que deroga el Reglamento CE nº 1347/2000, conocido como Bruselas II bis (DO L núm. 338, de 23 de diciembre de 2003).

⁹ Vid. A. RODRÍGUEZ BENOT (director), *Derecho internacional privado*, Madrid, Tecnos, quinta edición, 2018, pp. 71 a 73.

¹⁰ Sobre el principio de accesoriadad para la unión o separación de estos procedimientos, vid. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Pamplona, Aranzadi, décima edición, 2018, pp. 401 a 403.

¹¹ Sobre la dificultad que también supondría la residencia habitual del menor fuera de la UE con competencia para el divorcio en un Estado miembro de la UE y su relación con el interés superior del menor, vid. I. LORENTE MARTÍNEZ, “Divorcio en España y menores con residencia habitual fuera de la Unión Europea”, en A. CEBRIÁN SALVAT e I. LORENTE MARTÍNEZ, *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 2018, pp. 104 y 105.

¹² Por desgracia no es hecho excepcional. Al respecto, vid. A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “¿Cuándo se aplica el Reglamento Bruselas II bis? El TJCE se pronuncia sobre su ámbito de aplicación”, *RDCE*, nº 29, mayo y agosto 2008, pp. 457 a 482, p. 465, o I. OTAEGUI AIZPURUA, “La errónea determinación de la competencia judicial internacional cuando los hijos residen en Estados miembros diferentes: Sentencia de la AP de Lugo nº 44/2018, de 11 de abril de 2018”, *CDT*, marzo 2019, Vol. 11, Nº 1, pp. 870-876.

¹³ Al respecto, vid. A. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Granada, Comares, decimotercera edición, 2018, Vol. II, p. 248, y M. GUZMÁN PECES, “La competencia judicial en materia de nulidad, separación y divorcio; responsabilidad parental y sustracción civil de menores en el Derecho internacional privado español”, en M. GUZMÁN ZAPATER y M. HERRANZ BALLESTEROS (directoras), *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 257 a 261, p. 250.

¹⁴ Vid. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Aranzadi, quinta edición, 2019, p. 152.

¹⁵ Vid. Considerando 12: “Las normas de competencia que establece el presente Reglamento en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del *interés superior del menor*, y en particular en función del *criterio de proximidad*. Esto significa por lo tanto que son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual el menor tiene su residencia habitual los que deben ser competentes en primer lugar”. Al respecto, y en relación al derecho italiano y francés y la residencia habitual en el Reglamento Bruselas II bis, vid. G. CAMPIGLIO, “Il foro della residenza abituale del coniuge nel regolamento (CE) nº 2201/2003: note a margine delle prime pronunce italiane”, *CDT*, octubre 2010, Vol. 2, Nº 2, pp. 242 a 249, pp. 247 a 249.

¹⁶ Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida), DOUE L178/1 de 2 de julio de 2019.

¹⁷ Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de REGLAMENTO DEL CONSEJO relativo a la competencia, el reconociemien-*

peo¹⁸ y del resto de Instituciones que intervinientes¹⁹. Bajo esa premisa, nunca se cuestiona que el Estado competente para conocer de los asuntos relacionado con los menores es el de su residencia habitual. En todos los aspectos que el legislador europeo quiso mejorar el contenido del reglamento para la mayor protección del menor el eje central es el mantenimiento del lugar en el que el menor tiene su día a día como el que debe asumir la competencia del proceso. En la sustracción internacional, la mejora de proceso de restitución y el refuerzo del sistema de retorno con el mecanismo de última palabra, en el refuerzo del derecho del menor a ser oído, o en la posibilidad de decisión conjunta de los padres para elegir el lugar de la residencia anterior como competente. En todos los supuestos el Estado en el que se encuentra la residencia habitual del niño o la niña –en la refundición según el artículo 7- asume la competencia²⁰.

6. Sin embargo, el legislador europeo no ha creído necesario definir la residencia habitual. No hay ni una referencia en todos los trabajos legislativos anteriormente citados que ni siquiera cite la conveniencia o no de definir este concepto nuclear en el texto del Reglamento, sea en sus considerandos o en su articulado. Y de hecho el Reglamento modifica las definiciones reestructurando y actualizando las de juez y documento público, y añadiendo en el artículo 2.6 una absolutamente novedosa, la de *niño*, como persona menor de 18 años. Podemos afirmar que es una posición del legislador europeo la falta de conveniencia de aportar una definición de residencia habitual²¹, aunque no podamos conocer su motivación para ello, ya que en ningún documento está expuesta²². Por todo lo cual, quienes defendemos la conveniencia de dicha definición²³ debemos seguir esperando a que el legislador europeo vuelva a la senda abierta por primera y única vez en el Reglamento de Sucesiones estableciendo criterios, en los considerandos 23 y 24²⁴.

III. Los criterios, ¿aparente dificultad?

7. Entremos en el análisis práctico del caso. El Juzgado de primera instancia considera que España no es competente porque el menor tiene la residencia habitual en Ginebra, con tres argumentos. Nació en Ginebra, los progenitores tenían su domicilio permanente en dicha ciudad²⁵, y por último, un

to y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición), COM/2016/0411 final - 2016/0190 (CNS), motivación y objeto de la propuesta, p. 2. Antes de llegar al propio texto el concepto *interés superior del niño* es nombrado 14 veces.

¹⁸ Vid. PARLAMENTO EUROPEO, Informe sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición), COM(2016)0411 – C8-0322/2016 – 2016/0190(CNS), nombrado 28 veces. También, vid. Resolución del PARLAMENTO EUROPEO de 28 de abril de 2016, sobre la protección del interés superior del menor en toda la Unión sobre la base de las peticiones dirigidas al Parlamento Europeo 2016/2575(RSP), (2018/C 066/01).

¹⁹ Vid. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)» [COM (2016) 411 final — 2016/019 (CNS)], (2017/C 125/06).

²⁰ Para analizar los trabajos de la refundición en el momento en el que se desarrollaban, vid. E. RODRÍGUEZ PINEAU, “La refundición del Reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo”, *REDI*, vol. 69/1, enero – junio 2017, pp. 139 a 165.

²¹ Sobre las dificultades que esta falta de definición provoca, vid. B. CAMPUZANO DÍAZ, “El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental” *CDT*, marzo 2020, vol. 12, n° 1, pp. 97 – 117, pp. 109 a 111.

²² En 62 ocasiones se nombra la residencia habitual en la propuesta de la Comisión, 56 en el texto de las modificaciones y 6 en la exposición de motivos, y en ninguna de ellas se cita la conveniencia o no de aportar una definición. Podemos apreciar una propuesta de los motivos de ese silencio en el Reglamento Europeo de Sucesiones en; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El concepto de residencia habitual del causante en el Reglamento sucesorio europeo”, *BARATARIA, Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, N° 19, 2015, pp. 15-35, p. 19.

²³ Misma opinión se puede observar, por ejemplo, en M. A. GANDÍA SELLENS, “La responsabilidad parental y la sustracción de menores en la propuesta de la Comisión para modificar el RB II Bis: algunos avances, retrocesos y ausencias”, *AEDIPr*, T. XVII, 2017, pp. 799 a 820, p. 814.

²⁴ Vid. I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, “La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento (UE) 650/2012”, *Indret*, abril 2013, pp. 1 a 58, p. 15.

²⁵ FJ único del Auto de Instancia. La Juzgadora emplea el término en pasado, “tenían”.

cambio unilateral de la residencia de la madre a Barcelona no puede considerarse que provoque la modificación la residencia habitual del menor. El Auto de la Audiencia Provincial considera que la residencia habitual es España porque el menor se encuentra aquí viviendo en el momento del inicio de la crisis familiar, está escolarizado en Barcelona sin que haya una obligación legal para ello, el contrato de alquiler de la vivienda en la que reside se suscribió para tres años y porque la decisión inicial del traslado de Suiza a España fue conjunta de ambos padres²⁶. A falta de la definición legal de residencia habitual, recurriremos al concepto autónomo creado por la Jurisprudencia del TJUE para valorar el acierto de la Segunda Instancia.

1. la presencia física, el lugar de la vida del menor, criterio inicial, no suficiente

8. En la comparación entre el criterio del nacimiento en Suiza que aplica la Juzgadora de Instancia y el de la efectiva presencia del menor en España que aplica la Audiencia, es absolutamente claro que la Jurisprudencia del TJUE da preferencia al de la presencia física. Por ejemplo, en la Sentencia de 17 de octubre de 2018, *UD*²⁷, en un supuesto en el que determinaba la residencia habitual de una menor que nunca había vivido en la UE²⁸, señala claramente que la presencia física de los niños y las niñas es un requisito absolutamente imprescindible para determinar su residencia habitual en un Estado miembro de la UE, y por su falta de vida previa en la UE la menor no tenía su residencia en ella, independientemente las causas vinculadas a dicha vida en un tercer Estado²⁹. Es un caso asimilable por cierta analogía a este supuesto en el que el Juzgado de Instancia prefirió en diciembre de 2018 el criterio del nacimiento del hijo en Ginebra en 2016 a su residencia en España desde mayo de 2017 a marzo de 2018, fecha en la que se inicia el proceso³⁰.

9. También es aplicable a este supuesto la doctrina de la STJUE de 28 de junio de 2018, *HR*³¹, en la que en un supuesto en el que una mejor tenía relación de forma simultánea con dos países a la vez, Polonia y Bélgica³², afirma con rotundidad que las circunstancias de hecho de la nacionalidad, origen y otras raíces de la menor, como las lingüísticas, decaen frente a la presencia física en un determinado

²⁶ FJ Segundo del Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de octubre de 2019 en el que se cita la STJUE de 13 de octubre de 2016, aunque consideramos que hay resoluciones más cercanas al caso que analizamos en nuestro trabajo. También opinaba que la residencia del menor es España el Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Ginebra, que paralizó, con dicha opinión y pendiente de la resolución de los Tribunales españoles, el proceso iniciado por el padre en Suiza sobre responsabilidades parentales y otras medidas provisionales.

²⁷ Asunto C-393/18, ECLI:EU:C:2018:835.

²⁸ La demandante (UD), bangladesí, y el demandado (XB), británico, se habían conocido en el Reino Unido y casado en Bangladés en 2013. Tras tener una primera hija y residir brevemente en el Reino Unido se trasladan en diciembre de 2016 a Bangladés con la finalidad de que la madre dé a luz en su país natal. La menor nace el 2 de febrero de 2017. La madre se queda residiendo con ella en Bangladés mientras que el padre vuelve al Reino Unido en enero de 2018. La demandante alegó que no podía volver al Reino Unido por coacciones ejercidas por su familia y violencia de género ejercida por el padre, y que la segunda hija tenía residencia habitual en el Reino Unido a pesar de no haber vivido nunca allí.

²⁹ Estudia esta Sentencia con mucho acierto B. CAMPUZANO DÍAZ, “Una nueva sentencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento 2201/03: sentencia de 17 de octubre de 2018, UB y XB, AS. 393/18 PPU”, *CDT*, octubre 2019, Vol. 11, nº 2, pp. 462 a 471. También la analizamos en L. A. PÉREZ MARTÍN, “Residencia habitual de los menores y vulneración de derechos fundamentales (STJUE de 17 de octubre de 2018, asunto C-393/18, PPU)”, *La Ley Unión Europea*, Nº 66, año VII, enero de 2019, pp. 107 a 120.

³⁰ El momento que debe ser valorado es marzo de 2018, fecha en que se presenta el asunto ante el órgano judicial –artículo 8 Bruselas II bis–.

³¹ Asunto C-512/17, ECLI:EU:C:2018:513.

³² En el supuesto la menor nace en Bélgica en 2015, hija de una funcionaria polaca del SEAE de la UE (HR) y un ciudadano belga (KO). La niña desarrolla su vida habitual en Bruselas, donde vive con sus padres, sin asistir a la guardería, y ha disfrutado de largas estancias en Polonia en el marco de sus vacaciones y periodos festivos junto a su familia materna, algunas de ellas durando hasta tres meses. Los padres finalizan su convivencia en agosto de 2016 y llegan a un acuerdo verbal sobre la menor, que reside con la madre en Bélgica, visitándola su padre una vez por semana. La madre afirmaba que la menor, empadronada en ambos Estados, tiene residencia habitual en Polonia, y el padre, que la tiene en Bélgica. El TJUE la estableció en Bélgica, lugar de presencia física habitual de la menor

Estado³³. En este supuesto, con relación del menor con Suiza y España, la relación física con Ginebra fue en el momento de su nacimiento y su primer año, y el año anterior a la interposición de la demanda la relación la mantuvo de forma continuada únicamente con España, empadronado y viviendo con sus padres en una vivienda alquilada por tres años en Barcelona desde mayo de 2017 a marzo de 2018 y acudiendo aquí a la guardería. Aquí se encontraba su “centro habitual de vida e intereses”³⁴.

2. Motivos, circunstancias y voluntad de los padres en el cambio de residencia

10. El lugar en el que se materializa la vida e intereses de los niños y niñas depende, según la Jurisprudencia ya consolidada del TJUE, de varios hechos. Desde la sentencia de 2 de abril de 2009, *caso A*³⁵, seguida por varias otras resoluciones³⁶, los hechos a valorar son los de la duración, regularidad, condiciones y razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado. También la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, sus conocimientos lingüísticos y las relaciones familiares y sociales que el menor mantiene en el referido Estado. En este supuesto, el traslado y la residencia en España tenían cierta estabilidad. Lo demuestran los 3 años del alquiler, que se inscribiera al menor en una guardería, aunque no hubiese obligación legal de ello, o que la vuelta a Ginebra la decidiese el padre únicamente cuando surge la crisis familiar.

11. Un aspecto al que le da importancia la resolución de instancia es la unilateralidad del cambio de domicilio de la madre, que no puede suponer el cambio de residencia habitual del menor. Aclaremos antes que la Audiencia Provincial (y nosotros con ella) discrepa de esta valoración. De los hechos descritos se desprende un traslado voluntario de ambos cónyuges³⁷, ya que la familia se traslada unida a Barcelona, se empadronan, firman un contrato de alquiler por 3 años e inscriben los niños en la guardería. Es solo la crisis la que provoca la intención del padre de volver a Ginebra. Pues bien, incluso aunque el acuerdo hubiese sido el de venir a España de forma provisional y la madre se hubiese arrepentido de dicha decisión, la Jurisprudencia del TJUE ha resuelto ya no valorar dicho cambio de posición y establecer la residencia habitual en el lugar en el que se encontraba el menor en el momento del inicio del procedimiento, siendo los acuerdos previos entre los padres indiferentes. Esta doctrina la encontramos en la Sentencia de 8 de junio de 2017, *asunto OL*³⁸, en la que el TJUE establece que se debe valorar muy determinadamente que la menor no fue trasladada a un tercer Estado por uno de los padres sin el consentimiento del otro. En tal situación no se puede alegar que el interés de la menor fuese volver a su residencia anterior, sin que los acuerdos entre los padres tengan valor para establecer la residencia de la menor, debiendo valorarse por encima de ellos su integración en el lugar en el que vive, con el que tiene

³³ Criterio de proximidad esencial para determinar la Competencia Judicial. Sobre la trascendencia de la presencia física del menor en el momento del inicio del proceso y el cambio de Estado competente por el traslado de la residencia habitual, *vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Competencia judicial internacional para la modificación de sentencia en materia de responsabilidad parental y de obligaciones alimenticias. STJUE de 15 de febrero de 2017, asunto C-499/15: W y V”, *La Ley Unión Europea*, Nº 47, abril de 2017, pp. 1 y ss.

³⁴ Apartado 22 de la ya clásica Sentencia de 15 de septiembre de 1994, caso *Magdalena*, Asunto C-452/93, ECLI:EU:C:1994:332, que recogió la primera y genérica inicial definición del concepto de residencia habitual del TJUE.

³⁵ Asunto C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225. El 23 de febrero de 2005, los servicios sociales del municipio de L (Suecia) asumieron la guarda inmediata de los menores A y B nacidos en 1999 y 2001, de nacionalidad finlandesa. El 1 de marzo de 2005 la madre se traslada a Finlandia. Cuando se fue a ejecutar la resolución sueca en Finlandia la madre se negó. Finalmente, el TJUE estimó que la residencia habitual era la de Suecia.

³⁶ Como la Sentencia de 22 de diciembre de 2010, caso *Mercredi*, por ejemplo. Asunto C-497/10, ECLI:EU:C:2010:829.

³⁷ Un detallado estudio de situaciones complejas, alguna de ellas similares a las del caso lo podemos apreciar en J. CARRAS-COSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante”, *CDT*, marzo 2016, Vol. 8, nº1, pp. 47-75, en concreto y señalando supuestos complejos, en pp. 65 a 74.

³⁸ Asunto C-512/17, ECLI:EU:C:2017:436. OL, italiano, y PQ, griega, contrajeron matrimonio el 1 de diciembre de 2013, residiendo inicialmente en Italia. En el octavo mes de embarazo, ambos deciden que la madre daría luz en Atenas, y la niña nace el 3 de febrero de 2016. El padre se desplaza a Italia y acuerdan que en mayo la madre y la niña volverán al citado país. En junio la madre decide unilateralmente permanecer en Grecia afirmando que nunca concretaron la fecha de su vuelta a Italia. En julio de 2016 el padre inicia procedimientos en Italia y Grecia. El TJUE concreta la residencia habitual de la menor en Grecia.

un vínculo físico. Si se hubiese aplicado esta doctrina a nuestro supuesto nunca se habría considerado que la residencia era España³⁹.

IV. A vueltas con la concreción de un concepto autónomo

1. Por un concepto autónomo de residencia habitual

12. Finalizamos deteniéndonos en los argumentos de nuestra opinión sobre la necesidad de la elaboración legislativa de un concepto de residencia habitual que otorgue seguridad a los distintos operadores jurídicos y que pueda ayudar a evitar estas dilaciones indebidas que vulneran los derechos de los niños y las niñas⁴⁰. Existen instituciones jurídicas en las que este concepto puede no ser oportuno, pero en las instituciones de naturaleza fáctica de gran trascendencia práctica y un evidente perfil europeo diferenciado de los perfiles nacionales, los conceptos autónomos son especialmente eficaces y necesarios. Uno de ellos es la residencia habitual⁴¹, y en concreto en lo relativo a los niños y las niñas en el Reglamento Bruselas II bis⁴². Su componente fáctico provoca que sea un concepto difícil de concretar⁴³, pero creemos que es factible, sin concretarla en un determinado periodo de tiempo⁴⁴, sino en las circunstancias, motivaciones y características de la residencia.

13. Esta elaboración de la definición respondería, sí, a la defensa del interés superior del menor toda vez que facilitaría su acceso a una tutela judicial efectiva sin retrasos indebidos⁴⁵ evitando evidentes graves problemas a los niños y niñas, tales como los ocasionados en el supuesto analizado, iniciado casi con dos años de retraso⁴⁶. Esta definición no debe ser una definición cerrada, cuantitativa, pero sí debe ser indicativa de las circunstancias y características de hecho que debe tener la estancia de un niño o niña en un Estado miembro para considerar que en él tiene su residencia habitual⁴⁷.

³⁹ Vid. M. C. CHÉLIZ INGLÉS, *La sustracción internacional de menores y la mediación. Retos y vías prácticas de solución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 46 y ss. para conocer las distintas posturas jurisprudenciales que se han producido en los distintos Estados para establecer mayor o menor valor a las posiciones de los padres. También repertorio especialmente práctico de resoluciones en P. MCLEAVY, INDACAT, en <https://www.incadat.com/es/convention/case-law-analysis>. Consultada el 12 de junio de 2020.

⁴⁰ Con más detalle en L. A. PÉREZ MARTÍN, “Propuesta de un concepto europeo de residencia habitual en derecho de familia internacional”, *AEDIPR*, T. XVIII, 2018, pp. 469 a 494, pp. 487 a 491.

⁴¹ Así lo opina expresamente S. A. SÁNCHEZ LORENZO, en “El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo”, *REDI*, Vol. 70, 2018 nº 2, p. 30.

⁴² Opina que este es un concepto autónomo J. CARRASCOSA GONZÁLEZ en “Litigación internacional, responsabilidad parental y foro de la residencia habitual del menor en un estado miembro. Un estudio jurisprudencial”, en A. CEBRIÁN SALVAT e I. LORENTE MARTÍNEZ, *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 2018, pp. 305 a 323, p. 315, sin que se pronuncie sobre si esa falta de definición es un defecto del Reglamento o no, atendiendo a su naturaleza fáctica.

⁴³ Lo destaca P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS en “Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)”, *La Ley Unión Europea*, Nº 21, año II, mayo de 2014, pp. 5 a 22, p. 17.

⁴⁴ Al respecto, vid. E. CLIVE, “The concept of Habitual Residence”, *Juridical Review*, 1997, pp. 137 a 143, si bien reconoce que en el caso de los matrimonios se puede entender que la Jurisprudencia establecía un año como el tiempo para determinar la residencia habitual de la pareja (p. 137), en el caso de los niños y niñas dicha concreción no es posible (p. 142).

⁴⁵ De la misma opinión es R. LAMONT, “Habitual Residence and Brussels IIbis: Developing Concepts for European Private International Family Law”, *Journal of Private International Law*, octubre 2007, Vol. 3 No. 2, pp. 261-281, p. 274. También Zhang afirma que es un defecto de los tratados internacionales que analiza la falta de definición del concepto toda vez que esta falta de definición provocará una gran dificultad para determinar la residencia habitual en los casos conflictivos. Vid. M. ZHANG, “Habitual Residence v. Domicile: A Challenge Facing American Conflicts of Law”, *Maine Law Review*, 2018, Vol 70, nº 2, pp. 160 a 197, p. 177.

⁴⁶ En esta línea, favorable a la defensa de la existencia de una definición de la residencia habitual, vid. M. A. GANDÍA SELLENS, “La responsabilidad parental y la sustracción de menores en la propuesta de la Comisión para modificar el RB II Bis: algunos avances, retrocesos y ausencias”, *AEDIPr*, T. XVII, 2017, pp. 799 a 820, p. 814.

⁴⁷ Opina contrariamente a nosotros, afirmando que la concreción de esta definición autónoma es especialmente difícil y en nada beneficiaría al interés superior del menor, M. GUZMÁN PECES, “Problemática en la coordinación de los instrumentos normativos aplicables a la sustracción de menores y en particular a la interpretación de la residencia habitual”, *AEDIPr*, T. XIV-XV,

2. Criterios de residencia habitual de los niños y niñas

14. Estos criterios ya han sido definidos por la Jurisprudencia del TJUE. No deben ser cuantitativos, sino cualitativos, debiendo tener muy en cuenta las condiciones generales del desarrollo personal y formativo de los niños y niñas según su edad en el momento en el que se analiza su residencia. Se debe valorar su madurez, escolarización, el tiempo y el lugar de residencia del menor durante los momentos anteriores a la aparición del conflicto que provoque la crisis entre los progenitores, los motivos y tiempos de sus traslados, y su mayor o menor relación con ambos padres o solo con uno de ellos. También se deben valorar sus lazos familiares con otras personas que no sean sus padres y su entorno social o los amigos con los que comparte su vida⁴⁸ y su opinión si tiene madurez. Otros factores a valorar, pero con menor importancia, son su nacionalidad, el idioma en el que se expresa y los acuerdos anteriores que hayan existido entre los progenitores.

V. Conclusiones

15. La residencia habitual, principal criterio de localización de la competencia judicial internacional y punto de conexión de la ley aplicable en el derecho europeo de familia y sucesiones, sigue considerándose por el legislador europeo como un concepto fáctico que no debe ser definido, sino concretado *ex casu* por la Jurisprudencia de los tribunales. Cumpliendo esta labor el TJUE ha realizado un intenso y meritorio trabajo de creación de un concepto autónomo de residencia habitual de los niños y las niñas en el que se concretan los aspectos de hecho a valorar de la misma para que las partes, las más interesadas, y los Tribunales, la determinen. En especial en situaciones internacionales conflictivas complejas. Sin embargo, como vemos en el caso aquí estudiado, en la práctica en no pocas ocasiones esta doctrina jurisprudencial no es correctamente aplicada, provocando un evidente daño al interés más necesario de protección, el de los niños y niñas, que ven vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva sin dilaciones indebidas.

16. El TJUE ha concretado que para establecer la residencia habitual de los niños y niñas se debe valorar su edad y madurez, los motivos y tiempos de sus traslados, la relación con quienes ejercen la patria potestad y el resto de sus lazos familiares, su escolarización y actividades en los Estados en los que ha vivido, todo ello con mayor importancia justo antes del surgimiento de la crisis familiar. Otros factores secundarios son su nacionalidad y el idioma en el que se expresan, sin ser determinantes los anteriores acuerdos que hayan existido entre los progenitores que pueden variar en las crisis familiares internacionales. En el caso analizado el Tribunal de Instancia otorgó erróneamente mayor valor al lugar de nacimiento del menor, la anterior residencia de los padres en Suiza y la inexistencia de acuerdo entre ambos. La Audiencia Provincial ponderó correctamente la estancia en Barcelona de común acuerdo de la familia durante un tiempo significativo anterior al conflicto, la estabilidad de dicha estancia con alquiler de 3 años y escolarización del menor. La existencia de un concepto de residencia habitual en el derecho positivo europeo hubiese sido un instrumento adecuado al efecto y habría ofrecido a la juzgadora de instancia criterios más claros para evitar esta confusión y con ello el perjuicio sufrido por el menor. La refundición de Bruselas II bis demuestra, por ahora, y para nosotros por desgracia, que el legislador europeo no es de la misma opinión.

2014-2015, pp. 489 a 522, p. 519. Reig Fabado expone la inexistencia de un concepto de la residencia habitual de los niños y las niñas en el actual marco regulatorio de la sustracción internacional de menores, y sin decantarse a favor de la concreción legislativa sí destaca el intenso esfuerzo del TJUE de crear un concepto autónomo en atención al contexto de las disposiciones y los objetivos del Reglamento, siempre concretado *ex casu* en atención al conjunto de circunstancias de cada supuesto. *Vid.* I. REIG FABADO, “La construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores”, *CDT*, marzo 2019, Vol. 11, nº1, pp. 877 – 888, p. 887.

⁴⁸ El actual Reglamento Bruselas II bis no define el concepto de menor, pero sí lo hace en su artículo 2.6 su refundición, aplicable a partir del 1 de agosto de 2022, fijándolo en todo menor de 18 años, por lo que los Tribunales podrán deber analizar situaciones de adolescentes, por ejemplo, con circunstancias e intereses absolutamente diversos al niño de nuestro caso, por ejemplo.

GOOD FAITH ACQUISITION OF OWNERSHIP IN A CAR UNDER GERMAN LAW (ACCORDING TO THE ITALIAN JUDGE): NOTE TO TRIBUNALE DI IVREA, 20 APRIL 2019, N° 416

ACQUISTO A *NON DOMINO* DELLA PROPRIETÀ DI UN AUTOVEICOLO AI SENSI DEL DIRITTO TEDESCO (SECONDO IL GIUDICE ITALIANO): NOTA A TRIBUNALE DI IVREA, 20 APRILE 2019, N. 416

ENNIO PIOVESANI

PhD Student

Università degli Studi di Torino / Universität zu Köln

Recibido: 07.04.2020 / Aceptado: 04.05.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5746>

Abstract: The commented decision by the Tribunale di Ivrea, of 20 April 2019, contains three maxims: (i) under Art. 51(1) of Law 218/1995, good faith acquisition of ownership in a movable good (in that case, a motor vehicle) is governed by the law of the State where the good is situated; (ii) the court-appointed expert's opinion on foreign law goes beyond the assigned tasks where it examines the evidence and applies the rules to the facts, tasks which are not entrusted to the expert and reserved to the judge; (iii) the concept of good faith in § 932 BGB is comparable to that in Art. 1147 C.C.

Keywords: motor vehicles, rights *in rem*, *lex rei sitae*, expert opinion, good faith acquisition.

Riassunto: La decisione in commento del Tribunale di Ivrea, del 20 aprile 2019, contiene tre massime: (i) ai sensi dell'art. 51, co. 1, L. 218/1995, l'acquisto a non domino della proprietà del bene mobile (nel caso di specie, un autoveicolo) è disciplinato dal diritto dello Stato in cui il bene è situato; (ii) la relazione del CTU sul diritto straniero va oltre l'incarico conferito, laddove giunge a valutare le prove ed applicare le norme alla fattispecie, compito non affidato al consulente e riservato al giudicante; (iii) il concetto di buona fede di cui al § 932 BGB è paragonabile al concetto di buona fede di cui all'art. 1147 c.c.

Parole chiave: autoveicolo, diritti reali, *lex rei sitae*, consulenza tecnica, acquisto *a non domino*.

Summary: I. Facts. II. Issues. 1. Jurisdiction. 2. Applicable Law. 3. (...) and Content thereof. A) Transfer of Ownership. B) (...) from a Person Without Title. C) (...) of Cars and Stolen Goods. D) (...) to the Good Faith Acquirer. 4. Transaction Chain. A) Caia and Tizio. B) Tizio and the Car Dealer. C) The Car Dealer and Hans. III. Final Remarks.

I. Facts¹

1. The facts underlying the commented decision² can be summarized as follows:

¹ I am grateful for advice from Dr. Lukas Rademacher.

² Tribunale di Ivrea, 20 April 2019, N° 416, *Il Caso.it, Sez. Giurisprudenza*, 23584 - *pubb.* 13.5.2020.

- on 4 August 2012, Caia reported to the Italian authorities that, on 20 July 2012, Tizio had stolen her Lamborghini in Italy, by taking advantage of a drive test she had organized with the view of selling the car;
- actually, Tizio had not stolen, but rather bought the car from Caia, though paying the price with an uncovered cheque;
- soon after, Tizio sold the car to a German car dealer;
- on 28 November 2012, Hans bought the car from the same car dealer;
- at the time of the sale, the car's registration book still mentioned Caia as the owner;
- on 30 November 2012, Hans registered the car in Germany;
- in January 2014, Hans decided to resell the car and, to that aim, he had an online ad published;
- in February 2014, after having learned about the ad, Caia reported Hans to the German (and the Dutch) authorities for theft;
- the German authorities seized the car and instituted criminal proceedings against Hans;
- Hans sued Caia before the Tribunale di Ivrea, asking the judge to declare in his favour and in accordance with German law, the good faith acquisition of ownership in the car;
- Caia failed to enter an appearance and the judge thus declared her to be in default ("*contumace*").

II. Issues

2. Considering that the dispute was characterized by elements of extraneousness, the judge preliminarily asserted jurisdiction and then determined German law as the law applicable to the dispute. The judge thus examined the content of German law and ultimately upheld the claimant's plea.

1. Jurisdiction

3. Since the defendant was domiciled in Italy, the judge correctly asserted jurisdiction under Art. 4 of Reg. (EU) N° 1215/2012 (Brussels Ibis Regulation)³. Besides, only the Italian judge (and not the German judge) could have settled the dispute. In fact, the Brussels Ibis Regulation's jurisdictional "menu"⁴ does not offer a specific forum in the case of disputes on rights *in rem* in movables.⁵ Moreover, in principle, when the Brussels Ibis Regulation applies, following Art. 5 thereof, heads of jurisdiction provided for in the autonomous international procedural law of the single Member States should not apply.⁶ In particular, as concerns the German law system, when the Regulation applies, paragraph (§) 23 of the German Regulation of Civil Procedure (*die Zivilprozessordnung* – ZPO), cannot apply; the provision confers jurisdiction on the judge of the place (in Germany) where the defendant who is not domiciled in Germany has his belongings.⁷

³ Regulation (EU) N° 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, *OJEU* L 351 of 20 December 2012, p. 1, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2012/1215/oj>.

⁴ A. BRIGGS, "Arbitration and the Brussels Regulation Again", *Lloyd's Mar. & Comm. L.*, 2015, p. 288.

⁵ For sake of completeness, it must be noted that, in the case of claims for the recovery, based on ownership, of a cultural object, Art. 7(4) of the Brussels Ibis Regulation gives jurisdiction to the courts of the place where the object is situated; and that, jurisdiction over disputes on rights *in rem* in movables may well be prorogated under Arts. 24 and 25 of the same Regulation. Incidentally, it is pertinent to recall the proposal made by the Commission, during the recasting of Regulation (EC) No 44/2001, of vesting with jurisdiction "as regards rights *in rem* or possession in movable property, the courts for the place where the property is situated". See EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Recast)*, Brussels, 14.12.2020, COM (2020) 748 final.

⁶ See H. VAN LITH, "Jurisdiction – General Provisions", in A. Dickinson/E. Lein (eds.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, Oxford University Press, 2015, para. 3.08; see also, with reference to the Brussels I Regulation, ECJ, 19 December 2013, C-9/12, *Corman-Collins SA v. La Maison du Whisky SA*, paras. 21-22.

⁷ See G. TOUSSAINT, "ZPO § 23", in V. Vorwerk/C. Wolf (eds.), *BeckOK ZPO*, München, C.H. Beck, version of 1 January 2020, para. 19; C. HEINRICH, "ZPO § 23", in H.-J. Musielak/W. Voit (eds.), *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*,

2. Applicable Law

4. The judge determined the law applicable to the dispute in accordance with the Italian autonomous private international law contained in Law 218/1995, the Reform of the Italian System of Private International Law⁸.

5. Besides, there appear to be no general international or Union substantive or private international law instruments in matters of rights *in rem* in movables. In fact, these matters are: excluded from the scope of the 1980 Vienna Convention on the Sale of Goods⁹ (see Art. 4); excluded from the 1955 Hague Convention on the law applicable to international sales of goods¹⁰ (see Art. 5, N° 3); governed by the 1958 Hague Convention on the Law Applicable to Transfer of Title in Case of International Sale of Tangible Movable Goods, which has not entered into force yet¹¹ (see Art. 3); excluded, though not expressly, from the 1980 Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations¹² and from the Rome I Regulation^{13, 14}.

6. Having considered that the car was situated in Germany, the judge determined German law as the law applicable to the dispute. In fact, as the same judge observed, under Art. 51(1) of Law 218/1995, “on the basis of the *locus rei sitae* principle”¹⁵, disputes on rights *in rem* in movables and immovables are governed by the law of the State where the things are situated.

7. However, the judge did not consider three relevant aspects: (i) the matters governed by the applicable law; (ii) the issue of the so-called mobile conflict (*conflit mobile*); and (iii) the institution of *renvoi*.

8. (i) Among the matters governed by the law applicable under Art. 51(1) of L. 218/1995, are disputes in matters of good faith acquisition of ownership¹⁶ in registered movables (such as cars),¹⁷ but also remedies (which the title holder can use to protect his legal position) against third parties.¹⁸

9. (ii) Italian autonomous private international law does not address the issue of mobile conflict, that is to say the issue of which law applies when movables are moved from one State to another. In

München, Franz Vahlen, 2019, para. 18; R. PATZINA, “ZPO § 23”, in T. Rauscher/W. Krüger, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, München, C.H. Beck, 2016, para. 23; see also A. JUNKER, *Internationales Zivilprozessrecht*, München, C.H. Beck, 2016, § 5 paras. 25, § 6 paras. 24 and § 21 para. 33.

⁸ Law 219/1995, of May 31st, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, *Gazzetta Ufficiale Serie Generale* N° 128 of 3 June 1995 – *Suppl. Ordinario* N° 68, ELI: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1995/06/03/095G0256/sg>.

⁹ United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, *UNTS*, 1988, Vol. 1489, p. 3.

¹⁰ Convention on the law applicable to international sales of goods, *UNTS*, 1964, Vol. 510, p. 148.

¹¹ Italy ratified the Convention. See Law 1622/1960, of December 7th, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione sulla legge applicabile al trasferimento della proprietà in caso di vendita a carattere internazionale di beni mobili corporali, firmata all'Aja il 15 aprile 1958*, *Gazzetta Ufficiale Serie Generale* N° 5 of 7 January 1961, ELI: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1961/01/07/060U1622/sg>.

¹² Convention on the law applicable to contractual obligations, *UNTS*, 1991, Vol. 1605, p. 59.

¹³ Regulation (EC) No° 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), *OJEU* L 177 of 4 July 2008, p. 6, ELI: <https://data.europa.eu/eli/reg/2008/593/oj>.

¹⁴ See P. LAGARDE, “Droits réels et obligations. La continuité de l’expérience latine”, in SIDI, *La riforma del diritto internazionale privato italiano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1997, p. 193; see also S. TONOLO, “Art. 51”, in G. Conetti/S. Tonolo/F. Vismara (eds.), *Commento alla riforma del diritto internazionale privato*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 251-252.

¹⁵ “in base al principio del *locus rei sitae*”.

¹⁶ See S. TONOLO, “Art. 51”, in G. Conetti/S. Tonolo/F. Vismara (eds.), *Commento alla riforma del diritto internazionale privato*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 248.

¹⁷ See A. VACIRA, “Capo VIII, Diritti reali”, in F. Preite/A. Gazzanti Pugliese di Cotrone (eds.), *Atti notarili nel diritto comunitario e internazionale*, Vol. I, Torino, UTET, 2011, p. 1062; but see P. BENVENUTI, “Art. 51”, in S. Bariatti (ed.), *Legge 31 maggio 1995, n. 218, in Nuove leggi civ. comm.*, 1996, pp. 1328-1329, 1333-1334, supporting the opinion whereby rights *in rem* in cars should be governed by the law of the place of registration.

¹⁸ See S. TONOLO, “Art. 51” G. Conetti/S. Tonolo/F. Vismara (eds.), *Commento alla riforma del diritto internazionale privato*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 246; P. BENVENUTI, “Art. 51”, in S. Bariatti (ed.), *Legge 31 maggio 1995, n. 218, in Nuove leggi civ. comm.*, 1996, pp. 1328-1329 and also p. 1327.

any case, the solution adopted by Italian scholars is the same expressly offered by German autonomous private international law (see *infra*).

10. (iii) Art. 51 of Law 218/1995 is “completed by the operation of *renvoi*” under Art. 13 of the same Law:¹⁹ reference made by Art. 51 to foreign law is a so-called comprehensive reference (*die Gesamtverweisung*), which thus includes the private international law of the foreign legal system referred to. In the case at hand, German law would have “accepted the reference” within the meaning of Art. 13(1)(a) of Law 218/1995²⁰. German autonomous private international law in matters of rights *in rem* is found in Arts. 43 to 46 of the Introductory Law to the German Civil Code (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche* – EGBGB).²¹

11. In particular, Art. 43 of the EGBGB, headed “Rights *in rem*”, can be translated as follows: “1. Rights in a property are governed by the law of the country in which the property is situated. 2. If a thing, to which rights are attached, gets into another country, these rights cannot be exercised in contradiction to the legal order of that country. 3. If rights in a thing that is moved from another country to this country, have not been acquired previously, as to such acquisition in the country, facts that took place in another country are considered as if they took place in this country”.

12. Like Art. 51(1) of Law 218/1995, also Art. 43(1) of the EGBGB is based on the principle of *lex rei sitae*. Furthermore, also under the German conflict rule, disputes concerning the good faith acquisition of ownership in cars fall within the so-called statute of the thing (*das Sachstatut*).²²

13. As mentioned, German autonomous private international law addresses the problem of the mobile conflict, offering a “modern and convenient solution”,²³ which is the same taken by Italian scholars. That solution is found in Art. 43(2) and (3) of the EGBGB: rights in the thing acquired before it was moved to another State remain subject to the law of the State where the thing was at the time of the acquisition; instead, where the thing was moved to another State before the acquisition was accomplished, the facts relating to the acquisition which took place in the State of origin are considered as if having taken place in the other State.

14. Art. 46 of the EGBGB, headed “Substantially Closer Connection”, brings an exception to Art. 43 of the same EGBGB. Art. 46 can be translated as follows: “If there is a substantially closer connection with the law of a country other than that which would apply under Articles 43 and 45, then that law shall apply”. Following that escape clause (*die Ausweichklausel*), German scholars submit that disputes concerning rights *in rem* in stolen things should be governed by the law of the place where the thing was stolen (*lex furti*).²⁴ However, this argument does not appear to be relevant in the case at hand, since, as mentioned above, the car was not stolen as claimed by Caia, but rather bought by Tizio (see *infra*).

¹⁹ S. TONOLO, “Art. 51” G. Conetti/S. Tonolo/F. Vismara (eds.), *Commento alla riforma del diritto internazionale privato*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 244 and 252 (“completato dall’operatività del rinvio”).

²⁰ Art. 13(1)(a) of Law 218/1995 can be translated as follows: “1. When in the following Articles foreign law is referred to, reference made by the foreign private international law to the law of another State is taken into account: a) if the law accepts the reference [...]”.

²¹ See, briefly, A. JUNKER, *Internationales Privatrecht*, München, C.H. Beck, 2017, § 17; thoroughly, H.-P. MANSEL, “Artikel 43 EGBGB”, in D. Henrich (ed.), *Staudigener BGB*, Köln, Otto Schmidt, 2015, version of 17 December 2018, ID., “Artikel 46 EGBGB”, *loc. cit.*, version of 10 December 2019.

²² See, briefly, A. JUNKER, *Internationales Privatrecht*, München, C.H. Beck, 2017, § 17 paras. 35-36 and also 21; thoroughly, H.-P. MANSEL, “Artikel 43 EGBGB”, in D. Henrich (ed.), *Staudigener BGB*, Köln, Otto Schmidt, 2015, version of 10 December 2019, paras. 818 ff.; see also Oberlandesgericht (“OLG”) Koblenz, 3 July 2003, 5 U 28/02.

²³ L. D’AVOUT, “Property and proprietary rights”, in J. Basedow/G. Rühl/F. Ferrari/P. de Miguel Asensio (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Vol. III, Cheltenham-Northampton, Elgar, 2017, p. 1432

²⁴ See H.-P. MANSEL, “Artikel 46 EGBGB”, in D. Henrich (ed.), *Staudigener BGB*, Köln, Otto Schmidt, 2015, version of 17 December 2018, paras. 63-65.

15. Conclusively, considering that the solution adopted by Italian and German private international law in matters of rights *in rem* in movables appears to be identical, in the case at hand, there appears to be no issue of *renvoi* (beyond nor backwards).²⁵ The judge correctly determined German law as the applicable law.

3. (...) and Content thereof

16. The judge ordered a court-appointed expert opinion on the content of the (foreign) applicable law²⁶. The judge asked the appointed expert to answer the following question: “say [the court-appointed expert], in accordance with the German law in force, which are the conditions for good faith acquisition of ownership in a car”²⁷.

17. Considering that, as examined above, reference made by Art. 51 of Law 218/1995 includes the private international law of the legal system referred to, and that the substantive law so determined also governs actions against third parties, arguably the judge should have extended the scope of the expert opinion to the latter aspects.

18. In any case, the judge observed that the opinion delivered by the expert went beyond the task assigned to him, since, “[...] though specifying that these are matters of fact pertaining to the judge, it nevertheless went on examining the evidence and applying the rules [...] to the facts [...], tasks which were not entrusted to the expert and reserved to the judge”²⁸. This notwithstanding, the judge rejected the claimant’s request to have the expert opinion renewed, and instead considered the opinion, but only the part where the expert examined German law.

A) Transfer of Ownership

19. In the light of the opinion, the judge considered as relevant three paragraphs contained in the Third Book (“Law of Things”), Third Division (“Ownership”), Third Title (“Acquisition and Loss of Ownership in Movable Things”) of the German Civil Code (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB), namely §§ 929, 932 and 935 thereof.

20. In matters of sale and transfer of ownership the Italian and German law systems adopt two distinct models. The first model is that in force in countries where consent is sufficient to transfer ownership (so-called *principio consensualistico* / *das Konsensualprinzip*). The Italian Civil Code (C.C.)²⁹ adopts that model. In fact, under Italian law, the general rule is that whereby the mere conclusion of the sale contract determines the transfer of ownership in the sold good to the buyer (see Art. 1376 C.C.³⁰). Juxtaposed to that model is that which requires a further element (apart from consent) for the transfer

²⁵ N. BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 177.

²⁶ Art. 14(1) of Law 218/1995 can be translated as follows: “The ascertainment of foreign law is made by the judge of his own motion. To that aim he may avail himself, apart from the instruments indicated in international conventions, of information acquired through the Ministry of Justice; he may also query experts or specialized institutions”.

²⁷ “[...] dica [il CTU], secondo le norme del diritto tedesco vigente, quali sono i presupposti per l’acquisto a non domino della proprietà di un’autovettura [...]”.

²⁸ “[...] pur precisando che si tratta di questioni di fatto demandate al giudice, giunge comunque a valutare le prove ed applicare le norme [...] alla fattispecie [...], compito non affidato al consulente e riservato al giudicante”.

²⁹ See Royal Decree 262/1942, of March 16th, Approvazione del testo del Codice civile, *Gazzetta Ufficiale Serie Generale* N° 79 of 4 April 1942, ELI: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1942/04/04/042U0262/sg>.

³⁰ Art. 1376 C.C., headed “Contracts Having *In Rem* Effects”, can be translated as follows: “In case of contracts having as their object the transfer of ownership in a determined thing, the establishment or the transfer of a right *in rem* or the transfer of another right, the ownership or the right is transferred and acquired as an effect of consent expressed by the parties in accordance with the law”.

of ownership may take place. That second model is in force in Germany, where the BGB enshrines the so-called principle of separation (*das Trennungsprinzip*). Separation concerns the obligation-juristic act (*das Verpflichtungsgeschäft*) from the disposition-juristic act (*das Verfügungsgeschäft*). In fact, under German law, a purchase contract (*der Kaufvertrag*) alone is not sufficient to transfer property. Sale is a (merely) obligation-juristic act: it only produces obligations (and does not transfer rights in the sold thing). For ownership in the thing may be transferred (*die Übertragung des Eigentums*) what is also necessary is the disposition-juristic act. In the case of the sale of movable things, the disposition-juristic act consists in delivering (*die Übergabe*) the sold thing, accompanied by the agreement (*die Einigung*) between the parties to transfer ownership in the same thing.

21. The relevant paragraphs of the BGB are two, of which only the second was mentioned by the judge: §§ 433 and 929 BGB. The first paragraph headed “Typical Contractual Duties in a Purchase Agreement”, is contained in the Second Book (“Law of Obligations”), Eight Division (“Particular Types of Obligations”), of the BGB. § 433 BGB can be translated as follows: “1. By a purchase agreement, the seller of a thing is obliged to deliver the thing to the buyer and to procure ownership in the thing. [...]”. The second paragraph, § 929 BGB—which, as mentioned above, is contained in the Third Book (“Ownership”) of the BGB—is headed “Agreement and Delivery” and can be translated as follows: “For the transfer of ownership in a movable thing, it is necessary that the owner delivers the thing to the purchaser and both agree that ownership is to pass. If the purchaser is in possession of the thing, agreement on the transfer of the ownership suffices”.

B) (...) from a Person Without Title

22. Both under Italian and German law, ownership in a movable thing can be purchased from a person without title.³¹ This possibility is envisaged in Art. 1153 C.C. (“Effects of Acquisition of Possession”) and in § 932 BGB (“Good Faith Acquisition from a Person Without Title”). The Italian provision reads: “1. He to whom movable goods are sold by he who is not the owner, acquires ownership thereof by possession, insofar as he is in good faith at the moment of delivery and an appropriate title for the transfer of ownership exists. [...]”. The German provision, § 932(1) BGB, reads: “1. As a result of a disposal carried out under § 929, the acquirer becomes the owner even if the thing does not belong to the alienor, unless the acquirer is not in good faith at the time when under these provisions he would acquire ownership. [...]”. Despite the similarities between the Italian and the German law system, there are two differences in the field of good faith acquisition of ownership that are relevant in the case at hand.

C) (...) of Cars and Stolen Goods

23. The first difference concerns movables registered in public registries, e.g. cars. In fact, both in Italy and Germany there exists a publicity system for cars. The general rule, in both countries, is that registration formalities do not affect the transfer of ownership in cars. In other terms, the sale (in Germany, the disposition-juristic act) transfers ownership in the car even if registration formalities are not fulfilled. However, as an exception to that general rule, under Italian law, unlike German law, ownership in cars registered with public registries cannot be acquired through good faith acquisition.³² Art. 1156

³¹ For a comparative analysis, see C. VON BAR, *Gemeineuropäisches Sachenrecht*, Vol. II, München, C.H. Beck, 2019, pp. 466 ff.

³² However, under Italian law, movables which can be registered, but are not, can be acquired under Art. 1153 C.C. See, among others, Corte di Cassazione (“Cass.”), 23 May 2018, N° 12860.

C.C. in fact excludes universalities of movables and movables registered in public registries from the mechanism laid down in Art. 1153 C.C.^{33, 34}

24. The second difference – observed also by the judge – is that, under German law, unlike Italian law, ownership of movables cannot be acquired through good faith acquisition if the owner has involuntarily lost possession thereof.³⁵ In fact, § 935(1), first period, BGB reads: “1. Acquisition of property under §§ 932 to 934 does not occur if the thing was stolen from the owner, is missing or has been lost in any other way. The same applies, where the owner was only the indirect possessor, if the possessor had lost the thing”.³⁶ In this respect, the judge considered a 2005 decision by the Oberlandesgericht Köln³⁷, whereby (according to the translation accepted by the same judge): “when the owner delivers the car to be sold to a person who introduces himself as a prospective buyer, authorizing him to a drive test, this implies that delivery exclusively aims at assessing the vehicle in view of the decision whether to purchase and entails an involuntary loss of control on the thing [...] impeding the a good faith acquisition of ownership in case of a subsequent sale”³⁸.

D) (...) by the Good Faith Acquirer

25. A further similarity between the Italian and the German law systems is that both require, for ownership may be transferred from the person without title, that the acquirer be in good faith (*buona fede / der gute Glaube*). In particular, § 932(2) BGB can be translated as follows: “The acquirer is not in good faith if he is aware, or as a result of gross negligence he is not aware, that the thing does not belong to the alienor”. In this respect, the judge observed that the notion of good faith required by German law is “comparable to that contained in [Art. 1147 C.C.]”, in that the possessor, for he may be considered as being in good faith, must take possession ignoring that he is impairing someone else’s right, provided that he cannot benefit from good faith if ignorance depends on gross negligence”⁴⁰.

26. The principles established by German courts on the point can be classified depending on whether the cars are new or used, and whether they are purchased from a professional car dealer or from a non-professional reseller. The case at hand is that of the purchase of a used car from a professional car dealer. In a similar case – as the judge observed –, according to German case law, good faith exists if, at

³³ Art. 1156 C.C., headed “Universalities of Movables and Movables Registered in Public Registries”, can be translated as follows: “The provisions of the preceding articles do not apply to universalities of movables and of movable goods registered in public registries”.

³⁴ Incidentally, it is discussed among Italian scholars whether cultural goods should fall under Art. 1156 C.C., rather than under Art. 1153 C.C. See, on this discussion, M. COMPORI, “Per una diversa lettura dell’art. 1153 cod. civ. a tutela dei beni culturali”, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni. Le ragioni del diritto*, Milano, Giuffrè, 1995, pp. 395 ff., *contra* G. MAGRI, “Acquisto a non domino e beni culturali”, *Riv. dir. civ.*, 2013, N° 3, pp. 741 ff.

³⁵ For a comparative analysis of good faith acquisition of ownership in stolen goods under Italian, French and German law, see G. MAGRI, “Usucapione ed acquisto a non domino nel prisma della Convenzione europea dei diritti dell’uomo”, *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 1402-1428.

³⁶ See C. MELLER-HANNICH, “BGB § 935”, in H. GRZIWOTZ/A. KEUKENSCHRIJVER/G. RING (eds.), *BGB Sachenrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2016, para. 8; H. OECHSLER, “BGB § 935”, in F.-J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg (eds.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, C.H. Beck, 2020, para. 6; F. KLINCK, “BGB § 935”, in B. Gsell/W. Krüger/S. Lorenz/C. Reymann (eds.), *beck-online.GROSSKOMMENTAR BGB*, version of 1 January 2020, para. 9.

³⁷ OLG Köln, 18 April 2005, 19 U 10/05, *BeckRS*, 2005, p. 8686.

³⁸ “qualora il proprietario consegna il veicolo in vendita ad un soggetto che si presenta come potenziale acquirente autorizzandolo ad una prova su strada, ciò implica che la consegna sia finalizzata unicamente alla conoscenza del veicolo in preparazione della decisione di acquisto e comporta una perdita involontaria del dominio sul bene [...] impedendo l’acquisto a non domino nel caso di successiva vendita”.

³⁹ Art. 1147 C.C., headed “Good Faith Possession”, can be translated as follows: “1. The good faith possessor is he who possess ignoring to impair someone else’s right. 2. Good faith is not beneficial if ignorance depends on gross negligence. [...]”.

⁴⁰ “paragonabile a quella contenuta nel nostro codice civile all’art. 1147, laddove il possessore, perché possa essere considerato in buona fede, deve possedere ignorando di ledere l’altrui diritto, fermo restando che la buona fede non giova se l’ignoranza dipende da colpa grave”.

the time of purchase, the buyer has at least examined the car's registration book. Only if there are serious reasons to doubt as to the lawful origin of the car, then the buyer must undertake further investigations. Instead, in the case of a used car purchased from a non-professional reseller, the buyer must examine the registration book and check that the name mentioned therein is that of the seller.⁴¹

27. As summarized by the judge: "[I]n other words, the registration book must mention the seller's name unless the seller is not a professional car dealer, since, when one purchases from a professional car dealer, you don't expect the seller's registration, which is unusual, and the buyer may rely on the fact that the car dealer has been appointed to sell by the person mentioned in the certificate"⁴².⁴³

4. Transaction Chain

28. The case at hand involves a chain of transactions, namely of three contracts for the sale of the disputed Lamborghini, respectively concluded between A) Caia and Tizio, B) Tizio and the car dealer, C) the car dealer and Hans.

A) Caia and Tizio

29. It must be preliminarily noted that the judge ascertained that Tizio had not stolen the Lamborghini, but rather bought the car from Caia, though paying the price with an uncovered cheque. The sale contract between Caia and Tizio was a purely domestic contract, governed by Italian law.

30. Reading the decision, it appears that the judge assumed that the sale contract was valid and that Tizio's payment with the uncovered cheque amounted to nothing more than a contractual non-performance. However, it must be noted that paying with an uncovered cheque may amount to a criminal offence, namely fraud under Art. 640 of the Italian Criminal Code⁴⁴ (and, incidentally, also under Art. 263 of the German Criminal Code⁴⁵).

30. According to the Corte di Cassazione, a sale contract concluded by the buyer, who cheated the seller by paying with an uncovered check, is null (*nullo*) under Art. 1418 C.C.⁴⁶ Instead, according to a different and juxtaposed opinion, paying with an uncovered cheque entails mere voidability (*annullabilità*) of the relevant contract under Art. 1427 C.C.^{47,48} If one follows the first opinion, then the sale contract between Caia and Tizio did not transfer ownership in the car to the delinquent buyer. Instead, if the second opinion is followed, considering that (apparently) the sale contract had not been avoided, the

⁴¹ On good faith acquisition of ownership of cars under § 932 BGB, see, thoroughly, H. OECHSLER, "BGB § 932", in F.-J. SÄCKER/R. RIXECKER/H. OETKER/B. LIMPERG (eds.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, C.H. Beck, 2020, paras. 55-59.

⁴² "In altre parole, la carta di circolazione deve contenere il nome del venditore a meno che il cedente non sia un rivenditore di autoveicoli perché quando si acquista da un rivenditore non ci si aspetta la registrazione del venditore, che non è usuale, potendo l'acquirente fare affidamento nella circostanza che il venditore è stato incaricato della vendita dalla persona indicata nel certificato".

⁴³ The judge considered two decisions cited in the court-appointed expert's opinion: OLG Köln, 14 July 2017, 6 U 177/16, BeckRS, 2017, p. 118318; and Bundesgerichtshof ("BGH"), 13 December 2013, V ZR 58/13, NJW, 2014, p. 1524.

⁴⁴ See Cass., 20 February 2014, N° 10850.

⁴⁵ See BGH, 26 July 1972, 2 StR 62/72.

⁴⁶ See Cass., 15 June 1999, N° 5917, *Contratti*, 1999, N° 10, p. 902.

⁴⁷ See Tribunale di ("Trib.") Bergamo, 22 April 2008; see also Cass., 16 June 2011, N° 13187, *Giur. It.*, 2012, N° 7, p. 1578.

⁴⁸ Similarly, under German law declaration of will affected by fraud is "only" voidable (*anfechtbar*) according to § 123 BGB, and not per se null (*nichtig*). See D. WENDTLAND, "BGB § 134", in H.G. BAMBERGER/H. ROTH/W. HAU/R. POSECK (eds.), *BeckOK BGB*, München, C.H. BECK, version of 1 November 2019, 42nd end., para. 18; C. ARMBRÜSTER, "BGB § 134", in F.-J. SÄCKER/R. RIXECKER/H. OETKER/B. LIMPERG (eds.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, C.H. Beck, 2020, paras. 50-62.

same contract transferred ownership. Therefore, depending on the opinion preferred, Tizio either did or did not become the car's owner. This aspect was not considered by the judge.

B) Tizio and the Car Dealer

31. The sale contract between Tizio and the car dealer was an international sale contract, apparently falling within the scope of the 1980 Vienna Convention⁴⁹. However, as mentioned above, issues relating to the transfer of ownership in sold goods are excluded from the scope of that Convention. Rather, those issues are governed by the law applicable in accordance with the private international law of the forum; in the case at hand, as examined above, by the *lex rei sitae*. It can be reasonably assumed that, at the time of the sale, the car was in Germany. Therefore, there are three cases: (i) either Tizio became the car's owner (under Italian law) and then transferred ownership to the car dealer under § 929 BGB; or (ii) Tizio did not become the car's owner (under Italian law), but the car dealer was in good faith and thus acquired ownership under § 932 BGB; or (iii) Tizio did not become the car's owner (under Italian law), the car dealer was not in good faith and thus did not acquire ownership under § 932 BGB. Considering that, when Tizio sold the car to the car dealer, the car's registration book still mentioned Caia as the owner, one could question whether the car dealer was actually in good faith within the meaning of § 932 BGB. But, these aspects were not considered by the judge, either.

C) The Car Dealer and Hans

32. The sale contract between the car dealer and Hans was a domestic contract, governed by German law.⁵⁰ If the car dealer became the car's owner (either under § 929 or § 932 BGB), then, in turn, ownership was transferred to Hans under § 929 BGB. Not even this aspect was considered by the judge. Instead, if the car dealer did not become the car's owner, in any case Hans acquired ownership under § 932 BGB. In fact, the judge ascertained that, at the time of the sale, the car dealer had shown the car's registration book: Hans was in good and thus acquired ownership in the car under § 932 BGB.

III. Final Remarks

33. The judge concluded that Hans had become the car's owner, following a good faith acquisition of ownership in accordance with German law.

34. The judge's decision is not wholly convincing: if, as the judge appears to have assumed, Tizio acquired ownership in the Lamborghini under Italian law, in turn Hans should have acquired ownership in the car from the car dealer under § 929, and not under § 932 BGB. In effect, it appears that Hans could be considered a good faith acquirer only if it is submitted that neither Tizio nor the car dealer had acquired ownership in the car. Conclusively, the judge should have perhaps more coherently determined Hans as the owner of the car under § 929, rather than as a good faith acquirer under § 935 BGB.

⁴⁹ Incidentally, on international sale in relations between Germany and Italy, see E. JAYME (ed.), *La compravendita internazionale di beni mobile nei rapporti fra Italia e Germania*, Padova, CEDAM, 1990.

⁵⁰ See Trib. Novara, 28 June 2017, *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2019, N° 3, pp. 614-616.

LEY APLICABLE AL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL,
A PROPÓSITO DEL COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID,
DE 30 SEPTIEMBRE 2019*

APPLICABLE LAW TO MATRIMONIAL PROPERTY REGIME,
WITH OCCASION OF COMMENTARY OF THE JUDGMENT
OF THE APPEAL COURT OF MADRID, 30TH SEPTEMBER 2019*

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0002-5896-983X

Recibido: 03.03.2020 / Aceptado: 27.03.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5662>

Resumen: La Audiencia Provincial de Madrid ha resuelto, con esta sentencia, el recurso de apelación planteado ante ella, por la inclusión de determinados bienes en el inventario realizado con ocasión de la liquidación del régimen económico matrimonial. La pareja litigante posee nacionalidad neerlandesa y, en primera instancia, la esposa probó el Derecho de los Países Bajos, sin oposición del marido, como ordenamiento aplicable a la cuestión. El esposo recurre alegando la aplicación del Derecho español para excluir determinados bienes del reparto. El órgano judicial español, en el marco del artículo 9.2 CC, concluye que la legislación aplicable es la de los Países Bajos, por la concurrencia del primer punto de conexión del precepto, por la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio.

Palabras clave: régimen económico matrimonial, Reglamento 2016/1103, artículo 9.2 CC, prueba del Derecho extranjero, reenvío.

Abstract: The Appeal Court of Madrid has resolved the brought sue due the inclusion of specific assets in the inventory. The couple has Dutch nationality and, in the first instance, the wife proved Netherlands law, without opposition from her husband. The husband appeals alleging the application of Spanish law in order to exclude certain assets from the inventory. The Spanish judge, within the framework of article 9.2 CC, considers the Netherland law is the applicable legislation.

Keywords: matrimonial property regime, Regulation 2016/1103, article 9.2 CC, foreign law proof, renvoi.

Sumario: I. Hechos del caso; II. Reglamento 2016/1103; III. Normas de producción interna españolas; 1. Artículos 9.2 y 9.3 CC; 2. Artículo 9.2 CC; 3. Prueba del Derecho extranjero; IV. Reenvío; 1. Definición y clases; 2. Artículo 12.2 CC; 3. Convenio de La Haya sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales, de 14 de marzo de 1978; 4. Admisión del reenvío; V. Conclusiones.

*Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de investigación “ Los principios del Derecho Romano en el Derecho europeo del siglo XXI - Programa Logos Fundación BBVA de Ayudas a la Investigación en el Área de Estudios Clásicos” 2020-2022”.

I. Hechos del caso

1. El asunto, del que trae causa la resolución de la Audiencia Provincial de Madrid objeto de comentario, es un litigio por la formación del inventario que se ha de repartir tras el proceso de divorcio de las partes. El recurrente -el marido- reclama que tres de los bienes que ha considerado como comunes el Juzgado de Primera Instancia de Torrejón de Ardoz, no lo son y, por lo tanto, pide que se excluyan del inventario. Para ello, el apelante alega el Derecho español, como ley aplicable al régimen económico matrimonial. La esposa, por su parte, indica que el Derecho neerlandés, aplicado en primera instancia, no fue objeto de impugnación por parte del ahora actor y que, por ello, este debe ser el ordenamiento regulador de la cuestión.

2. La Audiencia Provincial de Madrid, en lo que a este trabajo interesa, se cuestiona si el Derecho español es el aplicable, tal como alega el recurrente.

II. Reglamento 2016/1103

3. El órgano judicial no se plantea en ningún momento aplicar el Reglamento 2016/1103, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales¹. Esta norma europea ha empezado a aplicarse a partir del 29 de enero de 2019, si bien, cuando se trata de determinar el Derecho rector de la materia en cuestión, sólo se aplica si el matrimonio se ha celebrado después de esa fecha señalada -o cuando los cónyuges han realizado una elección de ley a partir de ese momento- (art. 69.3)².

En nuestro caso, no se cuestiona la competencia judicial internacional. Es la ley aplicable la que es objeto de controversia, por esta razón, el Reglamento no puede tenerse en cuenta, ya que, las partes en el litigio contrajeron matrimonio en el año 1995, fecha anterior al 29 de enero de 2019, y, según se desprende de la sentencia comentada, no ha habido capitulaciones matrimoniales. Por todo ello, si bien la respuesta de la Audiencia Provincial de Madrid es correcta en este punto, no habría estado de más que el órgano judicial hubiera mencionado la existencia de esta norma europea para, a continuación, indicar su no aplicación en el caso³.

¹ DOUE L183, de 8 julio 2016

² H. PÉROZ/E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, 2ª ed., Lexis Nexis, Paris, 2017, pp. 125-126; I. BARRIÈRE BROUSSE, "Le patrimoine des couples internationaux dans l'espace judiciaire européen. Les règlements européens du 24 juin 2016 relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés", *JDI Clunet*, nº 2, 2017, p. 493; L. USUNIER, "Libre, mobile, divers: le couple au miroir du droit international privé de l'Union européenne", *Revue Trimestrielle de droit civil*, nº 4, 2016, pp. 808-809; C. NOURISSAT/M. REVILLARD, "Règlements européens du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés", *Defrénois*, nº 17, 15 septembre 2016, p. 883; N. JOUBERT, "La dernière pierre (provisoire?) à l'édifice du droit international privé européen en matière familiale. Les règlements du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés", *RCDIP*, nº 1, 2017, p. 5; B. AÑOVEROS TERRADAS, "El régimen conflictual de las capitulaciones en los nuevos Reglamentos de la Unión Europea en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVII, 2017, p. 832; P. WAUTELET, "What's Wrong with Article 22? The Unsolved Mysteries of Choice of Law for Matrimonial Property", *Yearbook of private international law*, vol. XIX, 2017-2018, p. 223.

No se aplicará, por tanto, a elecciones de ley realizadas antes del 29 de enero de 2019, aún cuando las partes hayan acordado que tengan efectos después de esa fecha (D. COESTER-WALTJEN, "Connecting Factors to Determine the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes", *Yearbook of private international law*, vol. XIX, 2017-2018, p. 196).

³ En estos supuestos, el órgano judicial competente deberá aplicar las normas de conflicto existentes en su ordenamiento -los artículos 9.2 y 9.3 CC, en el caso español- (L. USUNIER, "Libre, mobile, divers: le couple au miroir du droit international privé de l'Union européenne", *Revue Trimestrielle de droit civil*, nº 4, 2016, p. 809; E. GALLANT, "Le nouveau droit international privé européen des régimes patrimoniaux de couples", *Europe*, mars 2017, p. 7). Por ello, serán muchos los casos en los que, a partir del 29 de enero de 2019, los jueces españoles sigan aplicando estos preceptos 9.2 y 9.3 CC para determinar la ley reguladora del régimen patrimonial de la pareja. Y, éste, objeto de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, es uno de ellos.

III. Normas de producción interna españolas

1. Artículos 9.2 y 9.3 CC

4. Una vez que se ha descartado la aplicación del Reglamento 2016/1103 en este caso, el órgano judicial competente debe acudir a sus normas de producción interna para determinar el Derecho aplicable al régimen económico matrimonial de la pareja. Estas normas de conflicto españolas son los artículos 9.2 y 9.3 del Código Civil.

5. El artículo 9.2 CC dispone que *“los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la ley del lugar de celebración del matrimonio”*.

Por su parte, el artículo 9.3 CC indica que *“los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio serán válidos cuando sean conformes bien a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento”*.

6. La relación entre ambos preceptos consiste en que el artículo 9.2 CC se va a aplicar a los efectos económicos del matrimonio –además de a los efectos personales– y el artículo 9.3 CC puede ser utilizado en relación con estos cuando las partes otorguen capitulaciones matrimoniales⁴. Por lo tanto, el artículo 9.2 CC proporciona un único ordenamiento para todos los efectos del matrimonio. Así es, en esta materia existe el principio de unidad ley, según el cual, todos los efectos van a quedar regulados por la misma normativa, la determinada por el artículo 9.2 CC; salvo que las partes decidan que su régimen económico matrimonial quede regulado por otra ley en virtud del artículo 9.3 CC.

7. Debemos distinguir, por tanto, dos situaciones. Por un lado, cuando las partes no pactan nada en relación con los efectos patrimoniales, el artículo 9.2 CC se va a ocupar de determinar el régimen económico matrimonial legal. Por otro lado, si existen capitulaciones matrimoniales, el artículo 9.2 CC sería el aplicable y, si la ley a la que lleva este precepto no da validez a los pactos económicos hechos por las partes, se debería acudir al resto de conexiones que ofrece el artículo 9.3 CC⁵. Dicho con otras palabras, ambos preceptos confluyen cuando se trata de determinar la ley aplicable al régimen económico matrimonial pactado. En este caso, la relación entre ellos es de jerarquía, primero se aplicará el artículo 9.2 y, después, si según este artículo las capitulaciones matrimoniales no son válidas, se podrá acudir al precepto 9.3⁶.

⁴ Con la entrada en vigor del Reglamento 650/2012, la ley sucesoria se aplica, también, a los derechos sucesorios del cónyuge viudo y, por tanto, la remisión que realiza el artículo 9.8 CC a la aplicación del Derecho rector del régimen económico matrimonial para los derechos sucesorios del contrayente supérstite, ya no puede tenerse en cuenta.

Reglamento (UE) n° 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, DO 201, de 27 julio 2012.

⁵ En contra, P. QUINZÁ REDONDO, “Inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura de compraventa bajo régimen económico-matrimonial extranjero: La DGRN de 10 de mayo de 2017”, *Bitácora Millennium DIPr.*, núm. 6, 2017, p. 5. Para este autor, el artículo 9.3 CC se aplica cuando existe régimen económico matrimonial pactado y el 9.2 cuando no lo hay.

⁶ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Efectos del matrimonio”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 17ª ed., Comares, Granada, 2017, pp. 236-239; RDGRN de 13 noviembre 2015, FD III y IV (JUR 2016\115973).

En contra, M. AMORES CONRADI, para quien “actualmente la diferencia de contenido entre los n° 2 y 3 del art. 9 no se encuentra en que se refieran a distintos conceptos, pues el supuesto del n° 3 no es sino una fracción del de su precedente, sino en que se refieren a hipótesis distintas: que haya o no pacto específico de los cónyuges sobre su régimen económico matrimonial. Con esta ordenación, y aunque el orden seguido por el legislador sea al opuesto, lo primero que debe examinarse es si existe o no pacto entre los cónyuges, si tiene validez y con qué límites, su régimen jurídico y sólo después procederá examinar la norma más general, que viene a cumplir una función subsidiaria” (M. AMORES CONRADI, “La nueva ordenación de la ley aplicable a los efectos del matrimo-

2. Artículo 9.2 CC

8. En el caso que nos ocupa, la Audiencia Provincial de Madrid directamente acude al artículo 9.2 CC, sin hacer ninguna referencia al hecho de si la pareja había acordado o no la ley aplicable a su régimen económico matrimonial. Debemos entender, por tanto, que no existe ese pacto de elección de ley y que, por ello, se trata de determinar la regulación del régimen económico matrimonial legal en este supuesto.

Bien, presuponiendo que no existen capitulaciones matrimoniales, el órgano judicial español competente no debe plantearse qué precepto del artículo 9 CC debe aplicar en este caso, si el 9.2 o el 9.3, está claro que es el primero el único posible a tener en cuenta.

9. Según este artículo, la primera conexión aplicable para determinar el Derecho rector del régimen económico matrimonial es la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración de la unión conyugal. En realidad, el artículo 9.2 CC alude a la ley personal común, sin embargo, esta ley se corresponde con la de la nacionalidad común, según indica el precepto 9.1 CC⁷. Esta ley nacional común es la que tengan en el momento de la celebración del matrimonio y no la que pudieran obtener con motivo del mismo⁸.

10. La conexión nacionalidad presenta ventajas e inconvenientes⁹. En relación con las primeras, la nacionalidad permite que la ley aplicable no cambie con facilidad y que, por tanto, la ley reguladora del régimen económico matrimonial a través de esta conexión sea estable en el tiempo. Efectivamente, el domicilio o la residencia habitual cambian con mayor frecuencia que la nacionalidad, por ello, como conexión estable, la nacionalidad es la más adecuada. Además de lo anterior, la ley nacional refleja la vinculación que siempre el legislador español ha realizado entre el régimen económico matrimonial y el estatuto personal¹⁰. Por último, dentro de las ventajas, se considera que la conexión nacionalidad favorece a los países de emigración, ya que, la ley nacional se seguirá aplicando más allá de las fronteras nacionales a los ciudadanos que han emigrado. La conexión residencia habitual se presenta más adecuada que la nacionalidad para los países receptores de inmigrantes. De esta forma, con la ley de la residencia habitual se aplicará la ley del foro a los extranjeros que residan en el país y, también, a los nacionales que se encuentran establecidos en el territorio.

Por el lado de los inconvenientes, el más importante es el que acontece cuando la conexión lleva a un país totalmente desvinculado de la relación jurídica litigiosa¹¹. Esto es, la nacionalidad puede atri-

nio”, *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, enero-agosto 1991, nº 11-12, p. 43). Para este autor la explicación de que el artículo 9.3 CC remita a la ley de los efectos se encuentra en que, a través del primero, los cónyuges pueden hacer uso de la autonomía de la voluntad material y elaborar pactos que serán válidos si la ley de los efectos les da validez (*vid.*, en este sentido, P. DIAGO DIAGO, *Pactos o capitulaciones matrimoniales en Derecho internacional privado*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999, pp. 228-229).

⁷ SAP de Barcelona, de 22 marzo 2010, ECLI:ES:APB:2010:2765; SAP de Huesca, de 14 diciembre 2005 (AC 2005\2377).

⁸ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Efectos del matrimonio”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, ed. 17ª, Comares, Granada, 2017, p. 227.

⁹ A favor de la conexión nacionalidad común, *vid.*, M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “Los efectos del matrimonio”, en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO Y OTROS, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 153. En contra de esta conexión para los efectos de matrimonio, *vid.*, A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Efectos del matrimonio”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, ed. 17ª, Comares, Granada, 2017, p. 227; J. PIRRUNG, “La réforme du droit international privé en République fédérale d’Allemagne spécialement dans le domaine des relations entre époux”, *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1986/1987, pp. 201-222; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Non discrimination à raison du sexe et modification du droit international privé espagnol”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1991, vol. LXXX, pp. 626-634; Id., “No discriminación por razón de sexo: Derecho internacional privado español”, *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo 1991, tomo XLIV 44, pp. 233-249; M. AMORES CONRADI, “Arts. 9.2 y 9.3 Cc”, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, (coord.), *Comentarios a las reformas del Código civil (Desde la ley 21/1987 de 11 de noviembre a la ley 30/1991, de 20 de diciembre)*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 4474-456.

¹⁰ E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial: aspectos internacionales*, Comares, Granada, 2002, p. 30.

¹¹ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Efectos del matrimonio”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, ed. 17ª, Comares, Granada, 2017, p. 227.

buirse por un hecho anecdótico y realmente no representar ninguna conexión de los sujetos con ese país cuya nacionalidad tienen. En esos casos, en supuestos de cónyuges que poseen la nacionalidad de un país con el que no tienen ninguna relación, esta conexión no cumpliría con el principio de previsibilidad en la ley aplicable que inspira las normas de conflicto¹².

11. Además de lo anterior, otro inconveniente es la dificultad de determinar la nacionalidad en determinadas situaciones. Así, *ad ex.*, en los casos de múltiple nacionalidad, de apatridia, de nacionalidad indeterminada o en los supuestos en los que algún cónyuge –o los dos– son refugiados. En estos casos, el órgano judicial tendrá que establecer previamente qué ley debe tener en cuenta para saber si concurre el punto de conexión de la nacionalidad común.

En nuestro caso no hay ninguna duda al respecto, nuestro supuesto no es ninguno en los que se podrían encontrar problemas para determinar la nacionalidad de los cónyuges. Tal como recoge la Audiencia Provincial de Madrid, las dos partes en el litigio tienen nacionalidad neerlandesa. Esta nacionalidad es la que tenían en el momento de contraer el matrimonio y es la que siguen conservando en la actualidad. Todo ello, pese a haber residido 10 años en España –en el momento del recurso, ambos han vuelto a residir en Países Bajos–.

12. Como conclusión a todo lo anterior, siguiendo lo que indica el artículo 9.2 CC, la ley aplicable al régimen económico matrimonial de la pareja es el Derecho de los Países Bajos.

3. Prueba del Derecho extranjero

13. Una vez que se determina que el Derecho aplicable al recurso planteado es el neerlandés, corresponde ahora estudiar la prueba del Derecho extranjero.

14. La Audiencia Provincial de Madrid no cuestiona la prueba que realiza la parte actora cuando presenta la demanda ante el Juzgado de Primera Instancia. El órgano judicial de apelación simplemente transcribe *casi todas* las normas aplicables en este punto y concluye que la esposa prueba el Derecho neerlandés, sin oposición del marido. Por lo tanto, es el ordenamiento de los Países Bajos el aplicable en el caso.

15. Decimos que el órgano judicial competente transcribe *casi todas* las normas reguladoras de la prueba del Derecho extranjero porque falta el tratamiento de la carga de la prueba del Derecho extranjero. En este sentido, el artículo 282 LEC se ocupa de establecer la regla general de que las partes son las que tienen que probar el Derecho extranjero. Y, en nuestro caso, como son ellas las que lo prueban, no hay ningún problema relacionado con este aspecto y, por ello, el tribunal acepta la prueba del Derecho neerlandés que aporta la esposa y que no cuestiona el marido.

IV. Reenvío

16. La Audiencia Provincial de Madrid, sin embargo, no se plantea la posibilidad de aceptar el reenvío que pudiera realizar el Derecho neerlandés al ordenamiento español.

1. Definición y clases

17. El reenvío supone aplicar la norma de conflicto del ordenamiento extranjero al que conduce la norma de conflicto del foro. Esto se debe al principio de aplicación integral del Derecho extranjero,

¹² Así se puso de manifiesto en la SJPI núm 1 de Badalona, de 15 abril 1988 y en la SAP Barcelona de 6 abril 1989 (*vid.*, N. BOUZA VIDAL, “Nota a la SJPI núm 1 de Badalona de 15 abril 1988 y SAP Barcelona (Sección 13) de 6 abril 1989”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1990, vol. XLII, pp. 264-271).

según el cual, la norma de conflicto del foro remite al entero ordenamiento jurídico extranjero, no sólo a las normas materiales, también a las conflictuales, y, por ello, como el supuesto de hecho es internacional, la norma aplicable en ese Derecho extranjero debe ser otra norma de conflicto¹³.

18. Además de lo anterior, la razón de ser del reenvío se encuentra en el clásico principio de Derecho Internacional Privado de la armonía internacional de soluciones¹⁴. Esto es, con esta figura se pretende, y se consigue, que el Derecho material aplicable al caso sea el mismo independientemente del juez que conozca del mismo, sea el del foro o sea el del Estado extranjero cuya norma de conflicto materializa el reenvío.

19. Existen dos clases de reenvío. Podemos hablar del reenvío de primer grado y del reenvío de segundo grado.

- *Reenvío de primer grado o de retorno*. Este tipo de reenvío se produce cuando la norma de conflicto extranjera remite la regulación de la situación jurídica al Derecho del foro. De esta forma, el juez competente aplicará finalmente, si se acepta el reenvío, el Derecho propio.
- *Reenvío de segundo grado o reenvío ulterior*. En este caso, la norma de conflicto extranjera tiene un punto de conexión que indica que el Derecho aplicable a la cuestión es el de un tercer Estado. Cuando el reenvío no es de retorno se debe poner límite a las sucesivas remisiones que pueden realizar las normas de conflicto, ya que, de lo contrario, podría no concretarse el Derecho material aplicable por los múltiples reenvíos entre normas de conflicto que pueden encadenarse -reenvío de tercer grado, de cuarto, etc.-.

2. Artículo 12.2 CC

20. Puesto que nos encontramos en el marco de las normas de producción interna españolas, la regulación del reenvío a tener en cuenta es la recogida en el artículo 12.2 CC. Según este precepto, “*La remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española*”. Esto es, el reenvío admitido en España es únicamente el de retorno. El artículo 12.2 CC, con redacción confusa eso sí, ha sido interpretado en este sentido de permitir que en España se acepte únicamente el reenvío que la norma de conflicto extranjera realice al ordenamiento español.

No obstante lo anterior, es cierto que en nuestro país convivimos con la Ley cambiaria y del cheque, que constituye una excepción al reenvío de retorno puesto que permite el reenvío de segundo grado¹⁵. Esta contradicción con el artículo 12.2 CC se debe a que esta Ley fue una copia ciega del llamado Derecho cambiario ginebrino¹⁶.

¹³ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 18ª ed., Comares Granada, 2018, p. 308

¹⁴ P. DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, Padova, Cedam, 2001, p. 140; D. DAMASCELLI, “I criteri di collegamento impiegati dal regolamento n.650/2012 per la designazione della legge regolatrice della successione a causa di morte”, en P. FRANZINA/A. LEANDRO (a curda di), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Consiglio nazionale del notariato Collana di Studi, 2013, Giuffrè, Milano, p. 97; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, pp. 279-280.

Esta es la ventaja que menciona A. BONOMI acerca del reenvío. En cuanto a los inconvenientes, afirma que la complejidad en su aplicación es la principal razón negativa que podría aducirse al reenvío (A. BONOMI, “Il regolamento europeo sulle successioni”, *RDIPP*, 2013, p. 307).

En relación con este clásico principio de Derecho Internacional Privado, *vid.*, M.-P. WELLER, “Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht: Abschied von der “Klassischen” IPR-Dogmatik?”, *IPRax*, 5, 2011, pp. 429-437.

¹⁵ Ley 19/1985, de 16 de julio, cambiaria y del cheque, BOE núm. 172, de 19 julio 1985.

¹⁶ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 246.

21. En virtud de este precepto 12.2 CC, el órgano judicial español podría plantearse la aplicación del Derecho nacional si la norma de conflicto neerlandesa remitiese al ordenamiento español.

3. Convenio de La Haya sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales, de 14 de marzo de 1978

22. La norma de conflicto de los Países Bajos en esta materia de regímenes matrimoniales es el Convenio de La Haya sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales, de 14 de marzo de 1978¹⁷. Esta norma convencional es aplicable a los matrimonios celebrados a partir del 1 de septiembre de 1992 y hasta el 28 de enero de 2019¹⁸. La unión conyugal objeto de nuestro litigio se encuentra cubierta por la norma, ya que, como hemos indicado antes, se celebró en 1995.

23. Según este texto convencional, en defecto de elección de ley, el ordenamiento aplicable a los regímenes económico matrimoniales es el del Estado de la residencia habitual común después del enlace (art. 4). No obstante, en determinadas circunstancias previstas en el artículo 5, la ley aplicable será la de la nacionalidad común de los cónyuges (art. 4). Y, en defecto de residencia habitual común tras el matrimonio y de nacionalidad común, el ordenamiento del Estado que presente los vínculos más estrechos con la relación controvertida (art. 4).

24. Países Bajos ha realizado la declaración que contempla el artículo 5, segundo párrafo, 1) del Convenio de La Haya y, por ello, concurre una de las circunstancias previstas en el precepto mencionado para que la ley aplicable sea la de la nacionalidad común, neerlandesa, de los cónyuges. Por ello, en el caso en cuestión, el órgano judicial español no podría plantearse la admisión del reenvío, ya que, la norma de conflicto extranjera no indica que debe aplicarse el Derecho español en el caso.

4. Admisión del reenvío

25. No obstante lo anterior, parece conveniente señalar que, si este fuera el supuesto, esto es, si el Convenio de La Haya remitiera a la legislación española, el órgano judicial nacional podría admitir el reenvío en determinadas situaciones¹⁹.

26. Para empezar, el artículo 12.2 CC no es obligatorio, es facultativo. Tal como indica el TS, “La frase «tener en cuenta» no equivale a que deban aplicarse nuestras normas sucesorias de modo inextinguible, puesto que en español (Diccionario de la Real Academia) «tener en cuenta» quiere decir «tener presente, considerar», y ello es lo que debe hacer esta Sala: considerar si el reenvío (que ya ha sido alguna vez admitido por nuestros Tribunales de instancia) ha de aceptarse en el presente caso, [...]”²⁰.

27. En segundo lugar, el reenvío no puede suponer una vulneración de los principios fundamentales que inspiran la norma de conflicto en cuestión. Así es, “El artículo 12.2 contiene una norma de carácter general, de las denominadas por la doctrina «norma de aplicación o funcionamiento» que no puede interpretarse aisladamente, sino en relación con la norma específica y concreta que regula la materia [...]”²¹. En este sentido, uno de los principios que inspira la regulación conflictual del régimen económico matrimonial en España es la unidad de ley. Tal como hemos explicado anteriormente, el artí-

¹⁷ <https://assets.hcch.net/docs/3fccda38-481c-4bfl-b41b-b07fc5346654.pdf>

¹⁸ La fecha de 28 de enero de 2019 se debe a que Países Bajos es parte del Reglamento 2016/1103.

¹⁹ STS de 15 noviembre 1996, RJ 1996\8212; STS 21 mayo 1999, RJ 1999\4580; STS 23 septiembre 2002, RJ 2002\8029; STS 12 enero 2015, ECLI:ES:TS:2015:422.

²⁰ STS de 15 noviembre 1996, RJ 1996\8212.

²¹ STS de 15 noviembre 1996, RJ 1996\8212.

culo 9.2 CC indica el ordenamiento aplicable a todos los efectos del matrimonio, tanto a los económicos como a los personales, imponiendo, así, la misma y única normativa a todos ellos²².

En nuestro caso, de admitirse el reenvío, no se produciría una vulneración del principio de unidad de ley, puesto que, si fuera el supuesto, el juez español aplicaría el ordenamiento nacional a todos los bienes que forman parte del inventario de la pareja. El Convenio de La Haya no regula diferentes leyes para distintas cuestiones relativas al régimen económico matrimonial; salvo que las partes elijan ordenamiento aplicable, en este caso, sí pueden escoger la ley del país de situación de los bienes, para los inmuebles (art. 3). En nuestro supuesto, como partimos del hecho de que los cónyuges no han realizado capitulaciones matrimoniales, la ley aplicable a todos los bienes de la pareja es la misma, la ley de la residencia habitual común después del matrimonio, la ley de la nacionalidad común o la ley del país que presenta los vínculos más estrechos con el caso, dependiendo de las circunstancias.

28. En tercer lugar, además de lo anterior, el reenvío debe conducir a resultados justos para el ordenamiento español. En palabras del TS, *“Con relación al contexto argumentativo de la parte recurrente debe señalarse, en primer término, que no puede desconocerse que la reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala, si por tal entendemos la desarrollada a partir de la Sentencia de 15 de noviembre de 1996, ha flexibilizado la aplicación meramente literal del reenvío, tal y como se contempla en el artículo 12.2 (donde el reenvío de retorno solo se acepta en favor del ordenamiento jurídico español), afirmando la necesidad ab initio (desde el inicio) de ponderar su efectiva aplicación a la concurrencia de otros criterios. Entre estos, se ha señalado la conveniencia de que el reenvío lleve a un resultado acorde con los principios generales del Derecho español de forma que, en su caso, entrañe una mayor justicia en relación a los intereses en juego (STS de 21 de mayo de 1999). Pero sobre todo, caso que nos ocupa, se ha destacado el valor referencial que desarrolla la figura del reenvío como instrumento al servicio de la armonización de sistemas jurídicos de los Estados (la ya citada STS de 15 de noviembre de 1996)”*²³.

Por lo tanto, el reenvío debe ser coherente con la armonía internacional de soluciones. Este concepto, como ya se ha mencionado, significa que, independientemente del tribunal que conozca del caso, la ley material aplicable debe ser la misma. Sin embargo, el Tribunal Supremo español lo interpreta de forma diferente y, en este sentido, considera que hay armonía internacional de soluciones cuando los principios en los que se fundamenta la legislación del Estado extranjero en la materia son similares a los del Estado del foro. En el caso de sucesiones, por ejemplo, el TS entiende que no existe armonía internacional de soluciones cuando en el Derecho extranjero existe la libertad de testar mientras que en España existen las legítimas y, por lo tanto, no concurre esa libertad absoluta de disposición para el causante²⁴.

Desde el momento en que España y los Países Bajos forman parte del mismo Reglamento en materia de régimen económico matrimonial, la armonía internacional de soluciones se respetaría, ya que, ambos Estados deben compartir los mismos principios en esta materia, principios recogidos en la norma europea de la que ambos son parte.

29. Por todo lo dicho, la Audiencia Provincial de Madrid podría haber admitido el reenvío –si lo hubiera habido- y haber aplicado el Derecho español en el caso.

²² En relación con las sucesiones: *“La negación del reenvío puede apoyarse en que la colisión entre el estatuto sucesorio El derecho español entiende preponderante la Ley Nacional del «de cuius»; al propio tiempo, el sistema hereditario español es de carácter universalista, esto es, sostiene el criterio de unidad del régimen sucesorio”* (STS de 15 noviembre. RJ 1996\8212).

²³ STS 12 enero 2015, ECLI:ES:TS:2015:422

²⁴ *El reenvío, por último, debe entenderse como un instrumento de armonización de sistemas jurídicos de los Estados, como un instrumento respetuoso con los principios que los inspiran y si el derecho americano se apoya en una gran libertad de testar, y no reconoce las legítimas de los hijos, en nada armonizaría la coexistencia de los derechos respectivos, la aplicación por esta Sala del derecho español a la sucesión del causante de este litigio, que no ha conservado con España ni la residencia ni el domicilio”* (STS de 15 noviembre 1996, RJ 1996\8212).

IV. Conclusiones

30. La sentencia objeto de comentario no reviste ninguna complicación. Se trata de un supuesto de hecho fácil de resolver, sin aristas que haya que limar.

31. En el caso en cuestión, un matrimonio de neerlandeses se divorcia y litigan por los bienes que han de formar parte del inventario resultante de la liquidación del régimen económico de la pareja. El matrimonio se celebró en el año 1995 y, por ello, el órgano judicial español no puede aplicar el Reglamento 2016/1103 para determinar la ley aplicable. En el marco del artículo 9.2 CC, por lo tanto, y, en defecto de capitulaciones matrimoniales, el ordenamiento rector es el de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio; la ley de los Países Bajos. Este Derecho extranjero es probado por la esposa, sin oposición del marido. Por todo ello, el juez español aplica dicho ordenamiento y resuelve la demanda.

32. Si bien no plantea ningún problema, la resolución de apelación ha permitido poder analizar la aplicación del Reglamento europeo sobre régimen económico matrimonial, la regulación española de la prueba del Derecho extranjero y la posibilidad de admisión del reenvío en el caso, cuestiones, todas ellas, interesantes y que podrían tener que resolverse en otros supuestos de régimen económico matrimonial que pudieran plantearse ante autoridades españolas.

ANALISIS DEL AAP VALENCIA N° 276/2019
DE 11 DE OCTUBRE: CLÁUSULA DE COMPETENCIA
JUDICIAL INTERNACIONAL INCLUIDA EN EL REGIMEN
DE CONOCIMIENTO DE EMBARQUE:
SUBROGACION DE UNA DE LAS PARTES

ANALYSIS OF THE AAP VALENCIA N° 276/2019
OF 11 OCTOBER: INTERNATIONAL JURISDICTION CLAUSE
INCLUDED IN THE BILL OF LADING REGIME:
SUBROGATION OF ONE OF THE PARTIES

YERAY ROMERO MATUTE

*Profesor Universidad San Jorge de Zaragoza
Doctorando en Universidad de Murcia*

Recibido: 16.03.2010 / Aceptado: 06.04.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5663>

Resumen: En el presente artículo, al hilo del Auto n° 276/2019 de 11 de octubre de 2019, se analizarán los motivos que llevaron a una sociedad española a demandar a otra compañía española y a su aseguradora –por un supuesto incumplimiento de contrato de transporte en régimen de conocimiento de embarque– ante los Tribunales españoles, utilizando el foro general del domicilio del demandado del artículo 4 del Reglamento (UE) n° 1215/2012. La parte demandada, instó una declinatoria internacional ante dicha demanda. No obstante –como se podrá comprobar a lo largo de la presente–, fue la parte actora quien pretendió eludir una cláusula de sumisión expresa a los Tribunales londinenses recogida en dicho acuerdo.

Palabras clave: conocimiento de embarque, legitimación pasiva, cláusula de sumisión, declinatoria internacional.

Abstract: In this article, following the Spanish Order n° 276/2019 of 11 October 2019, it will be analyzed the reasons that brought a Spanish company to bring a lawsuit against another Spanish company and its own insurer –for a supposed failure to carry out a transport contract based on a bill of lading– in the Spanish Courts, using the general forum of the domicile of the defendant according to article 4 of Regulation (EU) n° 1215/2012. The defendant, requested an international declinatory in response to such a claim. However –as can be seen in this case–, it was the plaintiff who attempted to avoid a clause of express submission to the London courts contained in that agreement.

Keywords: bill of lading, passive legitimation, submission clause, international declinatory.

Sumario: I. Introducción. II. Auto de la Audiencia Provincial de Valencia n° 276/2019: Resumen de los Hechos. III. Consideraciones previas. 1. Conocimiento de embarque. 2. Las cláusulas de sumisión incluidas en un conocimiento de embarque: Competencia judicial internacional. IV. Comentario del Auto n° 276/2019 de 11 de octubre de 2019. V. Reflexión final.

I. Introducción

1. En primer lugar, y a través del Auto emitido por la Audiencia Provincial de Valencia nº 276/2019 de 11 de octubre de 2019¹, se pretende analizar el contenido de tal resolución, así como los argumentos esgrimidos por dicho tribunal. No obstante, antes de profundizar en la misma, parece prudente situar al lector –a través de una breve referencia introductoria– ante el tema objeto de análisis: el transporte marítimo de mercancías y, más concretamente, la modalidad de conocimiento de embarque.

2. El desarrollo tecnológico de los últimos años y una notable evolución en el comercio nacional e internacional, han propiciado un aumento considerable de las transacciones y acuerdos comerciales por vía marítima. El número de importaciones y exportaciones de esta índole se ha ido elevando de manera paulatina, de manera que es probable que, en los próximos años, se produzca un aumento desmedido en este tipo de actividades².

3. El derecho marítimo se ha distinguido durante muchos años por su estabilidad, por sus costumbres y sus tradiciones. Pese a ello, como consecuencia directa de una más que loable evolución tecnológica, de un constante movimiento de las empresas y, por ende, de unas transacciones y acuerdos internacionales, el derecho en este campo ha sufrido un gran progreso y desarrollo normativo³.

4. Así pues –en relación con el transporte de mercancías por vía marítima–, suele decirse que éste se realiza a través de dos modalidades preferentes: 1º.) El contrato de fletamento; y 2º.) el régimen de conocimiento de embarque (= *Bill of Lading*)⁴. No obstante, a efectos prácticos de esta disertación, será esta última la que aquí interesa y la que será objeto de estudio.

II. Auto de la Audiencia Provincial de Valencia n.º 276/2019: Resumen de los Hechos

5. En este procedimiento nos encontramos como parte demandante a la sociedad ENRAZ IMPORT EXPORT, S.L., en adelante (*Export S.L.*) –con sede en España⁵; y como partes demandadas, tanto a la empresa REEFER AND FOOD LOGISTICS, S.L., en lo sucesivo (*Logistics S.L.*) –también con sede en España⁶–, como a la sociedad ALLIANZ COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., en adelante (*Allianz S.A.*) –igualmente con sede en España⁷– por ser la compañía aseguradora de esta última.

6. Con carácter previo, es necesario apuntar que las partes implicadas formalizaron un acuerdo mediante el conocido como régimen de conocimiento de embarque. Así pues, nos encontramos con los siguientes sujetos:

¹ AAP de Valencia de 11 de octubre de 2019, [ECLI:ES: APV: 2019:3478A].

² “Las operaciones marítimas totales –mundiales– se han cuadruplicado en las últimas cuatro décadas: de 8.000 millones de toneladas-millas en 1968 a 32.000 millones de toneladas-millas en 2008 (...) Se calcula que esta cifra alcanzará los 300.000 millones de toneladas-millas en 2050”, recuperado de <https://www.wto.org>; <https://www.icontainers.com>, consultado el 17 de enero de 2020.

³ F. SÁNCHEZ CALERO/ J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II., Navarra, Aranzadi, 37.^a ed., 2015, p.675.

⁴ M. BROSETA PONT/ F. MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho Mercantil*, Vol.II., Madrid, Tecnos, 26.^a ed., 2019, p.197.

⁵ El domicilio social de *Export S.L.*, se encuentra ubicado en la Calle Sollana, 8, Albalat de la Ribera, 46687, Valencia, España. Dicha sociedad tiene por objeto la compraventa al por mayor y por menor, incluida la importación y exportación de los siguientes bienes: chatarra, motores de coches usados, recambios de piezas de vehículos y catalizadores, neumáticos, material de construcción y maquinaria, etc. Recuperado de <https://empresite.eleconomista.es>, consultado el 18 de enero de 2020.

⁶ El domicilio social de *Logistics S.L.*, se encuentra ubicado en la Avenida Militar Amado Granell Mesado, 75-5L, 46013, Valencia, España. Dicha sociedad tiene por objeto el transporte marítimo de mercancías de todo tipo. Recuperado de <https://empresite.eleconomista.es>, consultado el 19 de enero de 2020.

⁷ El domicilio social de *Allianz S.A.*, se encuentra ubicado en la Calle Ramírez de Arellano, 35, 28043, Madrid, España. Dicha sociedad tiene por objeto los seguros y reaseguros. Recuperado de <https://empresite.eleconomista.es>, consultado el 19 de enero de 2020.

- 1º.) La empresa *Export S.L.*, aparece como parte demandante/apelante y como cargadora de la mercancía;
- 2º.) La naviera *Maersk Line*, en lo sucesivo (*Maersk*) aparece como porteadora efectiva de la mercancía –con sede social en Dinamarca⁸–;
- 3º.) La sociedad *Logistics S.L.*, aparece como parte demandada, como transitaria y porteadora contractual –se subrogó en las obligaciones que había contraído la naviera *Maersk*. Junto a ella, aparece como parte demandada su compañía aseguradora, *Allianz S.A.*, y;
- 4º.) La empresa *Al Bakrawe General Tradding LLC*, en adelante (*Tradding LLC*) aparece como destinataria de la carga –cuya sede se encuentra en Dubái⁹–.

7. Expuesto lo anterior, y a través de la información contenida en el auto señalado, es preciso indicar que, en el conocimiento de embarque realizado entre *Maersk* (porteadora) y *Export S.L.* (cargadora), se incorporó una cláusula de sumisión expresa a los Tribunales de Londres para dirimir cualquier conflicto derivado de dicho acuerdo. Más concretamente, a la *High Court of Justice in London* (=Alto Tribunal de Justicia de Londres). Motivo por el cual, ante la demanda presentada en los Tribunales españoles por la empresa actora, *Export S.L.*; las empresas *Logistics S.L.* y *Allianz S.A.*, interpusieron sendas declinatorias internacionales por la falta de competencia judicial en relación con la cláusula de sumisión existente a favor del Tribunal londinense.

8. En este contexto, el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Valencia, en su Auto de fecha 31 de enero de 2019, sostuvo, en su parte dispositiva, lo siguiente: “se estiman las declinatorias planteadas por la representación procesal de *Logistics S.L.* y *Allianz S.A.*, y en consecuencia careciendo este Juzgado de competencia internacional por haberse sometido el asunto al Alto Tribunal de Justicia de Londres, se abstiene de conocer y se sobresee el presente procedimiento”.

9. Posteriormente, ante la respuesta negativa del Juzgado de lo Mercantil, la parte actora, *Export S.L.*, decidió interponer un recurso de apelación ante la Sección nº 9 de la Audiencia Provincial de Valencia; alegando que a pesar de que las empresas demandadas, *Logistics S.L.* y *Allianz S.A.*, estuvieran pasivamente legitimadas y respondieran solidaria y subsidiariamente, respectivamente, ninguna de ellas podía alegar la falta de competencia judicial internacional. La única compañía –según la parte actora–, que podía oponer dicha falta de competencia era la porteadora *Maersk*, empresa que ni tan siquiera había sido demandada.

10. Ante esta postura, las partes demandadas contrarrestaron con la figura de la declinatoria internacional¹⁰. Finalmente, la Audiencia Provincial de Valencia, en su Auto nº 276/2019 de 11 de octubre de 2019, manifestó que el recurso debía ser desestimado, confirmando la resolución del Juzgado de lo Mercantil de 31 de enero de 2019.

⁸ El domicilio social de *Maersk*, se encuentra ubicado en Esplanaden 50, Copenhagen, Denmark. Dicha sociedad, es una empresa de logística que opera en 130 países. Además, en los términos y condiciones de transporte de su página web, establece lo siguiente: “*For shipments to or from the U.S. any dispute relating to this bill of lading shall be governed by U.S. law and the United States Federal Court of the Southern District of New York is to have exclusive jurisdiction to hear all disputes in respect thereof. In all other cases, this bill of lading shall be governed by and construed in accordance with English law and all disputes arising hereunder shall be determined by the English High Court of Justice in London to the exclusion of the jurisdiction of the courts of another country*”. Recuperado de <https://terms.maersk.com>, consultado el 19 de enero de 2020.

⁹ El domicilio social de *Tradding LLC*, se encuentra ubicado en el 4, 7 Street G Floor, Shop 3 Ras Al Khor Industrial 3 - 614, Ras Al Khor, Dubái, Dubái United Arab Emirates. Dicha sociedad, es una empresa con sede en los Emiratos Árabes Unidos y uno de los líderes del mercado de las empresas de importación y exportación de productos frescos en Oriente Medio. Recuperado de <http://www.albakrawe-uae.com/>, consultado el 20 de enero de 2020.

¹⁰ E. FERNÁNDEZ MASÍA, “Declinatoria internacional ante los Tribunales españoles. La posición del tribunal supremo” en A.-L.- CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*, Colección Derecho y Letras, nº 1., Murcia, 2019., pp.115-136.

III. Consideraciones previas

1. Conocimiento de embarque

11. Con carácter previo al comentario y análisis del Auto en cuestión, es preciso explicar –desde un punto de vista teórico/práctico–, los puntos principales del contrato de transporte marítimo y de los documentos del mismo. Haciendo especial referencia a la modalidad contractual de conocimiento de embarque.

12. En primer lugar, el contrato de mercancías en el transporte marítimo bajo el régimen de conocimiento de embarque forma parte de lo que la doctrina considera como “contratos de explotación del buque”¹¹. Dicha figura contractual tiene una reciente historia, cuya finalidad es la realización de una prestación de servicios¹², entre las partes que suscriben el contrato¹³.

13. La normativa aplicable al conocimiento de embarque, es, por un lado, las llamadas Reglas de La Haya, en adelante (RH)¹⁴, así como las Reglas de La Haya-Visby, en lo sucesivo (RLHV)¹⁵ y la propia Ley de Navegación Marítima (LNM)¹⁶. Si bien, en ninguna de las normativas anteriores aparece una definición, *stricto sensu*, de dicha modalidad contractual; aún así, podría definirse como “el contrato en virtud del cual una persona denominada porteador se obliga mediante precio a transportar por mar mercancías determinadas, documentándose el envío en un conocimiento de embarque”, ello en relación con la lectura del Art. 205 LNM¹⁷.

14. En segundo lugar, este contrato viene a facilitar las cosas respecto del contrato de fletamento¹⁸, pues desaparece la póliza de fletamento en favor del conocimiento de embarque, adquiriendo este último un valor de documento contractual y título-valor¹⁹. En este sentido, al ser considerado como tal,

¹¹ L. FONTESTAD PORTALES, *Conocimiento de embarque como título ejecutivo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p.29.

¹² A. MOLINS FERNÁNDEZ, *El conocimiento de embarque*, Comares, Granada, 2000, p. 3.

¹³ 1º.) Cargador: la persona y/o empresa que concierta el contrato de transporte y se obliga a entregar la carga al porteador –no necesariamente carga personalmente dicha mercancía–; 2º.) Porteador: se determina que el porteador puede ser “el propietario del buque o el fletador en un contrato de transporte con el cargador”, respecto de ésta, se debe diferenciar cuando estamos ante un porteador contractual y cuando ante el porteador efectivo; 3º.) Transitario: los transitarios y/o comisionistas son empresarios que actúan por cuenta ajena, dedicándose a gestionar contratos y transacciones mercantiles y se comprometen en el desplazamiento de las mercancías; 4º.) Destinatario: Es la figura a quien le corresponde la recogida y retirada de las mercancías cuando lleguen a puerto. Esta figura está legitimada para reclamar y ejercitar las acciones que considere oportunas en cuanto a los daños y perjuicios por incumplimiento del contrato y/o pérdida de la carga. En este sentido, *Vid.* L. FONTESTAD PORTALES, *Op. Cit.*, pp.100-104; y M. BROSETA PONT/ F. MARTÍNEZ SANZ, *Op. Cit.*, p. 202; B. TORRUBIA CHALMETA, “Subcontrato de transporte y derecho de subrogación del asegurado en el CMR”, *Estudios de Deusto*, Universidad de Deusto, Vol.63/2, Julio-diciembre, 2015, pp. 246-248; F. SÁNCHEZ CALERO/ J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Op. Cit.*, pp. 734- 735; J.M. RUÍZ SOROA, S. ZABALETA SARASUA Y M. GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho del Transporte Marítimo*, Servicio central de publicaciones del Gobierno Vasco, 2ª Ed., Vitoria-Gasteiz, 1997, p. 384; y J.L. GABALDÓN GARCÍA y J.M. RUÍZ SOROA, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 450; A. MOLINS FERNÁNDEZ *Op. Cit.*, pp.55-63.

¹⁴ Reglas de La Haya 1924. Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque, suscrito en Bruselas el 25 de agosto de 1924.

¹⁵ Instrumento de Ratificación de 16 de noviembre de 1981, del Protocolo de 21 de diciembre de 1979, que modifica el Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque de 25 de agosto de 1924, enmendado por el Protocolo de 23 de febrero de 1968, (dan lugar a las llamadas «Reglas de La Haya-Visby»), BOE-A-1984-3645.

¹⁶ Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima. BOE-A-2014-7877.

¹⁷ M. BROSETA PONT/ F. MARTÍNEZ SANZ, *Op. Cit.*, p. 201.

¹⁸ “El contrato de fletamento es aquel por el que una persona pone a disposición de otra un buque para el transporte de mercancías a cambio de un precio determinado. La causa del contrato es el transporte de mercancías y lo verdaderamente importante es el medio de transporte usado, es decir, el buque; convirtiéndose, por tanto, éste en objeto del contrato a diferencia de lo que ocurre en el contrato de transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de embarque que no tiene en cuenta cómo se hace el transporte sino el resultado”. En este sentido, *Vid.*, L. FONTESTAD PORTALES, *Op. Cit.*, p.32.

¹⁹ *Ibid.* p.55; y F. SÁNCHEZ CALERO/ J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Op. Cit.*, pp. 60 y ss.

el conocimiento de embarque atribuye a su poseedor un derecho de crédito para exigir el depósito de la mercancía en el puerto de destino; garantizando así, el derecho de disposición sobre la misma²⁰.

15. Por concluir este apartado, en cuanto a las características del régimen de conocimiento de embarque, puede apuntarse que dicho acuerdo puede extrapolarse a un arrendamiento de servicio, ya que el fin mismo del pacto radica en la obtención de un resultado concreto: trasladar una carga y/o mercancía desde un punto A hasta un punto B, de manera incólume y según lo pactado. Del mismo modo, puede entenderse como un contrato de adhesión, puesto que el cargador –como norma general–, suele aceptar las condiciones predeterminadas por el porteador (Art. 3 RH y 5 RLHV) y, en definitiva, puede afirmarse que estamos ante un contrato consensual, no formal, puesto que antes de su previa emisión, ya genera una serie de obligaciones para el porteador (Art. 3 RH)²¹.

2. Las cláusulas de sumisión incluidas en un conocimiento de embarque: Competencia judicial internacional

16. Una vez esgrimida la normativa y la naturaleza del régimen de conocimiento de embarque, conviene matizar que las cláusulas incluidas en un conocimiento de embarque que fijan la competencia internacional expresamente, son consideradas como un acuerdo *inter partes* y accesorias al mismo²². Pues a la vez que se transmite el conocimiento de embarque, se transmite la cláusula de competencia, así como los derechos y obligaciones inherentes al mismo²³.

17. Dicho lo anterior, una vez delimitado el régimen del conocimiento de embarque, así como las cláusulas de sumisión incluidas en éste, es preciso afirmar que cuando se analiza la competencia judicial internacional en el derecho procesal marítimo, existe una profusa ausencia de normativa específica y, en consecuencia, se debe acudir a cierta normativa Europea y nacional. Por lo expuesto, para tratar de resolver esta laguna jurídica, se debe acudir a las siguientes normas:

- 1º.) Convenios específicos respecto del transporte marítimo de mercancías –Convenio de Bruselas de 1924²⁴–;
- 2º.) Tratados y Reglamentos de la Union Europea que den una respuesta sobre la competencia judicial internacional –Reglamento 1215/2012²⁵, en lo sucesivo (RBI-bis)– y;
- 3º.) En ultimo lugar, se deberá acudir a la normativa interna sobre competencia judicial –Ley Orgánica del Poder Judicial²⁶ y Ley de Enjuiciamiento Civil²⁷.

²⁰ F. SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de transporte marítimo de mercancías*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pp.109-113; M. BROSETA PONT/ F. MARTÍNEZ SANZ, *Op. Cit.*, p. 202. Es decir, el titular del mismo –si quisiera–, podría transmitir dichas mercancías mediante la entrega del conocimiento de embarque durante el transporte. Art. 252 LNM: Derecho a la entrega de las mercancías. 1.º) “El porteador entregará las mercancías al tenedor legítimo del conocimiento original, rescatando el documento como prueba del hecho de la entrega”.

²¹ Para una mayor información al respecto, consúltese B. LANGELAAN OSSET “Estudio jurisprudencial sobre el régimen jurídico-procesal de las cláusulas de jurisdicción insertas en conocimientos de embarque: situación actual y futuro proyectado” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.11, nº.1., 2020, pp. 408-437.

²² B. LANGELAAN OSSET “La cláusula de jurisdicción inserta en conocimientos de embarque: dimensión contractual y procesal”, *Anuario Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá XI*, 2018, pp. 183-195.

²³ J. Mª. GONZÁLEZ PELLICER “Sobre el artículo 468 del Proyecto de Ley de Navegación Marítima y la nulidad de las cláusulas de elección de foro en los conocimientos de embarque”, *La Ley*, nº 8354, 2014, p.2.

²⁴ Instrumento de Ratificación de 16 de noviembre de 1981, del Protocolo de 21 de diciembre de 1979, que modifica el Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque de 25 de agosto de 1924 («Gaceta de Madrid» de 31 de julio de 1930), enmendado por el Protocolo de 23 de febrero de 1968. BOE-A-1984-3645.

²⁵ Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2012/1215/oj>

²⁶ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE-A-1985-12666.

²⁷ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE-A-2000-323.

18. Así pues, salvo lo dispuesto en convenios específicos, y siempre que sea el cargador el que accione la cláusula del conocimiento de embarque, habrá que estar a lo dispuesto en el Art. 25 del RBI-bis²⁸. En este sentido, en relación con la transmisión del contrato, así como con la subrogación de una de las partes del contrato, cabría formularse la siguiente pregunta: ¿la transmisión junto con la subrogación del conocimiento de embarque, afecta a la totalidad del contrato –incluida la cláusula de sumisión expresa a la jurisdicción de un tribunal–, o únicamente afecta a unos determinados derechos y obligaciones?

IV. Comentario del Auto n.º 276/2019 de 11 de octubre de 2019

19. En relación con la pregunta planteada y respecto del Auto analizado, se pretende dar respuesta a la misma. Para ello, sirviéndose de la presente disertación, se han ido introduciendo los aspectos más relevantes del contrato marítimo de transporte, la naturaleza y la normativa legal del régimen de conocimiento de embarque, así como de la incidencia de las cláusulas de sumisión insertas en estos acuerdos y su repercusión a la hora de determinar la competencia judicial internacional.

20. En tal sentido, y a modo de recordatorio, cabe decir que las partes implicadas en este procedimiento son, por un lado la empresa *Export S.L.*, como parte actora y cargadora de la mercancía y, la empresa *Logistics S.L.*, –subrogándose en la posición de la naviera *Maersk*– como parte demandada y porteadora contractual, por otro; siendo, además, demandada su propia compañía aseguradora *Allianz S.A.* (Art. 43 de la Ley de Contrato de Seguro²⁹).

21. En primer lugar, en relación con el Auto de 11 de octubre de 2019, se puede apreciar como *Export S.L.* demandó a las empresas *Logistics S.L.* –en calidad de porteadora–, y *Allianz S.A.*, como consecuencia de los daños y perjuicios sufridos vinculados al transporte marítimo. Empero, *Export S.L.* en vez de interponer su demanda ante la *High Court of Justice in London* –como así indicaba la cláusula incluida en el conocimiento de embarque– decidió interponer dicha demanda ante los Tribunales españoles, utilizando el foro general del domicilio del demandado, argumentando que ambas sociedades tenían sucursales abiertas en España (Art. 4 RBI-bis, ello en relación con el Art. 63 del mismo texto articulado)³⁰.

22. Ante esta tesitura, ambas compañías interpusieron sendas declinatorias internacionales y el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Valencia, en su Auto de 31 de enero de 2019, decidió estimarlas, absteniéndose de conocer y sobreseyendo dicho procedimiento.

23. En segunda instancia, la parte actora decidió apelar tal resolución, alegando, entre otras, las siguientes pretensiones: una inadecuada valoración de la prueba, una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, una revisión de las costas, etc. No obstante, uno de sus argumentos, tomó especial relevancia por su contenido y por ser el soporte real del recurso planteado, ya que la demandante argumentó la inoponibilidad de la cláusula sumisoria contenida en el conocimiento de embarque por parte de los demandados.

²⁸ “La mayoría de las cláusulas de jurisdicción contenidas en los conocimientos de embarque se designan a un tribunal de la UE –habitualmente la *High Court of Justice of London* o Tribunales franceses o neerlandeses” B. LANGELAAN OSSET “Estudio jurisprudencial sobre el régimen jurídico-procesal...” pp. 418-420; AAP Barcelona de 18 de marzo de 2019, [ECLI:ES:APB:2019:849A].

²⁹ Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. BOE-A-1980-22501.

³⁰ “En el sector de la competencia judicial internacional, hay que destacar la estatalidad del Derecho internacional privado. Al respecto, el instrumento aplicable en litigios internacionales, que regula la competencia de los tribunales en materia civil y mercantil, es el Reglamento 1215/2012 RBI-bis (...) Por lo tanto, cabe esgrimir que –las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual sea su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado– (art. 4 RBI-bis)”, Para más información, consúltase A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 16ª ed., Comares, Granada, 2016, p.71.; Y. ROMERO MATUTE, “Comentario del AAP Barcelona n.º 128/2019 de 8 de mayo: Contrato de suministro y cláusula de sumisión expresa a los Tribunales de Costa Rica”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.12, nº.1., 2020.

24. En este sentido, la parte actora razonó que la naviera *Maersk* al no haber sido parte demandada en el presente procedimiento, la cláusula de sumisión incluida en el conocimiento de embarque, no se debía tener en cuenta; ya que las demandadas eran *Logistics S.L.* y *Allianz S.A.*, empresas que no habían suscrito dicha cláusula. Es decir, la empresa *Export S.L.*, defendía que a pesar de que *Logistics S.L.* y *Allianz S.A.*, estuvieran pasivamente legitimadas³¹, no podían activar dicha cláusula de sumisión por no haber suscrito “personalmente” el acuerdo pactado y no haber firmado dicho conocimiento de embarque que si había suscrito la naviera *Maersk* (Art. 278 LNM)³².

25. A este respecto, la Audiencia Provincial de Valencia, convirtió en suya la argumentación de la resolución de 8 de noviembre de 2016 para responder a la parte actora. Esta resolución se centró en la nulidad y validez de las cláusulas de sumisión contenidas en los contratos de transporte de utilización de buque, considerando que dichas cláusulas de sumisión –contenidas en los conocimientos de embarque–, son válidas al margen de las firmas que figuren en los documentos de transporte³³.

26. Además, la Audiencia Provincial precisó que el análisis y la eficacia de una cláusula de sumisión en el ámbito marítimo, debe llevarse a cabo de manera específica para cada caso concreto. Pues, como refiere el mencionado Auto de 8 de noviembre de 2016, no siempre la inclusión de una cláusula de competencia judicial puede derivar en el rechazo sistemático de la jurisdicción de los Tribunales españoles³⁴.

27. Dicho lo cual, y en relación con la determinación del alcance de la citada cláusula de sumisión, nuestro Tribunal Supremo –siguiendo las directrices del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en lo sucesivo (TJUE)–, ha establecido que dicha cláusula alcanza tanto a los contratantes como a quienes de ellos traigan causa³⁵. Es decir, la parte que se subroga con otro sujeto implicado en un contrato de esta índole, queda comprometido con los mismos derechos y obligaciones; entre esas obligaciones, se encuentra la inexcusable cláusula de sumisión³⁶.

³¹ T. ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho procesal civil*, 10ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2017, pp.75 y ss.; J. MONTERO AROCA et al., *Derecho jurisdiccional II, Proceso Civil*, 24ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp.60 y ss.

³² R. ESPINOSA CALABUIG, *El contrato internacional de transporte marítimo de mercancías: cuestiones de ley aplicable*, Comares, Granada, 1999, pp.106 y ss.

³³ AAP Valencia, [ECLI:ES:APV:2016:607A], “El Reglamento 1215/2012 RBI-bis dispone en su artículo 25.1 relativo a la prórroga de jurisdicción: 1. Si las partes, con independencia de su domicilio, han acordado que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes para conocer de cualquier litigio que haya surgido o que pueda surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal órgano jurisdiccional o tales órganos jurisdiccionales serán competentes, a menos que el acuerdo sea nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material según el Derecho de dicho Estado miembro. Esta competencia será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes. (...) El artículo 17 del Convenio de Bruselas ha sido objeto de interpretación en las conocidas Sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de marzo de 1999 en el asunto C-159/97 (*Castelletti*) y en la Sentencia de 9 de noviembre de 2000 en el asunto C-387/98 (*Coreck Maritime*). Y en aplicación de su contenido, nuestro Tribunal Supremo extrae las siguientes conclusiones: 1º.) La validez de las cláusulas de sometimiento a jurisdicción de los Tribunales extranjeros incorporadas a los conocimientos de embarque (Sentencia, entre otras, de 6 de febrero y 9 de mayo de 2003; 29 de septiembre de 2005, 8 de febrero de 2007 y 16 de mayo de 2008. 2º.) Respecto a la prestación del consentimiento, la firma del documento en que se inserta la cláusula y los usos del sector, la Sentencia de 6 de febrero de 2003 admite la eficacia de una cláusula de sumisión a arbitraje en Londres al margen de las firmas que figuren en los conocimientos de embarque, estimando que tales documentos no podían ser cuestionados únicamente en lo que perjudicara a la parte que lo esgrimía como título de transporte (en la misma línea la de 8 de febrero de 2007 y la 16 de mayo de 2008)”. Asimismo, *Vid.* AAP de Madrid de 9 de febrero de 2015, [ECLI:ES:APM:2015:738A]; SAP de Pontevedra de 19 de enero de 2016, [ECLI:ES:APPO:2016:231A], entre otras.

³⁴ A. RODRÍGUEZ BENOT, “Arts. 25 y 26”, en AA.VV., *Comentario al Reglamento (UE) nº 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I refundido)*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2016, pp. 545-590; y A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Op. Cit.*, pp. 277-278; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS “La Ley de Navegación Marítima ha modificado el régimen de oponibilidad de las cláusulas de sumisión a los terceros que no son parte en el conocimiento de embarque (AAP Barcelona 7 octubre 2019)”, Recuperado de <https://fernandezrozas.com>, consultado el 3 de marzo 2020; asimismo, STS de 10 de noviembre de 1993, [ECLI:ES:TS:1993:7559].

³⁵ “Hay que tener en cuenta que lo acordado por las partes puede afectar a terceros ajenos a la relación contractual que, posteriormente, pueden verse vinculados por la misma”, Al respecto, *Vid.* L. FONTESTAD PORTALES, *Op. Cit.*, p.262

³⁶ “Dicha cláusula puede ser invocada frente al tercero, tenedor del conocimiento, desde el momento en que, con arreglo

28. Así pues, en relación con esto último, el hecho de que el órgano juzgador haya desestimado el recurso de apelación interpuesto por la actora, es consecuencia de lo explicado anteriormente. La Audiencia Provincial de Valencia consideró, en relación con la doctrina analizada y jurisprudencia citada que, la cláusula de sumisión vinculaba a las partes; quienes, además de estar pasivamente legitimadas, podían activar dicha cláusula.

29. En consecuencia, la Audiencia confirmó el auto de 31 de enero de 2019 del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Valencia, estimando la declinatoria internacional en tanto en cuanto carecía de competencia judicial internacional para resolver y se abstuvo de conocer y resolver sobre el fondo del asunto.

30. En definitiva, lo que hace la Audiencia Provincial de Valencia es acudir y analizar los documentos de transporte suscritos entre la actora, *Export S.L.*, y la naviera *Maersk* –no demandada en este procedimiento–, y percatarse de la existencia de una cláusula de sumisión incluida en el régimen de conocimiento de embarque, que otorgaba la competencia judicial internacional a los tribunales de Londres, manifestando a la parte demandante, que carecía de dicha competencia, remitiéndole a los Tribunales ingleses.

V. Reflexión final

31. En primer lugar cabe esgrimir, que la Audiencia Provincial de Valencia, en su Auto nº 276/2019 de 11 de octubre de 2019, hizo un análisis exhaustivo y fundamentó su decisión en reiterada jurisprudencia, desmontando el argumento principal de la parte actora con solvencia y de manera acertada.

32. La parte actora defendía la inoponibilidad de la declinatoria internacional por la parte demandada –pasivamente legitimada–, por no ser quien había suscrito personalmente el contrato de transporte en la modalidad de conocimiento de embarque. Empero, ante ese argumento, la parte demandada consideró que el hecho de subrogarse en la posición de una de las contratantes iniciales, como era la naviera *Maersk*, le otorgaba todos los derechos y deberes que ésta había adquirido en primera instancia; incluyendo, por supuesto, la cláusula de sumisión expresa a los tribunales ingleses.

33. Como se ha señalado a lo largo de la presente disertación, lo usual en la práctica del transporte marítimo, es la incorporación de cláusulas de sumisión en el conocimiento de embarque. Cláusulas, que trasladan un posible litigio a la jurisdicción de un Estado concreto, siendo, como norma general, el lugar donde el porteador tiene su sede o establecimiento principal. Sin embargo, en ocasiones, en este tipo de transacciones cobra especial importancia la autonomía de la voluntad de las partes, principalmente, por la posibilidad que poseen los implicados para someterse –expresa o tácitamente– a los tribunales del estado que ellos mismos elijan voluntariamente.

34. Por ello, tanto la jurisprudencia como la doctrina y la normativa nacional e internacional –dado la trascendencia de estas cláusulas en el ámbito marítimo–, establecen que, en el hipotético caso de concurrencia de foros, el criterio de la autonomía de la voluntad, tendrá preferencia sobre el resto. Así pues, como se ha detallado, estas cláusulas afectan no solo a las partes que suscriben el conocimiento de embarque, sino a las partes que se subrogan en la posición de la otra; afectándole de igual modo tanto en deberes como en obligaciones.

al Derecho nacional aplicable, el tenedor del conocimiento se subroga en los derechos y obligaciones del cargador”, STJCE *Castelletti* de 16 de marzo de 1999 (C-159/97) apartado 41, [ECLI: EU:C:1999:142]; STJCE *Coreck* de 9 de noviembre de 2000 (C-387/98) apartados 23-27, [ECLI: EU:C:2000:606]; STJCE *Tilly Russ* de 19 de junio de 1984 (C-71/83) apartado 24, [ECLI: EU:C:1984:217]; STS de 5 de julio de 2007, [ECLI: ES:TS: 2007:4493]; STS de 8 de febrero de 2007, [ECLI: ES:TS: 2007:452], entre otras. Así como, *Vid.* A. MOLINS FERNÁNDEZ *Op. Cit.*, p. 89.

35. Por esta razón, la Audiencia, conocedora de la existencia de dicha cláusula de sumisión y de los efectos que provoca, decidió, al amparo de numerosa jurisprudencia y, de la declinatoria internacional interpuesta por la parte demandada, resolver a favor de esta última. El tribunal, como se ha reiterado, desestimó el recurso planteado por la actora, dio validez y otorgó plenos efectos a la cláusula contenida en el conocimiento de embarque y reconoció la competencia judicial internacional a favor del Alto Tribunal de Londres.

36. Lo curioso de este procedimiento radica en la rareza del mismo. Puesto que, quien realmente pretendía evadir la cláusula de sumisión era la misma empresa que la había acordado y no la empresa subrogada —que es lo que hubiera tenido más sentido—. Desde luego, lo que carecía del mismo, era que la propia *Export S.L.*, compañía que había suscrito el contrato de transporte y el conocimiento de embarque con la naviera *Maersk*, pretendiera el traslado a los Tribunales españoles de un proceso vinculado a la *High Court of Justice in London*, utilizando el foro general del domicilio del demandado del (Art. 4 RBI-bis). Por lo tanto, ante esta tesitura, la Audiencia provincial de Valencia no entró a valorar sobre el fondo del asunto, ni valoró los argumentos aducidos por la actora, no celebró vista, ni practicó prueba y, de esa manera, se ahorró dictar una sentencia con todo lo que ello implica para la Administración.

37. La posibilidad y la inclusión de estas cláusulas cumple con el propósito de abaratar costes en el transporte marítimo, puesto que si un porteador no pudiera elegir la jurisdicción donde pleitear —previo acuerdo con el cargador—, ello le llevaría a reclamar en diferentes Estados, con el incremento económico que ello provoca. Por ello, el hecho de insertar cláusulas de jurisdicción en los conocimientos de embarque, es algo muy positivo, no solo para los porteadores —conocedores de una contratación masiva—, sino para todos, ya que el hecho de que exista una homogeneidad contractual y una concentración de las reclamaciones, favorece a la economía mundial y, por ende, a los usuarios finales, en este caso, nosotros.

A PROPÓSITO DEL MATRIMONIO CONSULAR EN ESPAÑA DE LA CONTRAYENTE HISPANO-MARROQUÍ Y LA RESOLUCIÓN (41^a) DE LA DGRN DE 4 DICIEMBRE DE 2018*

THE RESOLUTION (41^a) OF THE DGRN OF DECEMBER 4, 2018 AND ITS IMPACT ON SPANISH MOROCCAN PARTIES CONTRACTING MARRIAGES IN SPAIN VIA THE CONSULAR FORM

CARMEN RUIZ SUTIL**

*Profesora titular de Derecho internacional privado
Universidad de Granada*

ORCID ID: 0000-0001-5063-1845

Recibido: 14.05.2020 / Aceptado: 03.06.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5664>

Resumen: La RDGRN (41^a) de 4 de diciembre de 2018 se posiciona con la doctrina asentada por dicho Centro Directivo sobre el rechazo de la inscripción del matrimonio celebrado ante Cónsul marroquí radicado en España de la contrayente marroquí naturalizada española, al ser nulo por defecto de forma. Ello evidencia una de las problemáticas derivadas de las situaciones jurídico-familiares que afectan a la población extranjera que adquiere la nacionalidad española, a las que debemos dar respuesta para evitar la inseguridad jurídica y el desconcierto que sufren, en particular, los dobles nacionales hispano-marroquíes.

Palabras clave: matrimonio consular, contrayente hispano-marroquí, renuncia a la nacionalidad anterior, matrimonio islámico celebrado en España.

Abstract: The RDGRN (41st) of December 4, 2018 takes a stance for the doctrine established by this same Directive Center, rejecting the registration of the consular marriage based in Spain of a Moroccan spouse who is naturalized Spanish. This marriage is being null due to defect of form. This evidences one of the problems deriving from the legal-family situations that affect the foreign population who takes the Spanish nationality. There is a need of an answer to avoid the legal insecurity and the confusion that particularly Spanish-Moroccan double nationals suffer.

Keywords: consular form marriage, Spanish-Moroccan contracting party, renunciation of the previous nationality, the Islamic marriage conducted in Spain.

Sumario: I. Introducción. II. Adquisición de la nacionalidad española y los efectos de la renuncia a la nacionalidad marroquí. III. El matrimonio de la contrayente hispano-marroquí a la luz de la Resolución de la DGRN de 4 de diciembre de 2018: 1. Matrimonio en España ante autoridad coránica: el desapego de la comunidad hispano-marroquí. 2. Matrimonio consular y el desconcierto originado. IV. Consideraciones finales.

*Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación I+D+i que lleva como título “Movilidad internacional de personas: el impacto jurídico-social en España y en la UE de la adquisición de la nacionalidad española por la población inmigrante”, con código DER2016-75573-R..

**ruizsuti@ugr.es

I. Introducción

1. La población marroquí residente en nuestro país es una de las más significativas desde un punto de vista cuantitativo, debido esencialmente a la proximidad geográfica existente entre ambos Estados¹ y al considerable aumento de las relaciones de tráfico privado externo. En particular, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (41ª) de 4 de diciembre de 2018² evidencia una de las cuestiones derivadas de las situaciones que afectan a los extranjeros de origen marroquí que adquieren la nacionalidad española³, en la medida en que los actos de estado civil relativos a los naturalizados españoles deben acceder al Registro civil español, aunque se hayan constituidos ante autoridad extranjera. A ello se une la problemática que plantea la doble nacionalidad fáctica, que en el orden práctico provoca que una persona sea española para nuestro país y nacional para su Estado de origen⁴.

2. La práctica reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN) demuestra que los dobles nacionales hispano-marroquíes van a toparse con ciertos inconvenientes a la hora de inscribir su matrimonio en el Registro civil español⁵.

3. Justamente, esto es lo que se pone de relieve la RDGRN (41ª) de 4 de diciembre de 2018 cuando decreta la invalidez formal del matrimonio celebrado por una marroquí naturalizada española ante Cónsul marroquí acreditado en España, hecho que ha impedido su acceso al Registro civil español⁶. El defecto formal motivó que la DGRN confirmara la no validez de referido enlace por el incumplimiento del art. 49 del Cc por parte de la interesada, al ostentar la nacionalidad española.

4. Para poder evaluar la doctrina vertida en la RDGRN objeto de estudio tendremos que atender a dos cuestiones: en primer lugar, saber si la renuncia exigida para la adquisición de la nacionalidad española tiene consecuencias jurídicas en la pérdida de la nacionalidad de origen marroquí; en segundo lugar, la eficacia del matrimonio de la contrayente hispano-marroquí desde el punto de vista de los ordenamientos español y marroquí.

II. Adquisición de la nacionalidad española y efectos generados por la renuncia a la nacionalidad marroquí

5. El que una persona extranjera adquiriera la nacionalidad española no evita que en el ámbito del Derecho de familia se generen situaciones jurídicas claudicantes, ya que se puede mantener otra nacionalidad, pese a haber renunciado a la de origen según las exigencias impuestas por el legislador español (art. 23.b Cc)⁷.

¹ Así se desprende de las estadísticas publicadas por el Instituto Nacional de Estadística (INE) sobre extranjeros residentes legalmente en territorio español, donde se refleja que los marroquíes constituyen una de las comunidades de nacionales de terceros Estados con mayor presencia en España. Consúltase <http://www.ine.es/>.

² Publicada *BMJ*, año LXXIII, noviembre 2019, núm. 2.224. También se puede consultar en Westlaw-Aranzadi Instituciones (JUR 2019\344313).

³ En 2018, de un total de 90.828 extranjeros residentes en España que adquirieron la nacionalidad española, la nacionalidad de origen más frecuente fue la marroquí, con 25.372 casos. Estos datos pueden comprobarse en Notas de prensa del Instituto Nacional de Estadística de 11 de junio de 2019, en https://www.ine.es/prensa/aner_2018_p.pdf

⁴ Sobre la temática y los distintos presupuestos de la doble nacionalidad fáctica véase S. ADROHER BIOSCA, *La plurinacionalidad en el Derecho internacional privado español*, Madrid, Editorial Reus, 2019, pp. 51-54.

⁵ S. ADROHER BIOSCA, "El derecho a contraer matrimonio en la emigración", *Migraciones* 0, 1996, pp. 107-131.

⁶ Con mismo resultado, véase las RDGRN núm. 27/2016 de 28 de octubre 2016 (JUR\2018\102475); RDGRN núm. 14 de 22 de febrero de 2012 (BIMJ, año LXVI, de 7 de noviembre de 2012; RDGRN núm. 4/2004 de 19 enero (JUR 2004\138637); RDGRN núm. 3/2003 de 29 de septiembre (JUR 2004\6146); RDGRN núm. 3/2001 de 23 de octubre (JUR 2002\47692); RDGRN núm. 1/2001 de 28 mayo (RJ 2002\1749).

⁷ Se deben hacer algunas matizaciones al requisito de la renuncia, como que los naturales de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial, Portugal o los sefardíes originarios de España no están obligados a renunciar a su anterior nacionalidad. Asimismo, existen ciudadanos de países iberoamericanos, ya que tampoco renuncian a su nacionalidad anterior

6. En la RDGRN objeto de este comentario encontramos a una contrayente de origen marroquí que adquirió la nacionalidad española. Generalmente, la población marroquí la obtiene demostrando 10 años de residencia legal en nuestro país, ya que no se encuentra entre los grupos de personas que pueden beneficiarse de una reducción del plazo de residencia de uno, dos o cinco años (art. 22 Cc)⁸. El conflicto de nacionalidades surgido en situaciones hispano-marroquíes se debe a que, principalmente, la adquisición de la española depende—como el caso que nos ocupa— del cumplimiento del requisito de la renuncia del art. 23.b Cc, al no impedir la pérdida real de la nacionalidad del país de procedencia.

7. Cada Estado es competente para consentir la renuncia de su nacional, sin limitarse a recibir dicha solicitud ni rechazarla de forma arbitraria⁹. De esta manera, el ordenamiento marroquí viene permitiendo la renuncia del que adquiere otra nacionalidad, según dispone el art. 19.1 del Código de nacionalidad marroquí¹⁰. Ahora bien, el interesado tendrá que ser autorizado por decreto a renunciar a sus lazos de origen¹¹. No obstante, el principio de vinculación perpetua consagrado por el art. 15 de la Convención de Madrid de 19 de mayo de 1880¹² ampara a todo marroquí que adquiere otra nacionalidad y ser respetado por Marruecos como propio nacional. Y es que el Reino Alauita ha manifestado su reticencia a la renuncia a la nacionalidad de origen marroquí, aunque esté legalmente autorizada en el Código de nacionalidad¹³. Significa, pues, que la renuncia exigida a los nacionales marroquíes para la adquisición de la nacionalidad española no tendrá validez para la autoridad de origen ni tampoco dicha adquisición será un motivo de pérdida de la nacionalidad de aquel país¹⁴.

8. En consecuencia, nos encontramos con ciudadanos que ostentan una doble nacionalidad anómala o patológica, denominada también de hecho o fáctica, debido a la concurrencia de dos naciona-

porque se amparan en la aplicación de los Convenios de doble nacionalidad. Sobre el tema, véase A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “Derecho de la nacionalidad en España”, en R. RUEDA VALDIVIA y Á. LARA AGUADO (dirs.), G. MORENO CORDERO (coord.), *Normativas de nacionalidad en Derecho comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020 (en prensa).

⁸ Véase R. VIÑAS FARRÉ, “Evolución del Derecho de nacionalidad en España: Continuidad y cambios más importantes”, *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Vitoria-Gasteizko nazioarteko zuzenbide eta nazioarteko herremanen ikastaroak, núm. 1, 2010, pp. 278-313, en espec. p. 301.

⁹ Tal y como se desprenden del art. 15.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que establece que “*a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad*”, así como del art. 8 del Convenio Europeo sobre Nacionalidad de 6 de noviembre 1997, que a pesar que no ha sido ratificado por España, se declara que “*cada Estado parte permitirá la renuncia de su nacionalidad, siempre que no se convierta en apátrida y podrá limitar, en su derecho interno, esta renuncia a aquellos caso en que el solicitante viva habitualmente en el extranjero*”.

¹⁰ La nacionalidad marroquí ha sido regulada por el Dahir n° 1-58-250 de 6 de septiembre de 1958) relativo al Código de la nacionalidad marroquí (*Bulletin Officiel* n° 2394 de 12 de septiembre de 1958, p. 1492), versión consolidada en francés que incorpora las últimas reformas. *Vid.* <https://www.refworld.org/docid/3ae6b5778.html> y <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=550853cc4>.

¹¹ Para renunciar a la nacionalidad marroquí, la persona interesada debe seguir el siguiente procedimiento: 1) presentar una solicitud ante el Ministerio de Justicia en la que declare que renuncia a su nacionalidad marroquí; 2) se requiere la aprobación del gobierno marroquí; 3) se debe emitir un decreto que autorice al interesado a renunciar a la nacionalidad marroquí para su posterior publicación por Decreto en el Boletín Oficial. Véase J. OUHIDA, “Derecho de nacionalidad en Marruecos”, en R. RUEDA VALDIVIA y Á. LARA AGUADO (dirs.), G. MORENO CORDERO (coord.), *Normativas de nacionalidad en Derecho comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020 (en prensa).

¹² La Conferencia de Madrid de 1880 sobre el Derecho de Protección sobre Marruecos llevó a formalizar acuerdos firmados por este país y ciertos Estados europeos, entre ellos España, para reforzar las ventajas vinculadas al desarrollo en suelo marroquí y ofrecer un marco legal y regulatorio. El texto se puede consultar en <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9600646b/f31.image.texteImage>.

¹³ De hecho, en 2005, Marruecos respondió desfavorablemente a la propuesta holandesa de exigir que los marroquíes inmigrantes de tercera generación en los Países Bajos eligieran obligatoriamente entre la nacionalidad marroquí o la neerlandesa, tal y como confirma J. OUHIDA, “Derecho de nacionalidad en Marruecos”, en R. RUEDA VALDIVIA y Á. LARA AGUADO (dirs.), G. MORENO CORDERO (coord.), *Normativas de nacionalidad...*, op. cit.

¹⁴ Por su parte, en Túnez, según se desprende del art. 30 Código de la nacionalidad, la renuncia a la nacionalidad tunecina efectuada por los tunecinos de origen o naturalizados que tengan otra nacionalidad, necesita que sea autorizada por las autoridades mediante decreto del Ministerio de Justicia (arts. 30-32 del Código de la nacionalidad tunecina). Si esto sucede, conlleva la pérdida de la nacionalidad. Por tanto, cabe entender que la renuncia de la nacionalidad tunecina ante la autoridad extranjera no tendrá por sí sola efectos. Al respecto, véase C. RUIZ SUTIL, “Derecho de la nacionalidad en Túnez”, en R. RUEDA VALDIVIA y Á. LARA AGUADO (dirs.), G. MORENO CORDERO (coord.), *Normativas de nacionalidad en Derecho comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020 (en prensa).

lidades: la adquirida en España y la de origen, dado que la renuncia efectuado ante autoridad española carece de valor Marruecos. Este conflicto de nacionalidades surge debido a las discrepancias entre las ambas legislaciones en cuanto a los principios rectores y a las reglas específicas sobre dicha materia, divergencias que se manifiestan al permitir la adquisición de una nacionalidad española con una renuncia prácticamente simbólica para el ordenamiento español e ineficaz en el sistema marroquí, tal y como ocurre en el supuesto de la RDGN de 4 de diciembre de 2018. Dicho conflicto podría evitarse mediante la elaboración de un Acuerdo de doble nacionalidad entre España y Marruecos que permita que los ciudadanos de ambos países mantener las dos nacionalidades.

9. La efectividad de la renuncia a la nacionalidad originaria viene creando una práctica anómala en determinados Registros civiles españoles¹⁵. A los ciudadanos marroquíes, tras naturalizarse españoles y antes de la realización del acto de la jura, se les requiere la acreditación por su Consulado de la eficacia de la renuncia a su anterior nacionalidad para proceder a la inscripción registral en España del acta de juramento de adquisición de la nacionalidad¹⁶. Es evidente que lo único que puede certificar la autoridad consular marroquí es que el interesado sigue siendo nacional del país, y que no pierden tal condición por el hecho de renunciar a su nacionalidad ante autoridad española. Sin embargo, entendemos que la única exigencia que nuestro ordenamiento impone al respecto es que la renuncia tenga lugar ante autoridad española. Por tanto, otros requerimientos diferentes al comentado serían improcedentes, puesto que carecería de respaldo legal en la normativa de nacionalidad (art. 23.b del Cc.). Tal es así que el art. 226 del Reglamento del Registro Civil dispone que sea admitida la declaración de voluntad de renuncia “... aunque no presente documento alguno, siempre que resulte de la declaración la concurrencia de los requisitos exigidos para la adquisición de la nacionalidad...”.

10. Desde el punto de vista español, el problema real se suscita cuando la contrayente marroquí que obtiene la nacionalidad española sigue manteniendo vínculos jurídicos-administrativos con su país de origen. En teoría, la nueva nacionalidad genera un vínculo político, jurídico y social con ese Estado. Este lazo también debería abarcar la integración real en las costumbres y el estilo de vida del país de la nacionalidad adquirida. En todo caso, el art. 25.2 a) Cc. manifiesta que, “quien adquiera la nacionalidad española, habiendo renunciado previamente a su anterior nacionalidad, deberá procurar no hacer uso exclusivo de la de origen durante tres años, advirtiéndole que podría dar lugar a la privación de la nacionalidad española”¹⁷.

11. En suma, todas estas circunstancias llevan a que la DGRN, en su Resolución de 4 de diciembre de 2018, resuelva la no inscripción en el Registro civil español del matrimonio consular de la hispano-marroquí, lo que evidencia un claro ejemplo del impacto y de la conexión existente entre las normas de nacionalidad y las situaciones jurídicas relacionadas con el Derecho de familia.

III. El matrimonio de la contrayente hispano-marroquí a la luz de la Resolución de la DGRN de 4 de diciembre de 2018

1. Matrimonio en España ante autoridad coránica: el desapego de la comunidad hispano-marroquí

12. La condición previa para la celebración del matrimonio en España viene determinada por el la competencia internacional de autoridades recogida en el art. 57 del Cc, según el cual, al menos uno de

¹⁵ Véase A. P. RODRÍGUEZ BERNAL, “La renuncia a la nacionalidad de origen en el procedimiento de adquisición de la nacionalidad española: una puerta abierta al fraude de ley”, 2011, disponible en: <http://rodriguezbernal.com/la-renuncia-a-la-nacionalidad-de-origen-en-el-procedimiento-de-adquisicion-de-la-nacionalidad-espanola-una-puerta-abierta-al-fraude-de-ley/> (consultado el 10 de mayo de 2020).

¹⁶ Vid. <https://legalteam.es/lt/marruecos-se-lava-las-manos-ante-los-requerimientos-de-renuncia-de-nacionalidad-que-esta-haciendo-el-registro-civil-de-barcelona/> (consultado el 10 de mayo de 2020).

¹⁷ Vid. A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “Derecho de la nacionalidad en España...”, *loc. cit.*, *op. cit.*

los contrayentes debe tener su domicilio en España¹⁸. Dicho límite también debe extenderse a la forma religiosa¹⁹. La exigencia de domiciliación del alguno de los contrayentes en España implica que, salvo los supuestos autorizados, la celebración de la unión conyugal no podrá concretarse sin haberse tramitado previamente el expediente matrimonial conforme a la legislación del Registro Civil (art. 56 Cc)²⁰.

13. En cuanto a la celebración en España del enlace conyugal siendo español uno de los contrayentes, solo se admite la forma matrimonial establecida en el art. 49 del Cc y por la doctrina registral de la DGRN²¹. Por tanto, la contrayente de origen marroquí naturalizada española únicamente podrá contraer matrimonio bajo la forma civil²² y según las formas religiosas legalmente previstas en nuestro ordenamiento²³, pero no conforme a las previstas en la ley nacional del otro contrayente marroquí ni ante el Cónsul marroquí acreditado en España. Aclarado este punto, no entendemos el motivo de uno de los fundamentos de derecho de la RDGRN (41ª) de 4 de diciembre de 2018²⁴, que lleva a equiparar el tratamiento del caso planteado con el de un matrimonio consular de dos contrayentes extranjeros. El supuesto particular de esta Resolución versa sobre la validez del enlace de una española con un marroquí, lo que excluye cualquier consideración en torno a la forma establecida en el art. 50 Cc. De haberse tratado de la unión conyugal entre dos marroquíes, el enlace ante Cónsul sería formalmente válido para la autoridad española.

14. Si ambos contrayentes profesan la religión islámica en el momento de la celebración del matrimonio²⁵ podrían haber optado por la forma coránica²⁶, al tratarse de una de las religiones contempladas

¹⁸ En este sentido, cabe citar la Resolución-Circular de 29 julio de 2005 en la que se declara que “*si ninguno de los contrayentes tiene domicilio en España, no existe autoridad competente para instruir el expediente matrimonial previo y el matrimonio no puede celebrarse en España*”, en Consulta DGRN 23 de diciembre de 2004.

¹⁹ Vid. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS Y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 11ª Edición, Cizur Menor, Cívitas Thomson Reuters, 2020, pp. 458 y ss.; A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La celebración del matrimonio y sus efectos personales en el Derecho internacional privado* (BIB 2015\18072), *Grandes Tratados. Tratado de Derecho de la Familia*, vol. I, Cizur, Editorial Aranzadi, 2015 (BIB 2015\18063); Id., *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª edic., Granada Comares, 2018, pp. 82-84.

²⁰ Este es uno de los nuevos preceptos redactados por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria con el siguiente texto: “*Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente en acta o expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, de acuerdo con lo previsto en este Código. Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se exigirá por el Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento.*”

²¹ Vid. El Fº Dº II de la RDGRN núm. 14 de 22 de febrero de 2012 (BIMJ, año LXVI, de 7 de noviembre de 2012). También esta afirmación se recoge en las RDGRN núm. 47/2014 de 21 febrero (JUR 2014\213481); RDGRN núm. 9/2011 de 3 octubre (JUR 2012\301410); RDGRN núm. 1/2007 de 31 mayo (JUR 2008\263997); RDGRN núm. 4/2004 de 19 enero (JUR 2004\138637).

²² En el caso del matrimonio civil, la autoridad competente para celebrar el matrimonio podrá ser tanto el secretario judicial, como el notario o el juez de paz o el alcalde del municipio donde se celebre, o sus delegados (art. 51 Cc). Sobre el tema vid. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS Y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado...*, op. cit. p. 458.

²³ Las formas previstas por los Acuerdos entre el Estado español y las confesiones religiosas inscritas abren las opciones a los ritos canónico, evangélico, hebraico o islámico. Asimismo, el art. 60.2º Cc., tras la redacción dada por la Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015), permite la validez de la celebración del matrimonio religioso en la forma religiosa prevista por las iglesias, confesiones, comunidades religiosas o federaciones de las mismas que, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España.

²⁴ Véase el Fº Dº V de la Resolución comentada. Igualmente ocurre en los Fº Dº IV de la RDGRN núm. 1/2007 de 31 mayo (JUR 2008\263997; de la RDGRN núm. 9/2011 de 3 octubre (JUR\2012\301410) o de la RDGRN de 7 de noviembre de 2005 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2005).

²⁵ La mayor parte de población marroquí en España es de religión musulmana, ya que es la confesión predominante en el país de origen. Existen minorías cristianas y judías, aunque desde 1975, éstas van disminuyendo por el proceso de emigración sufrido en Marruecos. Vid. M. ULLOA JIMÉNEZ, *Entre el Magreb y España. Voces y miradas femeninas*, Madrid, ACSUR-Las segobias, 2004, en <http://acsur.org/acsur/>

²⁶ Sobre el matrimonio de español y marroquí celebrado por el rito islámico en España, véase la RDGRN núm. 20, de 22 de enero de 2014, BIM, año LXVIII, de 21 de mayo de 2014, pp. 672-674. Entre la literatura española sobre matrimonio islámico, se puede consultar S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO & A. MOTILLA DE LA CALLE (coord.), *El matrimonio islámico y su eficacia en el derecho español*, Córdoba, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2003; I. GARCÍA RODRÍGUEZ, *La*

y admitidas en el ordenamiento español -Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España²⁷ (en adelante Ley 26/1992)-, en la convicción de que si una persona es de religión musulmana, la ciudadanía y sus creencias religiosas son difícilmente deslindables²⁸.

15. El otorgamiento de efectos civiles a los enlaces celebrados en España bajo la forma coránica no conlleva asumir por la ley española todos los mandatos que instituye el Derecho musulmán²⁹. La necesidad de nuestro legislador de canalizar esta institución matrimonial, marcada por la discriminación hacia la mujer y la supremacía del varón³⁰, originó que la Ley 26/1992 omitiera una serie de requisitos exigidos por la *Sharia*. Muestra de ello es la ausencia de la exigencia del *wali* o tutor marital, la omisión del requisito de la dote o la necesidad de celebrar la unión marital ante una autoridad religiosa debidamente acreditada, es decir, de dirigente religioso perteneciente a una comunidad islámica inscrita que forme parte de la Comisión Islámica de España o de alguna de las Federaciones Islámicas integradas en dicha Comisión³¹. Esta última exigencia es totalmente ajena a la *Sharia*, incluso, a la *Mudawana*. La intervención *ad solemnitatem* del cadí o ministro de culto acreditado de la Ley 26/1992 resulta un elemento insólito a la concepción del matrimonio en la ley marroquí, lo que puede conducir a que las autoridades del país vecino rebatan el matrimonio coránico realizado en España. Por ello, no es de extrañar que el colectivo de musulmanes extranjeros instalados en nuestro país eviten el matrimonio islámico conforme la Ley 26/1992.

16. Otra de las cuestiones suscitadas a los contrayentes es conocer si tienen la obligación de tramitar el expediente previo a la unión conyugal conforme al rito que profesa la religión musulmana. Inicialmente, el matrimonio musulmán guarda cierta similitud con el canónico, desplegando efectos civiles desde el momento de su celebración. En un momento posterior, la autoridad civil participa en el trámite de la inscripción del vínculo conyugal para la plena producción de efectos jurídicos³². Sin embargo, con la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria³³, han modificado ciertos aspectos relativos a la

celebración del matrimonio religioso no católico, Madrid, Tecnos, 1ª edición, 1999, págs. 223 y ss.; J. A. ALBERCA DE CASTRO, “El reconocimiento del matrimonio islámico por el ordenamiento español”, en J. V. GAVAVIDIA SÁNCHEZ (coord.), *Inmigración, Familia y Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 209-244; A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85, enero-abril 2009, pp. 125-156; A. NIETO CRUZ, “Discriminación de la mujer en el Derecho de familia islámico y orden público”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 1, Marzo 2020, pp. 286-318.

²⁷ BOE núm. 272, de 12 de noviembre de 1992.

²⁸ Cfr. Z. COMBALÍA SOLÍS, *Recepción del Derecho islámico matrimonial en la jurisprudencia estadounidense*, Granada, Comares, 2006, p. 84.

²⁹ Existen prescripciones coránicas que gozan de plenos efectos jurídicos en el ordenamiento español, mientras que otras, sin ser ilícitas, se limitarán sus efectos a la esfera estrictamente privada y, por último, algunas mandadas o permitidas por la ley islámica son contrarias al orden público español y, por tanto, nulas por la ley española. Cfr. S. ACUÑA, R. DOMÍNGUEZ, P. LORENZO & A. MOTILLA DE LA CALLE (coord.), *El matrimonio islámico...*, op. cit. p. 22. También véase M. A. CEBRIÁN SALVAVAT, “Derechos de inspiración islámica y celebración del matrimonio en España. Problemas de aplicación”, *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, núm. 34, 2017, pp. 1-50, donde se explica la distinción entre un matrimonio islámico celebrado de acuerdo a una ley extranjera y el matrimonio religioso de tipo coránico como forma de celebración del matrimonio español. A. AZNAR DOMINGO y A. VALENZUELA MARTÍN, “El matrimonio musulmán y su eficacia en España”, *Actualidad Civil*, núm. 7-8, julio-agosto 2018.

³⁰ En algún ordenamiento jurídico de base jurídica musulmana, como sucede en Túnez, se ha interpretado la *Sharia* en una clave más igualitaria. Así, el Código del Estatuto Personal de Túnez de 1956 introdujo en sus últimas reformas la prohibición de la poligamia y la obligación de prestación del consentimiento matrimonial por ambos cónyuges. Véase a C. RUIZ DE ALMODÓVAR, “El Código Tunecino de Estatuto Personal”, *Miscelánea de Estudios Árabes y Hebraicos (MEAH), Sección Árabe-Islam*, núm. 44, 1995, pp. 157-199; C. Pérez Beltrán, “Una ley en constante evolución: el derecho de familia en Túnez desde la independencia a la actualidad”, *Miscelánea de Estudios Árabes y Hebraicos (MEAH), Sección Árabe-Islam*, núm. 60, 2011, pp. 235-254.

³¹ Para otorgar efectos civiles al matrimonio islámico deberá cumplimentarse los arts. 1, 3 y 7 de la Ley 26/1992, tal y como se afirma en Fº Dº V de la RDGNRN núm. 4/2004 de 19 enero (JUR 2004\138637) o en los Fº Dº IV RDGRN núm. 3/2001 de 23 octubre (JUR 2002\47692); RDGRN núm. 3/2003 de 29 septiembre (JUR 2004\6146) y de la RDGRN núm. 1/2001 de 28 mayo (RJ 2002\1749).

³² Véase P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho Internacional Privado Español*, Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 33.

³³ BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015.

regulación del matrimonio en forma religiosa³⁴ y que afectan al rito coránico. Especialmente, se prevé que en el momento preciso de la celebración del enlace, el imán o dirigente religioso de la Comunidad Islámica incluya las circunstancias del expediente previo ya tramitado, dándole un plazo de 5 días para la remisión de la certificación de la celebración del mismo al Encargado del Registro Civil competente³⁵. A raíz de este cambio, no es posible celebrar el matrimonio islámico sin expediente civil previo y sin aportar el certificado de capacidad matrimonial³⁶, lo que sin duda refuerza la seguridad jurídica³⁷. No obstante, en este aspecto, la doctrina se mostró dividida³⁸, aunque la cuestión quedó ansiada por el art. 4 de la Orden JUS/577/2016, de 19 de abril³⁹, que al respecto dispone que el matrimonio religioso conforme el rito coránico “...requiere la tramitación de un acta o expediente previo de capacidad matrimonial, a los efectos de acreditar el cumplimiento de los requisitos de capacidad de los contrayentes y la inexistencia de impedimentos exigidos”.

17. No debemos de olvidar que cuando el matrimonio se celebre conforme a la ley española, los cónyuges hispano-marroquíes deben regularizarlo, tal y como dispone los arts. 14-16 de la *Mudawana*⁴⁰. De esta manera, el acta del matrimonio español deberá ser aportada ante la autoridad consular en un plazo que no exceda de tres meses a partir de la fecha de su celebración (art. 14 del Código de la familia marroquí). Ahora bien, si en dicha acta no constan los dos testigos musulmanes requeridos, los adules titulares de los servicios consulares prepararán un acta complementaria, denominada *ishhad mulhaq*.

³⁴ La modificación del art. 7, apartados 2 y 3 del Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, contiene ciertos matices diferentes del matrimonio islámico respecto del evangélico o el israelita. Particularmente, el art. 7 del Anexo dispone que: 1. Se atribuye efectos civiles al matrimonio celebrado según la forma religiosa establecida en la Ley Islámica, desde el momento de su celebración, si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil. Para el pleno reconocimiento de tales efectos, será necesaria la inscripción del matrimonio en el Registro Civil. 2. Las personas que deseen inscribir el matrimonio celebrado en la forma prevista en el número anterior, deberán acreditar previamente su capacidad matrimonial, mediante certificación expedida por el Registro Civil correspondiente. No podrá practicarse la inscripción si se hubiera celebrado el matrimonio transcurridos más de seis meses desde la expedición de dicha certificación.

³⁵ Por tanto, el aspecto más relevante del contenido de la nueva regulación es que se confirma la existencia de un momento preparatorio, civil, no sólo para los matrimonios evangélico y judío, como ya venía sucediendo desde 1992, sino también para el matrimonio islámico, según la opinión de J. FERRER ORTIZ, “El matrimonio de las confesiones religiosas minoritarias en el ordenamiento español”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho eclesiástico del Estado*, núm. 44, mayo 2017, pp. 1-52, en espec. p. 38.

³⁶ En la actualidad, gracias a la Disposición Final 7ª de la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015, se desprende que se alude por primera vez al expediente previo para la inscripción del mismo, tal y como se confirma por R. NAVARRO-VALLS Y A. PANIZO ROMO DE ARCE, “Disposiciones finales quinta, sexta y séptima”, en A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN (dir.), *Comentarios a la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria*, Cizur Menor, Cívitas Thomson Reuters, 2016, pp. 1398-1411; R. GARCÍA, C. NIETO, M. E., OLMOS, L. RUANO, A. GARCÍA-GARATE Y M. ALENDA, “Informe: La nueva regulación del matrimonio en forma religiosa por la Ley 15/2015, de 12 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE 03-07-2015)”, *Ars Iuris Salmanticensis*, 2015, diciembre, vol. 3, pp. 11-18, en espec. p. 13. Sin embargo, J. FERRER ORTIZ, “El matrimonio de las confesiones religiosas minoritarias...”, *loc. cit.*, p. 38, considera la existencia de un error por omisión en el artículo 7.3 de la Ley 26/1992, aunque reconoce que en la corrección de errores de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, publicada en el BOE núm. 210 del 2 de septiembre de 2015, no llegó a subsanarse este defecto.

³⁷ Cfr. R. RODRÍGUEZ-CHACÓN, “Régimen jurídico actual del reconocimiento civil e inscripción en el Registro de los matrimonios religiosos no católicos”, *Estudios Eclesiásticos*, vol. 90, 2015, pp. 840-845, donde manifiesta las dificultades que surgen de la celebración del matrimonio islámico sin haber obtenido previamente el certificado de capacidad matrimonial, que suele ser lo habitual. Piénsese que, con semejante regulación, cabría perfectamente la posibilidad de que alguien contraiga más de un matrimonio ante imán o dirigente islámico y elija en un momento dado inscribir uno de ellos, que no tiene por qué ser precisamente el celebrado en primer lugar, dando lugar a posibles situaciones de poligamia.

³⁸ Existen autores que invocan el primer inciso del art. 7.2 del Acuerdo con la CIE para excepcionar la exigencia del expediente previo para el matrimonio islámico, tales como C. SANCIÑENA ASURMENDI, “Las recientes reformas legales en el sistema matrimonial español”, *Ius Canonicum*, núm. 56, 2016, pp. 673-674; J. R. POLO SABAU, “Las modificaciones en las formas civil y religiosa de celebración conyugal introducidas por la Ley de la Jurisdicción voluntaria”, en Mª. T. ARECES PIÑOL (coord.), *Nuevos modelos de gestión del derecho privado: Jurisdicción voluntaria*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 87-89.

³⁹ Sobre inscripción en el Registro civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa y aprobación del modelo de certificado de capacidad matrimonial y de celebración del matrimonio religioso (BOE núm. 97, de 22 de abril de 2016).

⁴⁰ Sobre dicho procedimiento *vid.* M.ª P. DIAGO DIAGO, “Repercusiones de la nueva *Mudawana* en la inmigración marroquí”, en A. Vicente (ed.), *Musulmanes en el Aragón del siglo XXI*, Zaragoza, Instituto de Estudios Islámicos y del Oriente Próximo, 2004, pp. 141-167 y en <http://www.webislam.com>; Id., “La nueva *Mudawana* marroquí y el Derecho Internacional privado”, *REDI*, vol. LVI, 2004-2, pp. 1078-1083; M. C. FOBLETS Y M. LOUKILI, “Mariage et divorce dans le nouveau code marocain de la famille: quelles implications pour les marocains en Europe?”, *Rev. crit. dr. int. priv.*, vol. III, 2006, pp. 521-555, en espec. pp. 536-539.

Esta documentación será remitida al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación Internacional (Dirección de Asuntos Consulares y Sociales). Dicho Ministerio procederá a transmitir la copia al oficial del Registro Civil y a la sección del Juzgado de familia del lugar de nacimiento de cada uno de los cónyuges. Si ambos cónyuges o uno de ellos no hubieran nacido en Marruecos, la copia se envía a la sección del Juzgado de familia de Rabat y al Fiscal del Rey ante el Tribunal de Primera Instancia de Rabat⁴¹.

18. En definitiva, los inconvenientes derivados de la celebración en España del matrimonio por el rito islámico ocasiona que este tipo de unión sea descartada por la comunidad de hispano-marroquíes, optando por otras posibilidades. Ello nos hace recapacitar sobre nuestra equivocada percepción de vincular a toda la comunidad hispano-marroquí residente en España con la práctica religiosa islámica⁴². Muestra de ello es la poca repercusión del matrimonio coránico, enlace que no termina de satisfacer las expectativas de este colectivo.

2. Matrimonio consular y el desconcierto originado

19. La elección de los contrayentes del lugar y la forma de contraer el matrimonio es libre, sin embargo, existen ciertas limitaciones⁴³, tal y como ocurre en España. En nuestro ordenamiento, el matrimonio es un acto solemne que exige, como condición de validez, una determinada forma en la manifestación del consentimiento que debe prestarse ante una determinada autoridad y en presencia de testigos⁴⁴. Muestra de ello es la DGRN (41^a) de 4 de diciembre de 2018, que pone en entredicho la validez formal del matrimonio precisamente consular de una española, sin entrar a discutir la capacidad o el consentimiento de los contrayentes.

20. En el caso del matrimonio consular, la competencia del cónsul y, en consecuencia la propia validez formal del matrimonio, viene limitada por las normas de Derecho internacional público, particularmente por el Convenio de Viena de 1963 sobre relaciones consulares⁴⁵. De esta forma, es necesario que se cumplan cuatro requisitos: 1) que la legislación del Estado del Cónsul atribuya a éste último competencia para autorizar la celebración del matrimonio en el extranjero (competencia que, en el caso del Derecho español, le viene reconocida en los artículos 49.1º y 51.3º del Cc); 2) que la legislación del Estado receptor de la autoridad consular no se oponga o prohíba el ejercicio de esta función o la competencia en su territorio, tal y como establece el artículo 5 f) del Convenio de Viena y, aun admitiéndola,

⁴¹ <http://service-public.ma/web/guest/home>

⁴² Véase J. MORERAS, “La religiosidad en contexto migratorio: pertenencias y observancias”, en B. LÓPEZ GARCÍA & M. BERRIANE, *Atlas de la inmigración marroquí en España. Taller de Estudios Internacionales Mediterráneos TEIM*, Madrid, UAM ediciones, 2004, pp. 412-415, autor que confirma dicha afirmación errónea, cuando dispone: “...referirse al componente islámico de los colectivos marroquíes es, en primer lugar, suponer que, implícitamente, todas aquellas personas que forman parte de los mismos comparten una misma ritualidad y un mismo sentido de la vida, por no decir que piensen y se comporten de la misma manera. En segundo lugar, dentro del proceso social de atribución de la figura de los marroquíes en España, la reciente incorporación del factor religioso viene a completar la serie de atribuciones anteriores, como la socio-económica (trabajador inmigrante), la cultural (árabe-bereber) o la nacional (marroquí)...”.

⁴³ Tal y como podemos observar en P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “La doctrina de la DGRN en materia de reconocimiento registral de los matrimonios extranjeros, con especial referencia al matrimonio consular”, en *Derecho registral internacional: homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 275-285, en espec. pp. 280-281. Esta autora aclara que, en cuanto al aspecto formal de los matrimonios concluidos en el extranjero, la autoridad española podrá reconocerlos si ha tenido lugar conforme las formas establecidas en el Derecho del territorio de celebración. En todo caso, la validez formal del enlace es motivo de dificultades en la práctica registral, tal y como describe M. GUZMÁN ZAPATER, “Matrimonio celebrados en el extranjero e inscripción en el Registro Civil: prácticas de la Dirección General de los Registros y del Notariado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2 vol. 69-2, julio-diciembre 2017, pp. 93-118, en espec. p. 106.

⁴⁴ Así lo entiende la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registros de los mismos abiertos a la firma en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York el día 10 de diciembre de 1962 y adhesión de España a la misma (BOE núm. 128, de 29 de mayo de 1969).

⁴⁵ Sobre el tema, véase M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “El matrimonio consular”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 57, núm. 1937, 2003, pp. 825-850, en espec p. 828.

no la limite a aquellos casos en que ninguno de los contrayentes sea nacional del Estado receptor, como hace España; 3) que al menos uno de los contrayentes sea nacional del país del país del Cónsul, a lo que habría que añadir la exigencia de que éste último se halle domiciliado en la correspondiente demarcación consular (art. 57 Cc), y 4) que ninguno de los contrayentes sea nacional del país donde el Cónsul ejerce sus funciones. Esta última condición no ha sido cumplimentada en el presente caso, hecho que ha motivado que el Centro Directivo rechace la inscripción del matrimonio concluido ante la autoridad consular marroquí que ejerce sus funciones en España⁴⁶. Al ser la contrayente española, únicamente podía optar por la forma matrimonial civil o religiosa impuesta en el art. 49 Cc, a pesar de que pueda ser admitido como válido su enlace matrimonial según la ley de su anterior nacionalidad o, incluso, a la del otro contrayente extranjero.

21. Cuestión distinta sería el momento determinante de la adquisición de la nacionalidad española, ya que si ambos contrayentes fuesen marroquíes en la fecha de celebración del enlace, aunque posteriormente uno de ellos obtuviera la nacionalidad española⁴⁷, tal supuesto no cabría discutir la validez formal del enlace consular⁴⁸.

22. Por último, aunque alejado del supuesto rebatido en la RDGRN objeto de análisis, queremos advertir que el Centro Directivo llega a la consideración de que el enlace conyugal de dos marroquíes concluido ante su autoridad consular es válido, al ser equiparable a la forma del rito islámico prevista conforme a la ley personal, a pesar de no haber intervenido un dirigente religioso acreditado conforme exige el art. 7 de la Ley 26/1992⁴⁹. En este punto, desde nuestra perspectiva, se yerra por dos motivos. El primero, tal y como ya hemos advertido, no nos hallamos ante un matrimonio entre dos marroquíes, sino entre una española y un marroquí. El segundo, porque la forma religiosa islámica es una manera de celebración del enlace conyugal distinta al matrimonio consular. Conforme a la ley marroquí, un enlace realizado ante Cónsul acreditado en España no es un acto en sí mismo religioso, sino que se acerca más a un acto civil-administrativo⁵⁰. No obstante, desde el punto de vista del ordenamiento español, puede existir cierta incertidumbre, al conservar dicho enlace una base religiosa⁵¹, como por ejemplo la obligatoriedad de la presencia de dos testigos musulmanes (art. 13.4 de

⁴⁶ A pesar de que el matrimonio consular no pudiera ser inscrito en el Registro civil español por no reunir los requisitos para su validez según el Cc o por no haber sido éstos acreditados debidamente, dicho enlace podría ser objeto de anotación con valor meramente informativo (art. 271 RRC). La RDGRN núm. 3/2016 de 19 mayo (JUR 2017\313601), donde las pruebas presentadas en el expediente para la inscripción de un matrimonio de un contrayente hispano-marroquí no justifica suficientemente la "celebración en forma", ya que no resultan ni la fecha, lugar de celebración ni la autoridad que lo autorizó, afirma que si llegan a suministrarse más pruebas, sería factible la inscripción o, en su caso, la anotación del matrimonio.

⁴⁷ Este matrimonio debe acceder al Registro Civil, al ser oficiado en territorio español (arts. 1.9 y 15 LRC). Así, según el art. 256 RRC, los cónyuges aportarán el certificado expedido por la autoridad o funcionario del país de celebración y el encargado del Registro Civil comprobará que concurren los requisitos legales para ser considerado como un matrimonio válido en España. Cfr. I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, "Matrimonio celebrado por rito islámico, certificado de capacidad y Derecho internacional", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, núm. 2, octubre 2015, pp. 382-399, en espec. p. 296.

⁴⁸ Tal y como ocurrió en los Fº Dº IV de la RDGRN núm. 31/2015 de 18 septiembre (JUR 2016\50255) y de la RDGRN núm. 9/2011 de 3 octubre (JUR 2012\301410).

⁴⁹ Vid. Fº Dº V de la RDGRN (41º) de 4 de diciembre de 2018. Con semejante afirmación véase los Fº Dº V de la RDGRN núm. 1/2007 de 31 mayo (JUR 2008\263997); de la RDGRN núm. 9/2011 de 3 octubre (JUR 2012\301410) o de la RDGRN de 7 de noviembre de 2005 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2005).

⁵⁰ Vid. <https://www.consulat.ma/fr/etablissement-dun-acte-de-mariage-adoulaire-aupres-des-services-consulaires>

⁵¹ Es cierto que, conforme a la ley marroquí, deben cumplirse las exigencias fijadas para el rito coránico, como la presencia de dos "adultes" en calidad de testigos legalmente habilitados, la intervención preceptiva del *wali* o tutor matrimonial de la esposa y el pago de la dote. Cfr. I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, "Matrimonio celebrado por rito islámico, certificado de capacidad...", *loc. cit.*, pp. 295-296; Id., "La celebración del matrimonio con elemento extranjero. El caso de los ciudadanos marroquíes", en M. MOYA ESCUDERO (dir.), *Familia y sucesiones en las relaciones hispano-marroquíes*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 71-100, en espec. pp. 92-94. En dicho sentido, véase la doctrina administrativa, tal y como aparece recogida en el Fº Dº VI de las RDGRN núm. 31/2015 de 18 septiembre (JUR 2016\50255); RDGRN núm. 170/2016 de 29 agosto (JUR 2018\85194) o la RDGRN de 7 de noviembre de 2005 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2005). En este último supuesto, la DGRN comprueba mediante el conocimiento de la *Mudawana*, donde no se impone la intervención preceptiva *ad solemnitatem* del cadí o ministro de culto, pero sí es necesaria la presencia del adul. En consecuencia, se considera que el matrimonio consular ha producido efectos desde su fecha, por lo que estima el recurso y revoca el auto apelado que denegaba la inscripción del matrimonio.

la *Mudawana*) o la invocación a *Al-lāh* en la lectura del acta matrimonial⁵², requisitos que originan la confusión comentada.

IV. Consideraciones finales

23. La doctrina de la DGRN relativa a la no validez formal del matrimonio consular de los naturalizados españoles, obligados por nuestras normas a renunciar a su nacionalidad de origen, es constante. En este sentido, la Resolución de 4 de diciembre de 2018 se pronuncia sobre varios aspectos: en primer lugar, en relación con las distintas formas en las que un español puede contraer matrimonio (art. 49 del Cc), excluye definitivamente la posibilidad de que este pueda celebrarse ante Cónsul extranjero acreditado por España, ya que se trataría de una unión matrimonial nula por defecto de forma (art. 73 Cc). En segundo lugar, el enlace consular concluido en dichas circunstancias, no cabe su inscripción en el Registro Civil español.

24. En el orden práctico, hemos comprobado que la doble nacionalidad fáctica viene generando disfunciones derivadas de la exigencia de renuncia previa a la nacionalidad de origen impuesta por el derecho español. Esta renuncia, aunque válida para nuestra autoridad, puede ser meramente simbólica para el ordenamiento jurídico del marroquí que pretende nacionalizarse español, que seguirá manteniendo la nacionalidad de país vecino a cualquier efecto.

25. Compartimos la opinión de Spiro⁵³ en cuanto a la actual admisión de la plurinacionalidad como derecho fundamental del ciudadano en la era de la globalización, siempre que sea expresión de su autonomía de la voluntad y que no represente ninguna amenaza sustancial a los intereses de los Estados. En este sentido, una solución de *lege ferenda* que propone la doctrina española⁵⁴ es adecuar nuestra legislación de nacionalidad a la realidad migratoria. Particularmente, la modificación se centraría en suprimir el requisito de renuncia a la nacionalidad de origen cuando se adquiere la española, lo que reduciría la problemática que conlleva doble nacionalidad de hecho.

26. Por otra parte, queremos evidenciar la poca incidencia de celebraciones de matrimonios conforme al rito islámico de la Ley 26/1992 por parte de la población hispano-marroquí residente en España. A pesar de que es una figura plenamente aceptada y asentada en nuestro país, tanto a nivel legislativo como en la propia sociedad, de la práctica administrativa de la DGRN se desprende la poca repercusión para el colectivo hispano-marroquí de la celebración del matrimonio en forma coránica instaurado por la ley española. Ello es debido a los inconvenientes que conlleva la eficacia del mismo a la luz del ordenamiento jurídico marroquí, unido a la obligatoriedad del trámite del expediente previo matrimonial que acredite la capacidad matrimonial, *conditio sine qua non* de la reforma de la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015. En consecuencia, estos dobles nacionales suelen decantarse por otras soluciones.

27. Mientras llegan respuestas que mejoren la situación que acabamos de describir, consideramos la conveniencia de que el colectivo de hispano-marroquíes sea informado adecuadamente para evitar la frustración que produce las situaciones claudicantes, tal y como está sucediendo con los enlaces consulares de los contrayentes marroquíes que han adquirido la nacionalidad española. De ahí nuestra insistencia en la necesidad de que las Administraciones y autoridades de ambos países adviertan a sus dobles nacionales de las relaciones jurídicas vinculadas a los varios ordenamientos implicados.

⁵² Sobre ello véase M. C. FERIA GARCÍA, “La traducción de actas matrimoniales marroquíes”, en https://www.academia.edu/1540907/La_traduccion_de_actas_matrimoniales_marroqui%C3%A9s?auto=downloadpp, pp. 221-258, en espec. pp. 229-230.

⁵³ P.J. SPIRO, “Dual citizenship as human right”, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 8, Issue 1, January 2010, pp. 111-130, <https://doi.org/10.1093/icon/mop035>

⁵⁴ Vid. S. ADROHER BIOSCA, *La plurinacionalidad en el Derecho internacional...*, op. cit. p. 53 y los autores de Estados Unidos citados en la nota 93.

DE NUEVO A VUELTAS CON LA ADOPCIÓN SIMPLE
EXTRANJERA: COMENTARIO A LA RDGRN
DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2018 (30ª)*

RETURNING TO SIMPLE FOREIGN ADOPTION:
COMMENTARY ON THE RGDRN
OF 16 NOVEMBER 2018 (30TH)*

M^a JESÚS SÁNCHEZ CANO

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Privado
Universidad San Jorge
Magistrado Suplente*

Recibido: 15.03.2020 / Aceptado: 08.04.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5665>

Resumen: Los efectos de una adopción simple extranjera no se agotan en el establecimiento de un vínculo de filiación y en la responsabilidad parental, sino que generan otras consecuencias vinculadas con la filiación adoptiva, como es el régimen del nombre y los apellidos del adoptado en forma simple. Tal es el caso de la RDGRN** (30ª) de 16 de Noviembre de 2018***, que analiza la validez en España de una adopción simple francesa en el marco de un expediente de cambio de nombre y apellidos.

Palabras clave: adopción simple, nombre y apellidos, adopción internacional.

Abstract: The effects of a simple foreign adoption are not restricted to the establishment of a parental filiation link and parental responsibility, but also generate other consequences associated with the adoptive filiation, such as the regime of the name and surname of the adoptee in simple form. This is the case of the RGDRN (30th) of 16 November 2018, which analyses the validity of a simple French adoption in the context of a file on a change of name and surname.

Keywords: simple adoption, name and surname, international adoption.

Sumario: I. Consideraciones iniciales. II. La eficacia de la adopción simple extranjera en nuestro país. III. El régimen del nombre y los apellidos del adoptado. 1. Examen desde el Derecho español. 2. Análisis desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado. III. Estudio de la RDGRN de 16 de noviembre de 2018 (30ª). 1. Fundamentos de la Resolución. 2. Valoraciones acerca de la Resolución. IV. Conclusiones.

*El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón "Ius Familiae", IP Carlos Martínez de Aguirre Aldaz.

**En virtud del art. 2.1.c) del Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (B.O.E. núm. 25, de 29 de enero de 2020), las funciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado ha pasado a desempeñarlas el órgano dependiente del Ministerio de Justicia denominado Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

***BMJ Núm.2223, Año LXXIII, Octubre 2019, <https://www.mjusticia.gob.es>.

I. Consideraciones iniciales

1. La RDGRN (30^a) de 16 de Noviembre de 2018 desestima el recurso interpuesto por un ciudadano español y mayor de edad, adoptado en forma simple en Francia, contra la decisión dictada por la Encargada del Registro Civil de Torremolinos (Málaga) en el marco de un expediente de cambio de nombre y apellidos. La resolución impugnada denegaba el cambio del primer apellido del promotor porque la solicitud se basaba en el reconocimiento previo de una adopción simple constituida ante autoridad extranjera que no resultaba inscribible como tal en el Registro civil español. Ello, debido a que sus efectos no eran equivalentes a los de la adopción regulada en España. No obstante, la Encargada del Registro Civil indicó que la adopción simple constituida ante las autoridades francesas y al amparo de la ley francesa, sí podía ser objeto de una anotación marginal en virtud del artículo 38.3^o LRC.

2. De lo anterior se deduce que los efectos de la adopción simple o no plena extranjera no se agotan en el establecimiento de un vínculo de filiación entre el adoptante o adoptantes y el adoptado en forma simple, ni tampoco en la atribución de la responsabilidad parental a favor de los adoptantes, si el adoptado fuese menor de edad. Ciertamente, no puede desconocerse que de esta institución derivan, además, una serie de consecuencias que presentan conexión con la filiación adoptiva, entre la que se encontraría el régimen del nombre y de los apellidos del adoptado. Surge entonces la duda de si cuestiones como la mencionada quedarán cubiertas por el art.30.2 de la Ley 54/2007 de 28 de diciembre de Adopción Internacional (en adelante, LAI), que establece un sistema de reconocimiento material de la adopción simple extranjera a través de la ley determinada por el art.9.4 Cc, o por el contrario, se gobernarán por la ley designada por la norma de conflicto correspondiente a dicha categoría jurídica, independientemente de que coincida o no con la ley señalada por el art.9.4 Cc.

3. En este punto, hay que matizar que en supuestos como el examinado por la DGRN en su Resolución de 16 de Noviembre del 2018, lo normal es que el reconocimiento de la adopción simple o no plena extranjera se plantee como cuestión previa en el marco de una controversia en la que se formule como cuestión principal un supuesto internacional que tenga por objeto la categoría jurídica mencionada en el párrafo precedente. O dicho de otro modo, antes de resolver si a un sujeto le pertenece llevar unos determinados apellidos, con carácter previo, deberá verificarse si la adopción simple o no plena puede considerarse válida y existente a dichos efectos.

4. Cabe preguntarse, igualmente, acerca de la incidencia de otras cuestiones que puede suscitar el estudio de la RDGRN de 16 de Noviembre de 2018, tales como la relación del derecho al nombre con el derecho a la vida privada y familiar del art.8 CEDH y la proyección del Derecho de la Unión Europea en esta materia. Todos estos problemas se analizarán a continuación con la finalidad de dar respuesta a los interrogantes que plantea la RDGRN de 16 Noviembre de 2018.

II. La eficacia de la adopción simple extranjera en nuestro país

5. En un caso como el que se aborda en este trabajo, el reconocimiento en nuestro país de la adopción simple se presenta como cuestión previa dentro de un expediente de cambio de nombre y apellidos, que aparece como cuestión principal. En este punto, hay que recordar que, a falta de regulación expresa en nuestro sistema de Derecho Internacional Privado, la jurisprudencia mayoritaria española recurre a la teoría de la conexión independiente o de la *lex formalis fori*, calificando *lege fori* ambas cuestiones por separado y aplicando a cada una de ellas la norma de conflicto que regula en nuestro ordenamiento la correspondiente categoría jurídica¹. Ello, a salvo lo previsto en normas específicas

¹ Vid. A. MARÍN LÓPEZ, *Derecho Internacional Privado español*, I, Parte General, 9^a Edición, Granada, 1992, págs.245-250 y A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol.I, Decimoquinta edición, 20014-20015, Granada, Comares, 2014, pp.423-425

que prevean que la cuestión previa se rija por la ley aplicable a la cuestión principal. Aquí, habría que combinar la cuestión previa con la técnica de la sustitución, de tal manera que pudiera suceder que el *status filii* que se estableciera conforme a la ley determinada conforme a la norma de conflicto aplicable a la cuestión previa no resultase equivalente al *status filii* resultante en función de la ley reguladora de la cuestión principal, lo que supondría que la adopción simple no desplegaría los efectos propios de la aplicación de la ley reguladora de la cuestión principal².

6. Teniendo en cuenta lo que antecede, para resolver la cuestión previa, primeramente, hay que acudir al art.9.5 Cc., que supedita la eficacia de las adopciones constituidas por autoridades extranjeras a lo previsto en la LAI. De este modo, debe atenderse al art.27 LAI, que regula el control incidental de la validez de la adopción constituida por autoridad extranjera³ y que distingue entre las adopciones constituidas conforme al Convenio de La Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional (en adelante CH 1993) de aquéllas decretadas por autoridades de países no signatarios de dicho Convenio.

7. Los inconvenientes se suscitan en relación con las adopciones constituidas al margen del CH 1993, dado que la regularidad de las decretadas con arreglo a la Convención se verifica a través del certificado que acredita que su constitución ha tenido lugar con arreglo al propio Convenio, con el límite del orden público internacional (arts.23 y 24 CH 1993). Respecto de las primeras, el art.27 LAI exige controlar que la adopción reúne los requisitos de reconocimiento de los arts. 5.1.e) y 5.1.f) y 26 LAI. De dichos requisitos, a los efectos del presente trabajo, resulta de interés el control que contempla el art.26.2 LAI, en virtud del cual, el Encargado del Registro Civil español deberá corroborar que los efectos de la adopción extranjera se corresponden sustancialmente con los previstos para la adopción en el Derecho español.

8. Tratándose de una adopción simple, resulta obvio que sus efectos de ningún modo pueden equipararse a los de la adopción española, toda vez que, pese a instituir un vínculo de filiación entre el adoptado y los adoptantes, no produce la extinción de los vínculos jurídicos existentes con la familia de origen, contrariamente a lo dispuesto en el art.178.1 Cc. Luego, dado que este tipo de adopciones no cumplen con las exigencias del art.26.2 LAI, su reconocimiento solo puede tener lugar por la vía del art.30 LAI.

9. El art.30 LAI recoge un sistema de reconocimiento material o conflictual, conforme al cual, en nuestro país, los efectos de las resoluciones extranjeras por las que se constituye una adopción simple serán los previstos en la *lex causae*, determinada conforme al art.9.4 Cc, que, en la actualidad, utiliza como primer punto de conexión el de la residencia habitual del hijo. Ello, sin el recurso a las normas de Derecho procesal civil internacional y con el único límite del orden público internacional español, atendiendo al interés del menor (art.31 LAI), en concordancia con el art.24 CH 1993⁴. Esto significa que la adopción

² Sobre la técnica de la sustitución, Vid. E. JAYME, “La substitution et le principe d’équivalence en droit international privé”, *Annuaire de l’Institut de droit international, Session de Santiago*, vol. 72, 2007.

³ El art.27 LAI incorpora la técnica del reconocimiento incidental, cuyos efectos se circunscriben al procedimiento en el cual la resolución se ha invocado directamente. Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Práctica procesal civil internacional (Formularios comentados, textos legales, jurisprudencia y casos prácticos)*, Granada, Comares, 2001, pp.352 y 353. Sobre el art.27 LAI, Vid. también, J.M. ESPINAR VICENTE, “Reflexiones sobre algunas de las perplejidades que suscita la nueva regulación de la adopción internacional”, *Actualidad Civil*, N° 18, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 31 Oct. 2008, tomo 2, Editorial La Ley 39929/2008, p.7, E. GÓMEZ CAMPELO, “Los perfiles de la competencia judicial internacional en la Ley 54/2007 de adopción internacional”, *REEI*, no 18, Diciembre, 2009, p.41, www.reei.org y R. ARENAS GARCÍA Y C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La Ley de Adopción internacional: entre la realidad y el deseo” *REEI*, n°17, junio,2009, p.34., www.reei.org.

⁴ La tesis del reconocimiento material fue acogida por la propia DGRN a partir de la Res. Circular de 15 de julio de 2006 ((BOE-A-2006-15230), en la cual tiene su origen el régimen actual del reconocimiento de las adopciones simples constituidas por autoridades extranjeras. Igualmente, esta teoría fue defendida con anterioridad a la entrada en vigor de la LAI por CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, acudiendo al art.9.4 Cc, norma de conflicto aplicable a la filiación natural y adoptiva, de tal manera que sería la ley nacional del adoptado la que determinaría el contenido de los derechos y obligaciones entre el adoptado y la familia adoptante, si bien, estas adopciones simples o no plenas, no tendrían acceso al Registro Civil español ni tampoco conllevarían la adquisición de la nacional española por parte del adoptado. Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol.II, 7ª edición, Granada, Comares, 2006, p.159.

simple o no plena extranjera surtirá efectos en España como tal adopción simple o no plena si se ajusta a la ley designada por el art.9.4 Cc, de la cual también dependerá su validez y existencia. De no ajustarse, como ocurre cuando la ley a la que remite el art.9.4 Cc es la española, la adopción simple no se reconocerá en nuestro país y en consecuencia, no desplegará ninguno de sus efectos, ni resultará posible su conversión en una adopción regulada por el Derecho español. Hay que precisar que el vigente art.9.4.1º Cc. ha de interpretarse de manera que establece en primer lugar la aplicación de la ley de la residencia habitual del hijo en el momento en que se constituyó la adopción simple por la autoridad extranjera de origen⁵.

10. Los efectos relativos a las relaciones paterno-filiales y particularmente, la atribución de la patria potestad dependerán de lo dispuesto en las normas del Convenio de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños (arts.16 y 17). Este Convenio (en adelante, CH 1996) resulta aplicable dado su carácter universal y eficacia *erga omnes* y al mismo se dirige el art.9.4.2º Cc en relación con el art.30.2 LAI. El CH 1996, como regla general, designa la ley de la residencia habitual del menor, al tiempo que introduce normas específicas par solventar el conflicto móvil.

11. Ahora bien, como se ha explicado, los efectos de la adopción simple o no plena no se limitan al establecimiento de un vínculo de filiación y a la atribución de la responsabilidad parental, sino que de esta institución resultan también otros efectos distintos que igualmente presentan vinculación con la filiación adoptiva. En este sentido, se plantea el interrogante de si tales cuestiones entran dentro del ámbito de aplicación del art.30.2 LAI o si por el contrario, dependerán de la ley a la que conduzca la norma de conflicto correspondiente a cada categoría jurídica, independientemente de que coincida o no con la ley determinada por el art.9.4 Cc.

12. Ciertamente, la cuestión no es pacífica y existen posturas doctrinales que defienden una u otra posición. Así, opina un sector doctrinal que será la *lex causae*, designada por el art.9.4 Cc, la que se aplique a cuestiones conexas, como la obligación de alimentos, los derechos sucesorios o el régimen del nombre y los apellidos⁶. Esta parece ser la interpretación que se infiere del tenor literal del art.30.2 LAI, habida cuenta que, de forma genérica, sujeta los efectos de las adopciones simples o no plenas a la ley determinada conforme al art.9.4 Cc, sin especificar cuáles son esos concretos efectos, a excepción de la atribución de la patria potestad.

13. Otros autores mantienen que la ley reguladora de estos otros efectos jurídicos vendrá determinada por la norma de conflicto aplicable a cada uno de ellos, motivo por el cual es posible que no se corresponda con la ley designada conforme al art.9.4 Cc⁷. Esta solución parece la más razonable, teniendo en cuenta que es plenamente coincidente con la regla general que, según la doctrina, resulta aplicable a la filiación en supuestos internacionales, sin perjuicio de que los derechos traigan causa de la filiación por naturaleza o de la filiación adoptiva. No cabe, por tanto, establecer distinciones en el caso de la filiación adoptiva en forma simple, máxime, cuando dichas diferencias no operarían para las adopciones simples o no plenas constituidas conforme al CH 1993⁸.

⁵ La cuestión fue abordada por esta misma autora con más detenimiento en M.J. SÁNCHEZ CANO, “Hacia la recuperación de la adopción simple en el Derecho español”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2018), Vol. 10, No 1, pp. 642-675 (DOI: <https://doi.org/https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4393>). En este sentido puede consultarse también, A. DURÁN AYAGO, Aspectos internacionales de la reforma del sistema de protección de menores. Especial referencia a la adopción internacional”, *AEDIPr*, t. XVI, 2016, p.451, así como C. VAQUERO LÓPEZ, “Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal: una primera aproximación a las reformas legislativas de julio de 2015”, *Revista Aranzadi Doctrinal* num.9/2015, Estudio, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2015 (BIB 2015\4765).

⁶ Vid. J.M. DÍAZ FRAILE, “Problemas actuales de la adopción internacional”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Nº. 15, 2011 (Ejemplar dedicado a: El menor ante el derecho en el siglo XXI / coord. por Julio Díaz-Maroto y Villarejo, Alma María Rodríguez Guitián), p.138.

⁷ Vid. A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007, de 28 de diciembre sobre adopción internacional, (Reflexiones y comentarios)*, Granada, Comares, 2008, pp. 281-286.

⁸ Vid., A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ “*La Ley 54/2007...cit.*”, pp. 271 y 281-286.

14. A mayor abundamiento, esta tesis se encuentra avalada por la interpretación que la doctrina y la jurisprudencia españolas han realizado en torno al problema de la cuestión previa, que, tal como se ha expuesto más arriba, recurre a la calificación *lege fori* para ambas cuestiones por separado y aplica a cada una de ellas la norma de conflicto que regula en nuestro ordenamiento la correspondiente categoría jurídica.

15. Aún hay otro argumento en el cual encuentra fundamento esta última opinión, en tanto que sería absurdo recurrir a las reglas del CH 1996, en virtud del art.9.4.2º, al que remite el art.30.2 LAI, para designar la ley reguladora de otros efectos no cubiertos por el Convenio, que derivan de la filiación adoptiva en su forma simple, tales como los alimentos, los derechos sucesorios o el régimen del nombre y los apellidos, y respecto de los cuales existen normas de conflicto específicas. En concreto y en lo que interesa al presente trabajo, el régimen del nombre y los apellidos del adoptado en forma simple dependerá de las normas del Convenio número 19, de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC), relativo a la Ley aplicable a los nombres y los apellidos, hecho en Munich el 5 de septiembre de 1980 (en adelante, Convenio de Munich de 1980)⁹.

16. En atención a lo expuesto, es posible concluir que hay efectos jurídicos externos derivados de la filiación por adopción simple o no plena que no se rigen por el art.30.2 LAI, sino por la norma de conflicto que regule la concreta categoría jurídica, que bien puede conducir a una ley distinta a la de determinada conforme al art.9.4 Cc. No obstante lo dicho, recuérdese que si, conforme al art.30.1 LAI, la adopción simple o no plena no se ajusta a la ley designada por el art.9.4 Cc, dicha institución no se reconocerá en nuestro país y tampoco surtirá ninguno de sus efectos.

17. En todo caso, aún superando el reconocimiento material del art.30 LAI, las adopciones simples no podrán ser objeto de inscripción en el Registro Civil Español, pues así lo ordena el apartado 3 del art.30. Tan sólo procederá su anotación registral, por la vía del art.15 en relación con el art.38.3, ambos de la Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil (art.40.3 Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. B.O.E. 22 Julio 2011)¹⁰. La anotación no tiene valor probatorio, sino meramente informativo.

III. El régimen del nombre y los apellidos del adoptado

1. Examen desde el Derecho español

18. A partir de la reforma efectuada por la Ley 21/1987 nuestro Código Civil no incorpora norma alguna sobre este particular en sede de adopción, en tanto que regula un único tipo de adopción, cuyos efectos se corresponden con los de la filiación por naturaleza¹¹. Por este motivo, debe acudir al art.109 Cc, aplicable tanto a la filiación por naturaleza como a la adoptiva, que a su vez remite a la normativa registral (Ley y Reglamento de Registro Civil), en la cual se establece que, como regla general, el adoptado habrá de llevar los apellidos del adoptante o adoptantes, o en su caso, en los supuestos previstos en el art.178.2 Cc, los del adoptante y su cónyuge o los del adoptante y el otro progenitor, como así dispone el art.201 RRC. Esta solución resulta de todo punto lógica, toda vez que es la filiación la que determina los apellidos, de conformidad con lo previsto en el art.55 LRC, y que solo existe un tipo de filiación.

⁹ Vid. RDGRN (1ª) de 30 de octubre de 1996 (RJ 1997\4457). Los alimentos, se regularán por el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias. (DOUE núm. 331, de 16 de diciembre de 2009). Los derechos sucesorios quedarán cubiertos por las normas de conflicto del Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DOUE núm. 201, de 27 de julio de 2012).

¹⁰ A título ilustrativo, Vid. la Resolución-Circular de 15 de julio de 2006 (B.O.E. 30 Agosto 2006).

¹¹ Sobre las reformas legislativas del Código Civil en materia de adopción, consúltense: M. GUZMÁN PECES, *La adopción internacional. Guía de adoptantes, mediadores y juristas*, edición nº 1, Editorial La Ley, Madrid, Mayo 2007 y M.A. PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, Madrid Cívitas, 1989.

19. De otra parte, el art.202 RRC dispone: “*Constituida e inscrita una adopción simple, podrá convenirse después en cualquier momento, por escritura pública y en vida del adoptante o adoptantes, la sustitución de los apellidos del adoptado por los de aquél o éstos, o el uso de un apellido de cada procedencia, caso en que se fijará el orden de los mismos.*” Con todo, la redacción de este precepto es anterior a la reforma del Código Civil de 1987, por la cual se suprimió la adopción simple.

20. Existen algunas excepciones que permiten al adoptado conservar los apellidos que viniera usando previamente a la adopción y que se corresponderían con los de su familia anterior, siempre que se cumplan las condiciones previstas, especialmente, en los arts.204, 205 y 207, por un lado y 209, 210, 217 y 218 RRC, por otro, si bien, como en el caso del art.202, la redacción de todos ellos es anterior a la reforma de 1987.

2. Análisis desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado

21. Desde el punto de vista conflictual, el nombre y apellidos de la persona física se determina mediante las reglas del Convenio de Munich de 1980 sobre ley aplicable al nombre y apellidos, en vigor en nuestro país y con eficacia *erga omnes* (art.2). Desplaza, por tanto, al art.9.1 Cc. y al art.219 RRC¹². El citado Convenio prevé que la ley reguladora del nombre y apellidos de la persona física es su ley nacional, debiendo aplicarse la ley de la nueva nacionalidad en el supuesto de que el sujeto cambie de nacionalidad (art.1), siempre salvo razones de orden público (art.4) y con la excepción de que sea imposible acreditar el Derecho extranjero (art.5). Será también la ley nacional de la persona física la que fijará el cambio de nombre y apellidos¹³.

22. Debe indicarse que el art.1.1. del Convenio de Munich de 1980 dispone que será la ley nacional del sujeto la que regulará las cuestiones previas de las que dependa el nombre y apellidos de una persona física, tales como la adopción. Obsérvese aquí que, a diferencia del art.1 del Convenio, el art.9.4 Cc, al que dirige el art.30 LAI, utiliza como primer punto de conexión el de la residencia habitual del adoptado.

23. El Convenio no contempla cuál es la ley aplicable al nombre y apellidos cuando la persona ostente múltiple nacionalidad, por lo que para determinar dicha ley habrá que acudir, en su caso, a los Convenios internacionales de doble nacionalidad suscritos por España, y en su defecto, al art.9.9 Cc, que declara de aplicación preferente la ley española. Ello, salvo que, como se expondrá, se trate de un sujeto que ostente otra nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea, además de la española¹⁴.

24. Por lo demás, no puede desconocerse que el nombre y apellidos de un sujeto se encuentra amparado por el art.8 CEDH y así lo ha entendido el TEDH¹⁵.

25. Por último, cabe mencionar la incidencia del Derecho de la UE en la aplicación de las normas de conflicto sobre ley aplicable al nombre y apellidos, en concreto, en lo referente al derecho a la

¹² Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Tema IX: Persona física” en A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Rapid Centro Color S.L., Murcia, 2009, p.250, y M.A. ADAM MUÑOZ, “La nueva regulación de la filiación natural en el Derecho internacional privado español”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Octubre 2016), Vol. 8, No 2, p.49.

¹³ Quedan fuera del ámbito de aplicación del Convenio de Munich las cuestiones estrictamente registrales de la inscripción del nombre y apellidos, tales como la documentación y plazos, que se sujetan a la ley del Estado de la autoridad competente a tal fin. Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol.I, Decimoquinta edición, 20014-20015, Granada, Comares, 2014, p.51. Puede consultarse igualmente RDGRN num. 45/2016 de 12 febrero 2016 (JUR\2017\133844).

¹⁴ Vid., p.ej., RRDGRN, núm. 2/2002 de 12 febrero (RJ 2002\6180), núm. 1/2005 de 15 marzo (RJ 2005\5484) y núm. 48/2014 de 30 enero (JUR 2014\209353), además de la Instrucción de la DGRN de 23 de mayo de 2007 (JUR\2007\147617).

¹⁵ Vid. Sentencia Burghartz vs. Suiza de 22 febrero 1994 [TEDH 1994, 9] y Sentencia Macalin Moxamed Sed Dahir vs. Suiza [no. 12209/10].

libre circulación y residencia del art.21 TFUE. Ello, puesto que el cruce de fronteras intra-UE puede comportar la aplicación de una ley distinta, dada la diversidad de las normas de conflicto de los Estados miembros sobre esta materia, y en consecuencia, suponer un obstáculo al citado derecho. La Jurisprudencia del TJUE fundamenta esta cuestión en el principio de reconocimiento mutuo, señalando que la continuidad del nombre y los apellidos de un nacional de un Estado miembro en los demás Estados miembros constituye un tema de validez extraterritorial de decisiones y no de ley aplicable. Por este motivo, ha dejado sentado que el nombre y apellidos legalmente establecido en un Estado miembro ha de ser reconocido en todos los demás Estados miembros, independientemente de lo previsto en las normas de conflicto del Estado de destino y de la ley material designada por estas, con respeto al orden público y al interés general de dicho Estado¹⁶.

26. Asimismo, debe indicarse que para la identificación del sujeto que ostenta distintos apellidos y que figuran inscritos en Registros Civiles de Estados diferentes, opera el Convenio de La Haya relativo a la expedición de certificados de diversidad de apellidos, de 8 de septiembre de 1982 (BOE núm. 139, de 10 de junio de 1988).

III. Estudio de la RDGRN de 18 de noviembre de 2016 (30^a)

1. Fundamentos de la Resolución

27. La citada Resolución resuelve un recurso formulado contra la decisión de la Encargada del Registro Civil de autorizar el cambio de nombre y denegar el cambio del primer apellido, porque la petición se basa en el reconocimiento previo de una adopción simple constituida ante autoridad extranjera, cuyos efectos no se corresponden con la adopción española y en consecuencia, no susceptible de inscripción en el RCE, sino tan solo de anotación marginal conforme al artículo 38.3º LRC.

28. El promotor del expediente es un ciudadano español- de origen francés- y residente en nuestro país, que fue adoptado en forma simple por un ciudadano francés ante las autoridades francesas. En su recurso invoca el art 202 RRC, que, como ya se ha indicado y reiterará el Centro Directivo, es anterior a la reforma del Código Civil por la Ley 21/1987. Junto a ello, alega el recurrente su interés en que sus apellidos sean iguales en Francia y en España y que, cuando menos, debería practicarse una anotación marginal, con valor meramente informativo, para poner en relación el contenido de los registros español y extranjero. Finalmente, señala que, tratándose de dos Estados miembros de la UE, la sentencia extranjera debe ser reconocida en España sin necesidad de exequátur, desconociendo que no existe ningún instrumento normativo procedente del legislador de la UE que regule esta cuestión¹⁷.

29. La DGRN deniega la inscripción de la adopción con fundamento en el art.26.2 LAI y resuelve que no procede la modificación de los apellidos del recurrente como consecuencia de la filiación

¹⁶ Entre las más destacadas, cabe citar: STJCE 30 marzo 1993, C-168-91, *Konstantinidis*, STJCE 2 octubre 2003, C-148/02, *García Avelló* (ECLI:EU:C:2003:539), STJCE 14 octubre 2008, C-353/06, *Grunkin-Paul* (ECLI:EU:C:2008:559), STJUE 22 diciembre 2010, C-208/09, *Wittgestein* (ECLI:EU:C:2010:806), STJUE 12 mayo 2011, C-391/09, *Vardyn* (ECLI:EU:C:2011:291), STJUE 2 junio 2016, C-438/14, *Bogendorff* (ECLI:EU:C:2016:401) y STJUE 8 junio 2017, C-541/15, *Mircea Florian Freitag* (ECLI:EU:C:2017:432). En nuestro país, la recepción de esta doctrina jurisprudencial impide una aplicación lineal del art.9.9 Cc y faculta a los nacionales españoles que tengan también otra nacionalidad de otro Estado miembro y cuyo nombre haya sido legalmente establecido en otro Estado miembro, para solicitar que conste de este modo en el RCE. Sin embargo, se aplica el art.9.9 Cc, si se trata de sujetos con doble nacionalidad cuyo nombre ha sido legalmente fijado en primer lugar conforme a la ley española. Vid. de nuevo la Instrucción de la DGRN 23 de mayo de 2007, junto con la Instrucción de la DGRN de 24 de febrero de 2010 (JUR/2010/58561). Pueden consultarse, asimismo, las RRDGRN de 30 mayo 2006 (RJ/2007/3394), de 20 febrero de 2015 (JUR 2015/258167) y 18 noviembre de 2016 (JUR 2018/197400), entre otras. Vid. también, A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Tema IX: Persona física" en A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Compendio...cit*, pp.252-258.

¹⁷ En la actualidad y en el ámbito de la UE, tan solo hay una propuesta de Reglamento del Consejo sobre el reconocimiento transfronterizo de resoluciones de adopción (<http://www.europarl.europa.eu>).

adoptiva Sin embargo, admite que la adopción simple constituida en Francia pueda surtir algunos efectos legales en España, en tanto que genera un vínculo filiación con la nueva familia y en este sentido, indica que si ha sido válidamente constituida en el extranjero, será tratada en España jurídicamente como un acogimiento familiar y podrá ser objeto de “anotación con valor simplemente informativo al amparo de los artículos 38 LRC y 81, 145 y 154.3 RRC”.

30. Seguidamente, el Centro Directivo examina si el cambio solicitado puede ser autorizado a través del mecanismo previsto en el art.207. b) RRC, que permite el cambio de apellidos por los correspondientes a quien tuviera prohijado o acogido de hecho al interesado siempre que aquel haya dado su consentimiento. La conclusión alcanzada por la DGRN es nuevamente negativa, dado que el recurrente no pretende sustituir el apellido paterno por el del acogedor, sino unir este a la primera parte del actual suprimiendo la segunda. Y además, tampoco se ha acreditado que el promotor “usa y es conocido por los apellidos que se solicitan” ni “que dicho uso y conocimiento no ha sido provocado a propósito para conseguir la modificación pretendida”, como requiere el art. 205 RRC.

31. A la vista de lo anterior, la DGRN acoge la pretensión del recurrente en el sentido de que es posible la anotación marginal en la inscripción de nacimiento, a efectos meramente informativos y para disipar cualquier duda sobre la identidad del sujeto, toda vez que la atribución de un apellido distinto recogida en el registro del país de origen del promotor afecta al estado civil de un español (art.38.3º LRC).

32. En último término, el Centro Directivo se opone a la aplicación del art.202 RRC, dado que ha perdido su vigencia desde que la Ley 21/1987 suprimiera la figura de la adopción simple y en su virtud, el Código Civil pasara a regular una sola forma de adopción, cuyos efectos se corresponden con los de la adopción plena.

2. Valoraciones acerca de la Resolución

32. Vistos los fundamentos de la Resolución estudiada, primeramente, cabe observar que la DGRN, con carácter previo a valorar la oportunidad o no del cambio de nombre solicitado, decide llevar a cabo un reconocimiento incidental de la adopción simple francesa. En este punto, hay que advertir que el Centro Directivo tan solo realiza el control de correspondencia de efectos con la adopción española del art.26.2 LAI, para concluir que la adopción simple francesa no comporta el cambio de nombre y apellidos, al no haber superado dicho control. Ello, sin tomar en consideración en su argumentación que la eficacia en España de la adopción simple extranjera dependerá de lo dispuesto en el art.30 LAI. De este modo, esta institución *únicamente* podrá surtir efectos en nuestro país si se ajusta a la ley de la residencia habitual del adoptado en el momento de constituirse la adopción (art.30.1 LAI en relación con el art.9.4.1º Cc), siendo igualmente dicha ley la que determinará su validez y existencia (art.30. 2 LAI).

33. Habida cuenta que el adoptado en forma simple residía en España al tiempo de la adopción, no cabe duda de que la misma no puede desplegar ninguno de sus efectos en nuestro país, incluidos los referentes al régimen del nombre y de los apellidos como consecuencia de la adopción, puesto que no puede ser considerada válida y existente. Sí es posible, como afirma el Centro Directivo su anotación por la vía de los artículos de las normas registrales en las que motiva su decisión.

34. Sin embargo, conviene hacer una matización que no ha sido tenida en cuenta por la DGRN, puesto que, en el caso examinado, no se trata de otorgar eficacia en España a la adopción simple francesa, sino de determinar los efectos de dicha adopción sobre el nombre y apellidos del sujeto promotor. O lo que es lo mismo, en el supuesto analizado por la DGRN la adopción opera como cuestión previa de la cual se hace depender el nombre y apellidos del promotor del expediente, lo que, habida cuenta los elementos de extranjería presentes en el sujeto- nacional español, residente en España, y de origen francés- y la existencia de un conflicto móvil, plantea la posibilidad de dar entrada al Convenio de Munich de 1980.

El art.1 del Convenio remite a la ley nacional del sujeto- ley de la nueva nacionalidad, en caso de conflicto móvil- a la cual quedan sujetas las cuestiones previas, a los solos efectos de precisar el nombre y los apellidos de la persona física¹⁸. Es decir, en el supuesto examinado, la ley española, que, como resuelve la DGRN, aunque por un camino erróneo, no permite fijar el nombre y apellidos de un ciudadano español adoptado en forma simple de ninguna de las formas pretendidas por el promotor del expediente¹⁹.

35. También parece oportuno puntualizar que el citado Convenio no contiene normas sobre validez extraterritorial de decisiones, sino únicamente normas de conflicto de leyes, motivo por el cual no puede operar para el reconocimiento de la resolución extranjera por la que se atribuyen los apellidos al promotor del expediente²⁰.

36. En cuanto a la posibilidad de proceder a la anotación marginal en la inscripción de nacimiento, con valor meramente informativo, para poner en relación el contenido de los registros español y extranjero y despejar las dudas sobre la identidad del sujeto, la conclusión alcanzada por la DGRN parece razonable. Más aún, cuando el sujeto puede solicitar un certificado de diversidad de apellidos, conforme al Convenio de La Haya relativo al certificado de diversidad de apellidos, en vigor tanto en España como en Francia. De este modo, la persona afectada asegurará su identificación. Aquí, hay que dejar constancia de que la solución del Centro Directivo de ningún modo resulta descabellada, dado que, aunque no resulta aplicable a esta situación, coincide con la prevista en el Convenio de Estambul de 4 de septiembre de 1958. Este Convenio prevé que las resoluciones definitivas recaídas en uno de los Estados contratantes sean anotadas al margen de las actas de estado civil de las personas a las cuales conciernen. Ello, aún estableciendo que tales resoluciones serán ejecutivas de pleno derecho en el territorio de cada uno de los Estados contratantes sin necesidad de *exequátur* y salvo contrariedad con el orden público internacional del Estado requerido. No obstante, ténganse en cuenta, por lo que se explicará con posterioridad, que este Convenio es anterior a la Jurisprudencia del TJUE sobre la libre circulación de ciudadanos de la Unión Europea y el nombre de las personas físicas.

37. Cabría cuestionarse si la Resolución de la DGRN constituye una infracción del art.8 CEDH. La respuesta parece ser negativa, principalmente, por dos razones:

- 1^a) En este caso, el nombre y apellidos del sujeto depende de la adopción simple extranjera, figura ésta que no está recogida en el Derecho español. Por este motivo, la decisión de no

¹⁸ El texto original y oficial en francés: reza como sigue: "*1. Les noms et prénoms d'une personne sont déterminés par la loi de l'État dont elle est ressortissante. A ce seul effet, les situations dont dépendent les noms et prénoms sont appréciées selon la loi de cet État*".

¹⁹ Muy clarificadora resulta la explicación que dan a este tema autores como Calvo Caravaca y Carrascosa González, al señalar que "sólo para precisar el nombre de la persona física, los efectos que las "cuestiones previas" de las que dependen los nombres y apellidos producen sobre el nombre y apellidos se deben regir por la Ley nacional del sujeto. Así, en el caso de un divorcio, si éste afecta a mujer búlgara, los efectos que dicho divorcio produce sobre su nombre y apellidos se rigen por la Ley búlgara (Ley nacional de la persona) con independencia de la Ley que rige el divorcio (SAP Barcelona 18 diciembre 2013 [divorcio entre cónyuges búlgaros]). La *Sent. Cass Italia* 13 noviembre 2015 [ex-esposa sueca que solicita mantener el apellido de casada] recordó que en Derecho sueco la ex esposa puede elegir, tras su divorcio, mantener el apellido de casada o volver al apellido de soltera. En dicho caso, el ex marido no aceptó que la ex esposa mantuviera el apellido de casada y argumentó que ello no era posible con arreglo a la Ley que regía el divorcio, que era, *in casu*, la Ley italiana, Ley del país de residencia de los cónyuges, Ley que no permitía conservar dicho apellido a la mujer en el caso concreto. La *Corte di Cassazione* italiana indicó, por el contrario, que el derecho al nombre es un derecho de la personalidad y se rige por sus propias normas de conflicto. En esta línea, por aplicación del art. 1.1 *in fine* del Convenio de Munich, los efectos del divorcio sobre el nombre de la esposa se rigen por la Ley nacional de ésta (Ley sueca), con arreglo a la cual era perfectamente posible conservar el apellido de casada". Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Tema IX: Persona física" en A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Compendio...cit*, p. 250, así como A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol.I, Decimotava edición, 20018-20019, Granada, Comares, 2014, pp.51 y 52.

²⁰ Los efectos de las resoluciones judiciales o administrativas extranjeras en materia de nombre y apellidos se regulan en el Convenio de Estambul de 4 de septiembre de 1958, relativo a los cambios de apellidos y de nombres (BOE nú.15, de 18 de enero de 1977), si bien excluye los cambios que resulten de una modificación del estado de las personas.

otorgar el cambio de apellidos, lejos de resultar una injerencia injustificada o arbitraria, derivaría directamente de la legislación española aplicable a la situación, que no admite la atribución de los apellidos en los términos solicitados por el promotor del expediente (art.8.2 CEDH).

- 2ª) El TEDH ha reconocido que, en cualquier caso, “el Estado goza de cierto margen de apreciación”, si bien “debe tenerse en cuenta el equilibrio justo a mantener entre los intereses concurrentes de la persona y de la sociedad en su conjunto” (Sentencias Keegan y Pini y otros vs. Rumanía).

38. También sería posible preguntarse aquí si la decisión del Centro Directivo podría vulnerar el derecho a la libre circulación de personas (art.21 TFUE), en las condiciones fijadas por el TJUE, antes examinadas. En este punto, hay que resaltar dos consideraciones previas:

- 1ª) En el supuesto examinado por la DGRN la controversia radica en si cabe acceder al cambio de apellidos determinado en otro Estado miembro, como consecuencia de una adopción simple constituida por las autoridades de dicho Estado miembro, cuyos efectos no se corresponden con los previstos para la adopción en nuestro ordenamiento jurídico.
- 2ª) Como se ha puesto de relieve, las dudas que pudieran suscitarse sobre la identidad del sujeto y que pudieran resultar un obstáculo a su libre circulación en la UE podrían despejarse con el certificado de diversidad de apellidos que regula el Convenio de La Haya.

39. Ahora bien, pese a lo anterior, hay que recordar que del análisis de la Jurisprudencia del TJUE y en particular, de los Casos Grunkin-Paul y Wittgestein, antes mencionados, se coligen los siguientes extremos:

- 1º) El derecho de todos los ciudadanos de un Estado miembro de la UE a mantener en todos los demás Estados miembros el nombre y apellidos fijados de manera oficial con arreglo a la ley de otro Estado miembro²¹.
- 2º) Obligar a un ciudadano de la UE a cambiar de nombre y apellidos cada vez que traspasa las fronteras de un Estado miembro a otro constituye un obstáculo injustificado a la libre circulación y residencia de dicho ciudadano en todo el territorio de los Estados miembros, reconocido en el art.21 TFUE (antiguo art.18 TCE).
- 3º) En virtud del principio de reconocimiento mutuo, cuando el nombre y apellidos que ostenta el sujeto haya sido oficialmente concretado por las autoridades de un Estado miembro, de acuerdo con la ley designada por sus normas de conflicto, ha de ser reconocido por las autoridades de otro Estado miembro, independientemente de la ley sustantiva designada por las normas de conflicto de este último Estado.
- 4º) Un Estado miembro *únicamente puede negarse a* reconocer el nombre y apellidos atribuido en otro Estado miembro de la UE si ello resulta manifiestamente contrario a su orden público internacional o si afecta al interés general.

40. A la vista de tales consideraciones, podría alegarse que, en materia de apellidos, el orden público internacional español se basa en dos principios fundamentales: el principio de la duplicidad de apellidos de los españoles y el principio de infungibilidad de líneas²². Sin embargo, también es verdad

²¹ Aún en los casos en que el sujeto no ostente doble nacionalidad de la Unión Europea. De nuevo, Vid. Instrucción de la DGRN de 24 de febrero de 2010 (JUR\2010\58561).

²² Esta tesis es acogida por la Instrucción de la DGRN de 23 de mayo de 2007 (JUR\2007\147617). En este punto, conviene precisar que el cambio en el nombre y/o los apellidos puede venir exigido por la aplicación de la ley del Estado de la nueva nacionalidad, en cuyo caso es posible mitigar los inconvenientes que ello pueda suscitar. De este modo, si bien la regla general es que la ley que gobierna los apellidos de un ciudadano extranjero que ha adquirido la nacionalidad española es la ley española, esta persona puede mantener los apellidos determinados con arreglo a la ley nacional anterior, siempre que así lo declare en el acto de adquirirla, o dentro de los dos meses siguientes a la adquisición o a la mayoría de edad, al amparo del art.199

que el propio Centro Directivo ha admitido excepciones para el principio de duplicidad de apellidos, en aplicación de la doctrina del TJUE. Ello conduce, además, a cuestionar que no pueda excluirse, asimismo, la aplicación del orden público internacional en el supuesto del principio de intangibilidad de líneas, tal como entiende un sector doctrinal²³.

41. Luego, parece razonable concluir que no hay motivos para entender que el reconocimiento en España de los apellidos del sujeto adoptado en forma simple atente contra ninguno de nuestros valores y principios fundamentales, así como que tampoco concurren razones de interés general. Más aún, cuando no es posible afirmar que la adopción simple constituya una institución extraña a nuestro sistema jurídico. Antes al contrario, se trata de una figura que ha estado tradicionalmente presente en el Derecho positivo español, de tal manera que fue la única institución regulada en el Código Civil desde su aprobación y hasta la entrada en vigor de la Ley de 24 de abril de 1958, por la que se introdujo la figura de la adopción plena, con la que convivió, siendo suprimida por la Ley 21/1987, de 17 de noviembre, de modificación de determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción. Por este motivo, es posible que todavía hoy subsistan en España adopciones simples, al amparo de la Disposición Transitoria Segunda de la citada Ley 21/1987, y en las cuales sus apellidos se rigieran por lo previsto en el art.202 RRC, invocado por el apelante.

42. A esto hay que añadir que, hoy en día, la adopción simple continúa coexistiendo con la plena en nuestro país, gracias a los sistemas de reconocimiento previstos en el CH 1993 y en el art.30 LAI para las adopciones internacionales. Junto a ello, no debe olvidarse que, en la actualidad, está en auge una corriente doctrinal que aboga por la recuperación de la institución de la adopción simple, como figura a medio camino entre la adopción plena y otras instituciones menos estables, como el acogimiento familiar, como forma de integración familiar mucho más respetuosa con el interés del adoptado.

IV. Conclusiones

43. Vistos los antecedentes y fundamentos de la resolución de la DGRN y atendiendo tanto al régimen jurídico de la adopción simple en nuestro país como a la normativa registral, junto con la doctrina y jurisprudencia sobre ambas materias, se pueden deducir las siguientes conclusiones:

44. Primera: El Centro Directivo ha procedido a realizar un reconocimiento incidental de la adopción simple extranjera conforme a lo indicado en el art.27 LAI, verificando el control de correspondencia de efectos con la adopción española (art.26.2 LAI), sin tomar en consideración que lo que el promotor solicitaba no era el reconocimiento de la adopción simple francesa en nuestro país y la subsiguiente modificación de los apellidos conforme a la adopción en su inscripción de nacimiento. Como también obvia la DGRN que, en cualquier caso, la eficacia en nuestro país de la adopción simple extranjera se supedita a lo previsto en el art.30 LAI, cuya remisión al art.9.4 Cc, no tiene necesariamente que conducir a la ley española, sino que, en función de los elementos de extranjería de cada situación, puede designar la ley de un país que sí contemple dicha figura.

45. Segunda: De las alegaciones del promotor, en realidad, parece inferirse que lo que en verdad interesa éste es que los apellidos que figuran en el RCE se ajusten a lo previsto en el Registro Civil

RRC (art.56 LRC 2011). Sin embargo, la declaración deberá ajustarse a lo dispuesto en el art.198 RRC y no podrá vulnerar el orden público internacional español, que en materia de apellidos se basa en los dos principios fundamentales citados en el texto. Igualmente, esta persona puede escoger el nombre que tenía de conformidad con su ley nacional anterior como nombre propio, aún en la lengua extranjera, en los términos del art.54 LRC (art.51 LRC 2011). Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Tema IX: Persona física" en A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Compendio...cit*, pp.250-251.

²³ En este sentido, cabe remitirse a la Doctrina del Centro Directivo citada en la nota al pie nº16. Vid. también A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol.I, Decimoctava edición, 20018-20019, Granada, Comares, 2014, p.56.

francés, tras su adopción en forma simple, a fin de que no surjan dudas respecto de su identidad. En este sentido, promueve el expediente de cambio de nombre y apellidos, que tiene un procedimiento específico en la normativa registral española. Se trata, por tanto, de determinar si su pretensión es posible, para lo cual habrá que tener en cuenta que se está ante un ciudadano español, de origen francés, adoptado en forma simple por un sujeto extranjero y ante la competente autoridad francesa.

46. Tercera: A la vista de lo expuesto en la anterior conclusión, hay que señalar que la DGRN hierra al no aplicar el Convenio de Munich de 1980, que dirige a la ley nacional de la persona física-en el caso estudiado, la española-para determinar el nombre y apellidos del promotor del expediente del cambio de nombre. Como también se equivoca el Centro Directivo al no haberse percatado de que la adopción simple francesa opera en esta situación como cuestión previa de la que dependen el nombre y apellidos del sujeto. Así, según dispone el Convenio de Munich, la DGRN debió haber aplicado el art.1.1 del Convenio para determinar la ley nacional del promotor y *así* concretar los efectos que la adopción simple produciría en el nombre y los apellidos de dicho sujeto, independientemente de lo dispuesto en el art.30 LAI. Evidentemente, en el supuesto estudiado, será el Derecho sustantivo español el que determinará si es posible el cambio de nombre y apellidos solicitado como consecuencia de la adopción simple. A este respecto, hay que reiterar que nuestro ordenamiento jurídico únicamente recoge la institución de la adopción plena y en consecuencia, no admite el establecimiento del nombre y apellidos de la manera interesada por el promotor del expediente. A la misma conclusión llega el Centro Directivo, si bien, no lo hace aplicando la normativa de Derecho Internacional Privado reguladora del nombre y apellidos de la persona física.

47. Cuarta: La solución del Centro Directivo, en el sentido de proceder a la anotación registral del nombre y apellidos atribuido por la ley francesa, coincide con la prevista en algún texto internacional, y además, nada obsta para que el sujeto pueda solicitar un certificado de diversidad de apellidos, conforme al Convenio de La Haya relativo al certificado de diversidad de apellidos. Por este motivo, no parece que la Resolución de la DGRN conculque el art.8 CEDH.

48. Quinta: El Centro Directivo desconoce el principio de mutuo reconocimiento de nombres y apellidos en la Unión Europea, reiterado por la doctrina del TJUE, habida cuenta que ha optado por denegar el cambio de nombre y apellidos conforme a lo establecido por las autoridades francesas y de acuerdo con la ley francesa. Ello podría acarrear la no aplicación de la ley española designada por el art.1 del Convenio de Munich, en tanto que no respeta el Derecho de la Unión Europea y muy en especial, el derecho de todos los ciudadanos de la Unión a circular y residir libremente en todo el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea, que se ve obstaculizado al no poder el sujeto usar en España los apellidos determinados con arreglo a ley designada por las normas de conflicto francesas. Ello, sin que puedan alegarse motivos de orden público o interés general, en tanto que, por las razones explicadas, pese a no estar recogida actualmente en el Derecho español, la adopción simple no resulta desconocida en nuestro ordenamiento jurídico.

49. Sexta: Independientemente de la anotación en el RCE, en aplicación de la jurisprudencia del TJUE, el sujeto promotor del expediente de cambio de nombre tendría derecho a que se concediese el cambio de sus apellidos y se inscribieran en el RCE tal y como están inscritos en el Registro Civil francés. Ello, aunque la ley aplicable al nombre y apellidos de dicho sujeto sea la española.

LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN SITUACIONES TRANSNACIONALES: CUESTIONES PRÁCTICAS*

THE ESTABLISHMENT OF FILIATION IN TRANSNATIONAL SITUATIONS: PRACTICAL ISSUES

M^a JESÚS SÁNCHEZ CANO

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Privado
Universidad San Jorge
Magistrado Suplente*

Recibido: 04.05.2020 / Aceptado: 27.05.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5666>

Resumen: Los problemas que suscita en la práctica el establecimiento de la filiación se acrecientan en supuestos transfronterizos, debido a los diferentes elementos internacionales que presentan este tipo de situaciones. La cuestión puede dar lugar a mayores dificultades cuando la filiación viene establecida por una autoridad extranjera y no ha accedido al Registro Civil español. Más aún, si existe contradicción entre la filiación establecida en virtud de inscripción registral extranjera y la que consta en el Registro Civil español. En estos casos cabe preguntarse cuál será la ley aplicable al establecimiento de la filiación y si es posible otorgar algún efecto a la documentación registral extranjera.

Palabras clave: filiación, Registro Civil, *exequátur*.

Abstract: The problems of establishing filiation in practice are increased in cross-border situations, due to the different international elements of such situations. The problem can be even more difficult when the filiation is established by a foreign authority and it has not been entered in the Spanish Civil Register. Furthermore, if there is a contradiction between the filiation established by foreign registration and that recorded in the Spanish Civil Register. In those cases, it is necessary to ask what law will be applicable to the establishment of the filiation and whether it is possible to give any effect to the foreign registration documentation.

Keywords: filiation, Civil Register, *exequátur*.

Sumario: I. Introducción. II. Análisis de la SAP León de 6 de Noviembre de 2019. 1. Breve descripción de los hechos y fundamentos jurídicos. 2. La determinación de la filiación como cuestión previa al litigio de carácter sucesorio. 3. Eficacia en España de la filiación determinada en el extranjero. 4. Examen del fallo de la SAP León 6 Noviembre 2019. III. Consideraciones finales.

I. Introducción

1. Los problemas que suscita en la práctica el establecimiento de la filiación se acrecientan en supuestos transfronterizos, debido a los diferentes elementos internacionales que presentan este tipo de situaciones, que requieren la intervención del Derecho Internacional privado. La cuestión puede dar lugar a mayores dificultades cuando la filiación viene establecida por una autoridad extranjera y más aún, cuando se presenta como cuestión previa a una cuestión principal, cuya solución depende del resultado de la primera. Respecto a la cuestión previa, hay que prestar atención a una serie de consideraciones:

- 1ª) Lo habitual en los supuestos en que se plantea una cuestión previa es llevar a cabo un reconocimiento incidental de la filiación, a fin de determinar si cumple los presupuestos que requiere la cuestión principal.
- 2ª) En muchos casos la filiación determinada por las autoridades extranjeras no ha accedido al Registro Civil español.
- 3ª) Tampoco se ha instado el *exequátur* de la resolución extranjera en materia de filiación.

2. Estas tres circunstancias están presentes en el caso resuelto por la SAP León núm. 1347/2019, de 6 de Noviembre de 2019¹. Se trata de un litigio en el cual el Tribunal examina si la recurrente ostenta la condición de heredera forzosa de la testadora, a los efectos de determinar si dispone de legitimación pasiva para instar la nulidad del testamento y, subsidiariamente, para solicitar la legítima. La controversia trae causa de la existencia de una contradicción entre la filiación establecida en virtud de inscripción registral mejicana, y la que consta en el Registro Civil español. Se plantean, por tanto, los siguientes interrogantes:

- 1º) ¿Cuál es la ley aplicable al establecimiento de la filiación de la apelante?
- 2º) ¿Cabe otorgar algún efecto a la documentación aportada por la demandante sobre registros y notaría del Estado de México?
- 3º) ¿Cuál es el procedimiento a seguir para solucionar la contradicción entre las inscripciones registrales española y mejicanas?

3. Teniendo en cuenta las preguntas formuladas, el presente trabajo abordará el estudio del régimen de la filiación en supuestos transfronterizos, partiendo de la SAP León de 6 de Noviembre de 2019, cuyos razonamientos jurídicos se analizarán.

II. Análisis de la SAP León de 6 de Noviembre de 2019

4. Como ya se ha avanzado, la SAP de León resuelve un recurso de apelación formulado por quien alega ser hija de la testadora y por tanto, heredera forzosa de la misma. La Sentencia de instancia dictaminó que la actora no reunía dicha condición, en tanto que, en realidad, era sobrina de la testadora, y en consecuencia, carecía de la legitimación activa para instar la nulidad del testamento, así como para la petición subsidiaria, en la que solicitaba la legítima. Por este motivo, la apelante impugna esta resolución con fundamento en una errónea valoración de la prueba, juntamente con la conclusión a la que se llega respecto a los hechos en que se asienta.

5. Por su parte, la Audiencia Provincial analiza la prueba documental aportada y deja bien sentido que:

- 1º) La demandante aparece inscrita en el Registro Civil español como hija legítima del hermano de la testadora y de su esposa (filiación por naturaleza y matrimonial).
- 2º) La demandante, con el fin de que tuviera una vida mejor, fue “dada” por sus padres biológicos a la testadora y su marido, quienes la tomaron a su cargo como si se tratase de una hija y, además, la inscribieron en los registros mejicanos como hija legítima del matrimonio.
- 3º) No consta en los autos la existencia de ningún procedimiento adoptivo.
- 4º) Por la recurrente se presentó solicitud de reconocimiento de adopción promovida ante los tribunales mejicanos, en la cual se aportó la certificación de inscripción del Registro Civil español, que contradice abiertamente tanto la filiación como los datos de nacimiento que constan en la inscripción del registro mejicano. El tribunal mejicano rechazó el reconocimiento de la adopción- sin pronunciarse sobre la filiación- sobre la base de que en el registro mejicano consta inscrita una filiación biológica originaria.

¹ ECLI: ES:APLE:2019:1347.

5º) La demandante en el momento de su nacimiento residía en España y tenía nacionalidad española.

6. Con fundamento en lo que antecede, el Tribunal “ad quem” alcanza las siguientes conclusiones:

- 1º) Dado que la recurrente residía en España y tenía nacionalidad española en el momento de su nacimiento, la filiación se rige por la ley española (art.9.4 Cc). La ley española establece que la filiación se determina en el momento del nacimiento (art.112 Cc.) y sólo puede tener lugar por naturaleza o por adopción (art.108 Cc.).
- 2º) El cambio de filiación únicamente puede traer causa de una adopción, extremo éste que no ha sido acreditado por la actora.
- 3º) La documentación sobre registros y notarías mejicana no produce efecto sobre la filiación determinada en el ámbito interno del Estado español y constituye una contradicción en la filiación, que únicamente puede solucionarse mediante la impugnación de la filiación en el RCE y el reconocimiento de la filiación no inscrita.
- 4º) Salvo reconocimiento de la resolución extranjera, ni las resoluciones emitidas por los tribunales mejicanos vinculan a los tribunales españoles, ni las dictadas por éstos vinculan a aquellos.
- 5º) La inscripción de nacimiento mejicana se basa en datos erróneos, facilitados por quienes la solicitaron, y ni la demandante los considera como ciertos, según se desprende de los datos que obran en las actuaciones.

7. Por todo lo que antecede, el Tribunal acuerda que no ha lugar al recurso y por ende, confirma la desestimación de la demanda.

8. Con carácter previo al estudio del fallo, parece oportuno explicar algunas particularidades sobre los puntos principales que conforman la decisión del Tribunal.

2. La determinación de la filiación como cuestión previa al litigio de carácter sucesorio.

9. El planteamiento de cuestiones previas de Derecho Internacional privado resulta habitual en los litigios en materia de sucesiones, debiendo resolverlas en primer lugar, en tanto que constituyen presupuestos de éstos. Destacan en este punto los problemas relacionados con la determinación de la filiación, de la cual depende la condición de heredero y por consiguiente, los derechos sucesorios ². En el caso analizado la cuestión principal era la sucesión *mortis causa* de la causante española, mientras que la cuestión previa consistía en determinar si la demandante era en verdad hija de la testadora y en consecuencia, tenía legitimación activa para impugnar el testamento, así como para solicitar la legítima.

10. Ni el Derecho Internacional Privado de la Unión Europea ni el Derecho Internacional Privado español proporcionan una respuesta a la denominada cuestión previa, aunque la doctrina se inclina por la tesis de la *Lex Formalis Fori* o “tesis de conexión independiente”, para solucionar el problema. Esta teoría es la más solvente y supone la aplicación a la cuestión previa de la norma de conflicto prevista en el sistema de Derecho Internacional privado del foro, que será la que designe la ley reguladora de la misma. La respuesta de la cuestión principal, que se resolverá con posterioridad, dependerá igualmente de la ley designada por la norma de conflicto del foro aplicable a dicha cuestión³.

² Este asunto ha sido abordado por la Jurisprudencia española en diferentes resoluciones, sirvan de ejemplo la SAP Alicante (Sec.9ª) núm. 377/2016 de 30 septiembre (AC 2016\1963) y SAP Alicante (Sec.9ª) núm. 30/2009 de 26 enero (AC 2009\1116).

³ Teniendo en cuenta la materia que ocupa el presente trabajo, cabe traer aquí a colación lo dicho por Carrascosa González, quien pone en este punto como ejemplo el Reglamento sucesorio europeo, “que acepta que todas estas cuestiones preliminares

11. Dicho esto, resulta claro que, en el caso estudiado, no existiendo ningún instrumento internacional que regule la filiación en supuestos internacionales⁴, la norma de conflicto que corresponde aplicar a la cuestión previa es el art.9.4 Cc⁵. Más en concreto, desde la reforma efectuada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, el apartado 1º del art.9.4 Cc es una norma de conflicto de orientación material, cuyo propósito es potenciar el establecimiento de la filiación por naturaleza. A tal fin, el art.9.4.1º Cc dispone de puntos de conexión jerarquizados, que operan de manera subsidiaria y sucesiva para el caso de que no se pueda determinar la ley aplicable a la filiación con arreglo a lo dispuesto en el punto de conexión principal⁶. Así, en primer lugar, la determinación y el carácter de la filiación por naturaleza dependerán de lo dispuesto en la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. En su defecto o en el caso de no poder determinarse la filiación a través del primer punto de conexión, el art.9.4.1º Cc remite a la ley nacional del hijo, fijando nuevamente el punto de conexión en el momento del establecimiento de la filiación. En último término, el citado precepto ordena aplicar la ley sustantiva española, cuando la ley nacional del hijo no permitiere el establecimiento de la filiación, y si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad⁷.

deben regirse por la Ley designada por la específica norma de conflicto, sea europea o sea nacional, correspondiente a dicha “cuestión preliminar” y que se halla en vigor en el Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto sucesorio”. Deduce esta afirmación el citado autor del art. 67.1 RES en concordancia con el Cons. [12], de ahí que considere que ha de seguirse “tesis de la Lex Formalis Fori” o de la conexión independiente.”. En consecuencia, cuando haya que dilucidar una cuestión sobre una concreta filiación natural antes de adjudicar el caudal de la herencia, dicho aspecto “debe regirse por la Ley designada por las normas de conflicto, europeas o nacionales, vigentes en el Estado miembro cuyas autoridades conozcan del asunto sucesorio, como apunta la doctrina más aquilatada.” Puede ampliarse información consultando. Vid. A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, Vol.I, 18ª Edición, Comares, Granada, 2018, p.227.

⁴ Se justifica la ausencia de normas de conflicto aplicable a la filiación en las normas consuetudinarias de Derecho internacional público, en cuya virtud corresponde a cada Estado la competencia exclusiva para decidir quienes son sus nacionales. Ello ha sido asumido por el TJUE en numerosas resoluciones, de entre las que destacan las SSTJUE 7 julio 1992, asunto C-369/90 (ECLI:EU:C:1992:295) y 2 marzo 2008, asunto C- 135/08, (ECLI:EU:C:2010:104). De igual modo, el TJUE ha tomado en consideración el “principio del mutuo reconocimiento”, de tal manera que se deja al arbitrio de los Estados miembros la regulación de sus normas de conflicto con sus propios puntos de conexión para determinar materias relativas al estatuto personal, como la capacidad, el estado civil, el nombre y la filiación natural y adoptiva, resultando los demás Estados miembros obligados a dar efectos a las situaciones creadas válidamente al amparo de las normas de conflicto de otros Estados miembro, cualquiera que sea el punto de conexión que presenten. En este sentido, pueden citarse, entre otras muchas, las SSTJUE 14 octubre 2008, asunto C-353/2006 (ECLI:EU:C:2008:559), 22 diciembre 2010, asunto C-208/09, (ECLI:EU:C:2010:806) y 12 mayo 2011, asunto C-391/09 (ECLI:EU:C:2011:291). Vid. también : J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ley aplicable a la filiación por naturaleza: de la ley nacional a la ley de la residencia habitual del hijo”, *Revista española de derecho internacional*, Vol. 68, Nº 2, 2016, p. 161.

⁵ Como ponen de relieve autores como Calvo Caravaca y Carrascosa González, no se han planteado soluciones generales ni respuestas específicas al problema de la cuestión previa, tampoco por parte de la jurisprudencia española. La teoría más aceptada es la conocida como “tesis de la Lex Formalis Fori”, que ha sido acogida por las SSAP Alicante (Sec.9ª) núm. 377/2016 de 30 septiembre (AC 2016\1963) y núm. 30/2009 de 26 enero (AC 2009\1116), ya mencionadas, así como el AAP Madrid (Secc.12ª) núm. 25/2013 de 17 de enero de 2013 (ECLI:ES:APM:2013:841A). Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA, *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Rapid Centro Color S.L., Murcia, 2019, p.110.

⁶ Para mayor información sobre el art.9.4 Cc en su redacción dada por la Ley 26/2015, pueden consultarse entre otras, las siguientes obras: J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ley aplicable a la filiación por naturaleza: de la ley nacional a la ley de la residencia habitual del hijo”, *Revista española de derecho internacional*, Vol. 68, Nº 2, 2016, pp. 157-182, M.A. ADAM MUÑOZ, “La nueva regulación de la filiación natural en el Derecho internacional privado español”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2016), Vol. 8, No 2, pp. 34-54, I. LORENTE MARTÍNEZ, “Filiación natural. el artículo 9.4 del Código Civil y el triunfo de la residencia habitual del hijo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* ((Marzo 2018), Vol. 10, No 1, pp. 592-600). Por lo que respecta a la interpretación jurisprudencial de este precepto, Vid.: SSTs (Sala de lo Civil, Sección Pleno) núm 223/2018 y núm. 224/2018, ambas de 17 abril (ECLI: ES: TS: 2018:1281 ECLI:ES:TS:2018:1282, respectivamente).

⁷ Resulta muy interesante aquí la STS (Sala de lo Civil, Sección Pleno) núm 223/2018, antes referenciada, en la cual se deja sentado que el carácter de norma materialmente orientada del art.9.4.1 Cc supone que “además de la conexión con los criterios escogidos, también tiene en cuenta el contenido de las leyes en presencia y el resultado de su aplicación”. Esta resolución ha sido objeto de comentario por A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2018 (1281/2017). La Ley aplicable a la filiación: la residencia habitual del hijo”, en M. YZQUIERDO TOLSADA (Dir.), *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, Año 2018 - Número 10, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 237 a 247. Sobre esta sentencia, Vid. A. DURÁN AYAGO, “Sucesión temporal de normas de conflicto, art. 9.4 cc y regla *ad hoc* para resolver dos casos de filiación. a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de abril de 2018”, V.V.A.A., *Crónica de Derecho internacional privado*, REEI, pp.2-8.

12. Sobre el mencionado artículo cabe precisar, en primer lugar, que se trata de una norma que, en tanto que persigue el *favor filii*, pone el acento en la persona del hijo y no en sus progenitores⁸. En segundo término, también, hay que resaltar que el art.9.4 Cc. solventa el problema del conflicto móvil, al fijar los puntos de conexión en el momento del establecimiento de la filiación. Sin embargo, algunos autores han observado que, aunque se trata de un planteamiento acertado, la redacción del precepto puede dar lugar a confusión, particularmente cuando se trata de interponer acciones judiciales para determinar la filiación, puesto que en el momento del establecimiento de la filiación por naturaleza, ésta no se encuentra determinada⁹. Por este motivo, se sostiene que, de llevarse a cabo una interpretación literal del art.9.4 Cc., en aquellos supuestos en que el hijo haya residido habitualmente en distintos Estados o haya detentado diferentes nacionalidades, no sería posible fijar el momento en que han de tomarse en consideración la residencia habitual o la nacionalidad del mismo y en consecuencia, tampoco determinar la concreta ley estatal aplicable a la filiación. Del mismo modo, como apunta algún sector doctrinal, la técnica de congelar los puntos de conexión en un momento determinado, favorece el *fórum shopping* y ocasiona inseguridad jurídica¹⁰.

13. De otro lado, por lo que respecta al punto de conexión principal del art.9.4 Cc., opina la doctrina que la aplicación de la ley de la residencia habitual es una opción realista y de todo punto acertada, dado que el punto de conexión nacionalidad, utilizado en el anterior art.9.4 Cc, podía conducir en mayor medida a la aplicación de una ley extranjera por los tribunales españoles. Asimismo, se ha puesto de manifiesto que el recurso a la residencia habitual es acorde con la actual situación de nuestro país como Estado de recepción de sujetos que poseen nacionalidad extranjera. Más aún, se dice que se trata de la solución más óptima, habida cuenta que representa una “conexión social” que contempla el vínculo entre el hijo y la sociedad en que se integra, frente a la nacionalidad, que bien pudiera representar un “vínculo meramente formal y aparente”¹¹. No obstante, algún autor ha advertido que la principal conexión en materia de estado civil sigue siendo la nacionalidad, según se desprende del art.9.1 Cc, y por tal motivo la introducción de la residencia habitual como primer punto de conexión puede suscitar inconvenientes debido a la falta de armonía entre ambas normas¹².

14. En lo referente al siguiente punto de conexión del art.9.4.1ºCc., se ha mantenido que la aplicación de la ley nacional del hijo, con carácter subsidiario a la ley de la residencia habitual, puede resultar previsible, dado que refleja una mayor proximidad con la identidad cultural de la persona, aunque se advierte que no en todo caso resulta ser la ley más vinculada a la situación y que en ocasiones, ni tan siquiera representa una vinculación suficiente¹³.

15. En relación a la conexión de cierre, que designa la ley sustantiva española como ley aplicable al establecimiento de la filiación por naturaleza, hay que indicar que contempla lo que se denomina “conexión judicial”, toda vez que ordena la aplicación de la ley española en tanto que son los tribunales españoles los que entienden del litigio (*Lex Materialis Fori*, en este caso). Se trata de una “conexión materialmente orientada”, cuya finalidad es garantizar en último término el establecimiento de la filiación cuando han fallado las conexiones anteriores y que, además, conduce a una ley previsible. En este punto, algún autor ha puesto de relieve que el recurso a la ley material española, previsto por el legislador español, propor-

⁸ Así lo hace notar I. LORENTE MARTÍNEZ, “Filiación natural...cit”, p.594.

⁹ Sobre este particular, Adam Muñoz ha matizado que el art.9.4 Cc. en verdad alude al “presunto hijo”, puesto que si la filiación no está establecida no puede haber un “verdadero hijo”. Vid. M.D. ADAM MUÑOZ, “La nueva regulación de la filiación natural...cit”, p.38.

¹⁰ Vid. A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, Vol.II, 17ª Edición, Comares, Granada, 2017, p.403, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ley aplicable a la filiación...cit”, p.180, M. GUZMÁN ZAPATER, “La filiación internacional a examen por el Tribunal Supremo. A propósito de las sentencias TS 223 y 224 de 17 de abril de 2018”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11, 2, Octubre 2019, pp. 624-635; y I. LORENTE MARTÍNEZ, “Filiación natural...cit”, pp.595 y 596.

¹¹ Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ley aplicable a la filiación por naturaleza...cit”, pp.162 y 163.

¹² P. DE MIGUEL ASENSIO, “La Ley 26/2015 sobre protección a la infancia y a la adolescencia y la reforma del artículo 9 del Código Civil”, recuperado en <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2015/08/la-ley-262015-sobre-proteccion-la.html>.

¹³ Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ley aplicable a la filiación por naturaleza...cit”, pp.167-168.

ción una mayor seguridad jurídica en comparación con otras posibilidades, como la de aplicar la ley del país con la que el supuesto presente vínculos más estrechos. Ello, principalmente, porque evita a las partes el complejo proceso de probar cuál es el país con el que la filiación presenta una conexión más estrecha. Como nota negativa, se dice que la aplicación de la ley española, podría dar lugar a una resolución claudicante, que no desplegaría efectos en el Estado de la residencia habitual o de la nacionalidad del hijo¹⁴.

16. Por último, debe observarse que el legislador español no concreta los motivos por los cuales no es posible el establecimiento de la filiación en los ordenamientos jurídicos señalados por la ley de la residencia habitual o por la ley de la nacionalidad del hijo. Surge, por tanto, la duda de si el precepto ha de interpretarse de forma restrictiva o por el contrario, si debe recurrirse a una interpretación amplia del mismo, más acorde con la orientación material implícita en el art.9.4.1º Cc. Este último criterio parece ser el que más se ajusta a la voluntad del legislador y al espíritu de la norma, de tal manera que cabría admitir un amplio elenco de causas por las cuales no sería posible establecer la filiación, atendiendo a cada caso en particular. Aquí, siguiendo a Carrascosa González, cabe hacer varias consideraciones¹⁵:

- 1ª) No hay que desconocer que, en muchos casos, al aplicar el art.9.4.1ª Cc, se producirá una intervención anticipada del orden público internacional español. Ciertamente, el legislador español entiende que una ley que no permite el establecimiento de la filiación puede considerarse contraria a nuestro orden público internacional y en consecuencia, adelanta sus efectos, al mismo tiempo que evita el recurso a la excepción del art.12.3 Cc¹⁶.
- 2ª) El TS ha tenido ocasión de pronunciarse en su Sentencia 17 abril 2018, ya mencionada, y ha dejado sentado que únicamente cabe descartar la aplicación de la ley designada por el art.9.4.1º Cc “cuando la ley aplicable excluya radicalmente la determinación de la filiación por razones incompatibles con los principios básicos de nuestro ordenamiento”.
- 3ª) Consecuentemente con lo anterior, sería posible excluir la aplicación de la ley de la residencia habitual o en su caso, la de la nacionalidad del hijo y aplicar en su lugar, el Derecho español, en los siguientes supuestos:
 - a) Leyes extranjeras que no admiten o consideran ilegal la práctica de determinadas pruebas de filiación, como las biológicas.
 - b) Leyes extranjeras que no reconocen legitimación activa o pasiva para el ejercicio de acciones de filiación.
 - c) Leyes extranjeras que no permiten determinar la filiación por causas relativas al tipo de filiación, como, por ejemplo, la extramatrimonial, o por motivos de discriminación ¹⁷.

3. Eficacia en España de la filiación determinada en el extranjero.

17. Dado que la Sentencia de la Audiencia Provincial de León plantea el problema que suscita la eficacia en España de la filiación determinada en el extranjero, parece oportuno examinar brevemente

¹⁴ Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ley aplicable a la filiación por naturaleza...cit”, pp.169-171 y M.D. ADAM MUÑOZ, “La nueva regulación de la filiación natural...cit”, pp.45 y 46.

¹⁵ Para una completa información sobre esta cuestión, consúltese, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ley aplicable a la filiación por naturaleza...cit”, p.173.

¹⁶ Esta misma técnica se contempla igualmente en el art.10 RR-III respecto de las leyes extranjeras que no contemplan el divorcio o que impiden a una persona ejercitar acción de divorcio por causa de su sexo. Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ley aplicable a la filiación por naturaleza...cit”, p.173.

¹⁷ Por el contrario, no cabe descartar la ley de la residencia habitual y aplicar la ley nacional del hijo: (a) Cuando la determinación de la filiación perjudica al hijo (filiación llamada incestuosa); (b) Cuando concurren causas en relación con el transcurso del tiempo y/o prescripción de acciones de filiación; (c) Cuando los particulares no emplean los títulos legales para acreditar la filiación previstos en el Derecho extranjero. Ello, en tanto que los particulares no podrían alegar la aplicación de la ley nacional del hijo, puesto que pudieron determinar la filiación y no lo hicieron. Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Ley aplicable a la filiación por naturaleza...cit”, pp.174-175.

la cuestión. Así, a este respecto, cabe distinguir entre los casos en que la filiación venga determinada por una sentencia extranjera y aquellos supuestos en que se pretenda el acceso al Registro Civil español de una filiación que conste en un Registro extranjero.

18. Comenzando por el reconocimiento de sentencias extranjeras, hay que señalar que la filiación así determinada podrá acceder al Registro Civil español previo reconocimiento por las autoridades españolas, según se deduce de los art.59 LCJIMC y 81-83 RRC. Ello significa que, en defecto de Convenio internacional aplicable en materia de filiación¹⁸, será necesario que la resolución extranjera obtenga el *exequátur* por la vía de los arts.41-61 LCJIMC. En este punto, hay que observar que el art.9.4 Cc. únicamente resulta aplicable cuando el establecimiento de la filiación se plantea ante las autoridades españolas, pero no lo es al reconocimiento de sentencias extranjeras sobre esta cuestión. De ahí que sea posible otorgar el *exequátur* en nuestro país a una resolución extranjera en materia de filiación que haya aplicado una ley distinta a la que conducirían las normas de conflicto española que hubiesen operado en el caso de que el asunto se hubiera formulado ante los tribunales españoles¹⁹.

19. Es necesario puntualizar también que el art.82 RRC prevé que si las sentencias y resoluciones firmes “contradicen hechos inscritos, deben ordenar para ser inscribibles, la rectificación correspondiente”.

20. Por lo que se refiere al acceso al Registro Civil español de una filiación que figura en un Registro extranjero, operaría lo dispuesto en el Capítulo VI LCJIMC y en la D.A.Tercera de la LJV, junto con lo previsto en el art.81 RRC. En este sentido, es necesario que el documento extranjero en el que conste el establecimiento de la filiación tenga “fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales” (art.81 RRC). Aquí, debe tenerse en cuenta que, conforme al art.60 LCJIMC y el punto 1.c) de la D.A. Tercera de la LJV, la filiación contenida en el documento extranjero ha de ser válida de acuerdo con el ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado, en este caso, el art.9.4. 1º. Cc²⁰. Se da la paradoja de que la ley exige el control de la ley aplicada por un Registro extranjero, pero no requiere dicho control si se trata de una sentencia judicial extranjera.

21. En este punto, hay que recordar que es posible impugnar ante los tribunales españoles la filiación legalmente determinada, en los casos previstos en la legislación civil (art.22. *quáter* d) LOPJ) y art.764 LEC). Del mismo modo, los tribunales españoles serían exclusivamente competentes para conocer de litigios sobre la validez o nulidad de las inscripciones practicadas en el RCE en materia de filiación (art.22. c) LOPJ).

4. Examen del fallo de la SAP León 6 Noviembre 2019.

22. A la vista de lo estudiado hasta el momento en los anteriores apartados del trabajo, resulta procedente examinar el fallo de la mencionada resolución, poniendo en relación los fundamentos jurídicos de la Sentencia, en particular, con las cuestiones analizadas en el epígrafe anterior.

23. Así, la Sala se pronuncia sobre cuál es la ley aplicable a la filiación, que opera como cuestión previa al litigio sucesorio. En este punto, el Tribunal acude a la norma de conflicto española, o lo que es lo mismo, al art.9.4 Cc, para concluir que la filiación en este caso se rige por la ley española, toda vez

¹⁸ Como ejemplo de aplicación de Convenio internacional, cabe mencionar el AAP Madrid (Secc.14ª) núm. 264/2008 de 21 octubre (AC 2009\40), que recurre al Convenio entre España y Alemania, sobre reconocimiento y ejecución de transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil, de 14 de Noviembre de 1984, ratificado el 18 de Enero de 1988 y publicado en el B.O.E. de 16 de Febrero de 1988.

¹⁹ Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA, *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Rapid Centro Color S.L., Murcia, 2019, p.346.

²⁰ A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA, *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Rapid Centro Color S.L., Murcia, 2019, p.347.

que la recurrente en el momento del nacimiento residía en España y tenía la nacionalidad española. Nada hay que objetar a este planteamiento, primeramente, puesto que, como se ha mencionado más arriba, la cuestión previa se rige por la norma de conflicto prevista en nuestro ordenamiento jurídico, habida cuenta que la cuestión se ha planteado ante los Tribunales españoles. En segundo lugar, se considera acertada la decisión de la Audiencia Provincial de León de aplicar la ley española designada por el art.9.4 Cc, puesto que el citado precepto fija los puntos de conexión en el momento del establecimiento de la filiación. Ciertamente, atendiendo a los antecedentes del caso y a las pruebas practicadas, ha quedado debidamente acreditado, en particular, a través de la inscripción en el RCE, que cuando se estableció la filiación, efectivamente, la actora residía en nuestro país y además, era española.

24. No obstante, hay que hacer notar que la Audiencia no concreta cuál es el punto de conexión aplicado para determinar que la ley española es la que rige la filiación en este supuesto. Evidentemente, dado que en el momento de interposición de la demanda estaba ya en vigor la versión del art.9.4.1º Cc dada por la Ley 26/2015, la Sala debió precisar que acudía, en primer lugar, al punto de conexión principal del citado precepto y que, en consecuencia, aplicaba la ley española porque la recurrente residía en España en el momento del establecimiento de la filiación.

25. En aplicación de la ley española, el Tribunal entiende que “los hijos no se “dan”, puesto que la filiación en Derecho español sólo puede tener lugar por naturaleza y por adopción, conforme al art.108 Cc. Asimismo, la Sala recuerda que la filiación por naturaleza se produce desde el mismo momento del nacimiento (art. 112 Cc), y se acredita por la inscripción en el Registro Civil (art. 113 Cc). La respuesta dada por el Tribunal es correcta, puesto que no puede desconocerse que la ley designada por el art.9.4.1º Cc, en este caso la española, cubre extremos tales como los modos o títulos para acreditar la filiación, incluido el régimen jurídico de los medios de prueba de la generación²¹.

26. Teniendo en cuenta lo anterior, la Audiencia Provincial valora la prueba aportada por la actora, consistente en documentación mejicana sobre registros y notarías, y concluye que reflejan errores interesados por la demandante para alterar su verdadera filiación. Igualmente, la Sala observa que dicha documentación no puede producir efectos sobre la filiación determinada en el ámbito interno del Estado español y más aún, cuando comporta una contradicción en la filiación que únicamente es posible solventar impugnado previamente la filiación inscrita en el Registro Civil español y el reconocimiento de la que no aparece inscrita. Ante la solicitud de reconocimiento de adopción promovida ante los Tribunales mejicanos, insiste también el Tribunal en que “ni las resoluciones de los tribunales mejicanos vinculan a los tribunales españoles, ni las dictadas por estos vinculan a aquellos, salvo reconocimiento de la resolución judicial extranjera”. En efecto, el razonamiento de la Audiencia concuerda con lo previsto para el acceso al RCE de la filiación establecida en el extranjero y en el art.59 LCJIMC, el punto 1.c) de la D.A. Tercera de la LJV y el art.81 RRC, así como con lo dispuesto en los art.59 LCJIMC y 81-83 RRC para el reconocimiento en España de sentencia extranjeras en materia de filiación²². Ello, sin olvidar que para la impugnación de la filiación legalmente determinada la LEC establece un procedimiento específico en los arts.764 y ss.

27. Por todo lo expuesto, la Sala atiende a la inscripción en el RCE de la filiación de la apelante, como hija del hermano de la testadora y de su esposa, para finalmente resolver que la demandante, en realidad, es sobrina de la testadora. En consecuencia, concluye la Audiencia que la recurrente carece de la condición de heredera forzosa que se atribuye. Por consiguiente, no cabe decidir sobre los derechos

²¹ Ténganse en cuenta que el art.767.2 de la LEC contempla disposiciones sobre los medios de prueba aplicable a todos los litigios de los cuales conozcan los tribunales españoles, independientemente de la ley que gobierne la filiación en virtud del art.9.4 Cc. Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA, *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Rapid Centro Color S.L., Murcia, 2019, p.343.

²² Recuérdese que el reconocimiento de las adopciones internacionales se regula en los art.25-30 LAI y opera salvo que la adopción se constituya al amparo del Convenio de La Haya de 1993 en materia de adopción internacional o de que exista Convenio bilateral sobre esta materia.

sucesorios que le corresponderían, habida cuenta que carece de legitimación para solicitar la nulidad del testamento por preterición no intencional (art. 814, párrafo segundo y siguientes, del Código Civil) y para solicitar la reducción de la institución de heredero o los legados por preterición intencional.”

IV. Conclusiones finales

28. El presente trabajo ha puesto en evidencia algunos de los problemas prácticos que derivan de la filiación en supuestos internacionales, sobre todo, por lo que respecta a la aplicación de las normas de conflicto que designan la ley aplicable y de la eficacia de decisiones y documentos públicos extranjeros. De lo estudiado, cabe extraer las siguientes conclusiones:

29. Primera: Los tribunales españoles siguen encontrándose con problemas de aplicación de la norma de conflicto, como el denominado “cuestión previa”, que, aún hoy en día, no encuentran con carácter general una solución legal ni en nuestras normas de producción interna ni en el Derecho de la Unión Europea, cuyas normas suelen simplemente remitirse al Derecho Internacional privado de los Estados miembros. Por este motivo, la mayor parte de nuestros órganos jurisdiccionales resuelven este tipo de cuestiones acogiendo la tesis de la *Lex Formalis Fori*, tradicionalmente admitida en el Derecho español. Esta solución resulta respetuosa con el art.12.6 Cc, que predica la imperatividad de la norma de conflicto y en consecuencia, obliga a Los Tribunales y autoridades a aplicar de oficio las normas de conflicto del Derecho español. Del mismo modo, siguiendo a Carrascosa González, esta teoría garantiza la exclusividad del Derecho Internacional privado español y proporciona seguridad jurídica.²³

30. Segunda: Las soluciones que prevé el vigente art.9.4.1º Cc resultan, en general, razonables con el principio de *favor filii* y dan respuesta a algunos de los problemas más comunes que derivan de la aplicación de las normas de conflicto, principalmente, por los siguientes motivos:

- 1º) El art.9.4.1º Cc contempla puntos de conexión de orientación material, dispuestos en cascada, que en último término, conducen a la aplicación de la ley sustantiva española, con el fin de facilitar la determinación de la filiación cuando no concurren las circunstancias de los anteriores puntos de conexión o no sea posible determinar la filiación a través de la ley designada por ellos.
- 2º) El citado precepto fija en el tiempo los puntos de conexión mutables, como la residencia habitual y la nacionalidad, dando respuesta así a los inconvenientes que genera el conflicto móvil.
- 3º) La incorporación de la residencia habitual como primer punto de conexión en el párrafo 1º del art.9.4 Cc, relegando la nacionalidad a un segundo plano, se encuentra en sintonía con lo dispuesto en la actualidad en la normativa europea y convencional, y en particular, con el Convenio de La Haya de 1996, en materia de protección de menores, al que se remite el propio art.9.4 Cc. en su segundo párrafo para regular el contenido de la filiación y las relaciones paternofiliales. Ello, sin contar con que la conexión de la residencia habitual suele conducir a aplicar la ley del país donde el sujeto tenga su centro social de vida.

31. Tercera: De la ley designada por el art.9.4.1º Cc dependerá la determinación y carácter de la filiación natural y en consecuencia, el reconocimiento de la filiación, así como todo lo relativo al régimen de la prueba, sin perjuicio de las normas imperativas que resulten aplicables con arreglo a lo dispuesto en la ley del foro, cualquiera que sea la ley que rijan la filiación. Esta misma ley también habrá de tomarse en consideración en el momento de llevar a cabo el control de la ley aplicada cuando la filiación acreditada por un documento extranjero pretenda acceder al RCE (art.60 LCJIMC y el punto 1.c) de la D.A. Tercera de la LJIV).

²³ Vid. A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, Vol.I, 18ª Edición, Comares, Granada, 2018, p.227.

32. Cuarta. De la SAP de León de 6 de Noviembre de 2019 cabe especialmente destacar las consideraciones que se exponen a continuación:

- 1^a) Al aplicar la ley española a la cuestión de la determinación de la filiación de la demandante, conforme al art.9.4.1º Cc. el Tribunal hace una labor de concreción del momento del establecimiento de la filiación y en este sentido, concluye que la filiación se produce desde el nacimiento y queda legalmente determinada en el momento de la inscripción en el RCE, mediante la cual se acredita. Ello, lleva a la Sala a dejar sentado que la ley que rige en este caso la filiación es la española, pues en aquel tiempo la recurrente residía en España y además, tenía nacionalidad española.
- 2^a) El Tribunal, en aplicación de la ley española, razona que la filiación sólo puede tener lugar por naturaleza o por adopción (art.108 Cc), nunca por la simple atribución de la guarda de hecho a un familiar, como sucedió con la apelante, quien, en realidad, ha quedado probado por la inscripción del RCE que era sobrina de la causante.
- 3º) La Audiencia aplica también la ley española designada por el art.9.4 Cc, para verificar la validez de la filiación que consta en los documentos registrales y notariales extranjeros y así, obtiene la conclusión de que son erróneos, habida cuenta que no se ha demostrado que la modificación de la filiación traiga causa de una adopción y en tanto en cuanto se ha puesto de manifiesto que existe una contradicción con la inscripción registral española. La decisión es razonable, ya que el orden público internacional español se opone a la inscripción en el RCE del acta registral mejicana.
- 4ª) Tiene razón el Tribunal cuando afirma que no puede dar efectos ni se encuentra vinculado por los a los documentos públicos y resoluciones extranjeros, puesto que, como se ha indicado, existen cauces establecidos legalmente a tal fin en la LCJIMC, la LJV y el RRC. Ello, sin perjuicio, del procedimiento específico previsto en la LEC para impugnar la filiación legalmente determinada.

BONDORA: ANOTHER BRICK IN THE PROCEDURALIZATION OF THE CONSUMERS' SUBSTANTIVE RIGHTS

BONDORA: UN PASO MÁS EN LA PROCEDURALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SUSTANTIVOS DE LOS CONSUMIDORES

CARLOS SANTALÓ GORIS

*Research Fellow at the Max Planck Institute Luxembourg
Supported by the Luxembourg National Research Fund (FNR) – 10965388*

Recibido: 15.06.2020 / Aceptado: 13.07.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5667>

Abstract: Last December 2019, the Court of Justice of the European Union (“CJEU”) rendered the judgment *Bondora* (Joined Cases C-453/18 and C-494/18). In this case, the CJEU explored whether it is possible to carry out an ex officio review of the fairness of the contractual terms in the European Payment Order (“EPO”). Whereas the CJEU had already addressed similar preliminary references in the context of the domestic payment orders, for the first this issue is addressed in an European uniform proceeding. This case note aims at analysing the *Bondora* judgement as well as the impact the judgment had on the functioning and the structure of the EPO proceeding.

Keywords: European civil procedure, European Payment Order, CJEU judgement, consumers’ protection, unfairness of the contractual terms.

Resumen: El pasado diciembre, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) dictó la sentencia *Bondora* (Asuntos acumulados C-453/18 y C-494/18). En este asunto, el TJUE exploró la posibilidad de examinar de oficio la potencial abusividad de las cláusulas contractuales en el contexto del Procedimiento Monitorio Europeo (“PME”). Si bien el TJUE ya se había pronunciado en relación al examen de las cláusulas abusivas en relación a los procedimientos monitorios nacionales, por primera vez lo hace en relación a un procedimiento civil europeo. El presente artículo analiza el razonamiento seguido por el TJUE, así como las consecuencias mediatas e inmediatas de la sentencia en la estructura y el funcionamiento del PME.

Palabras clave: Derecho procesal europeo, procedimiento monitorio europeo, sentencia TJUE, protección de los consumidores, abusividad de las cláusulas contractuales.

Summary: I. Introduction. II. Facts of the case. III. Spanish ex ante scenario. 1. The implementation of the EPO Regulation in Spain. 2. The ex officio control of fairness of the contractual terms in the Spanish payment order. 3. An abnormal increase of applications for EPOs. IV. Analysis of the judgment. 1. Striking a balance between the claimants and defendants’ rights. A) A familiar question for the CJEU. B) Consumers’ protection as a prevailing interest. C) Altering the nature and structure the EPO Regulation in consumer claims. 2. A more fragmented EPO Regulation in a post-Bondora scenario?. A) Two approaches towards Bondora. B) Need for an integrated solution within the EPO Regulation V. Conclusions.

I. Introduction

1. On 17 December 2019, the CJEU rendered its judgement in *Bondora* (C-453/18 and C-494/18), on Regulation 1896/2006 establishing a European Payment Order (hereinafter, EPO).¹ The EPO Regulation was the first to introduce a European uniform procedure in civil and commercial matters,² and it has already been interpreted by the CJEU on several occasions.³ The *Bondora* decision deals with an issue the Court has already addressed for national payment orders: can domestic courts request additional documentation to assess, on their motion, the fairness of the contract terms backing the creditor's claim? The CJEU is familiar with such question: in prior judgments, it has already acknowledged domestic courts' powers to examine the fairness of contractual terms in domestic civil proceedings under the Directive 93/13/EC.⁴ Now for the very-first time, this question affects a European uniform civil proceeding.

2. This case note analyses *Bondora*, focusing on: (1) the specific material and normative pre-conditions which triggered the preliminary reference; (2) the CJEU's reasoning; (3) the immediate and potential long-term consequences of *Bondora* on the functioning of the EPO Regulation.

II. Facts of the case

3. The first question was referred by the Court of First Instance nº11 of Vigo (Spain). On 21 March 2018, Bondora A.S. ("Bondora"), a company registered in Estonia, filed an application for a EPO against Carlos V.C., domiciled in Spain, before that court.⁵ Since the debtor was a consumer, the court asked Bondora to provide the terms of the contract on which the EPO application was based, in order to conduct an *ex officio* examination of their fairness.⁶ Bondora replied that according to Article 7 EPO Regulation and the Spanish implementing legislation, creditors do not have to lodge any documentation with an application for an EPO.⁷ In light of it, the Spanish court decided to stay the proceedings and to refer the following questions to the CJEU:

- 1) *Is Article 7(1) of ... Directive [93/13], and the case-law interpreting that directive, to be construed as meaning that article of the directive precludes a national provision, like [point 2 of] the 23rd final provision of [the LEC], which provides that it is not necessary to submit documents with the application for a European order for payment and that, where documents are submitted, they will be ruled inadmissible?*

¹ Regulation (EC) No 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 creating a European order for payment procedure, OJ L 399, 30.12.2006, p. 1 ("EPO Regulation"). The EPO Regulation applies in all Member State except Denmark. In this text, the expressions "Member State" refers to those EU Member States where the EPO Regulation applies.

² The other two European "uniform" civil procedures are: Regulation (EC) No 861/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure OJ L 199, 31.7.2007, p. 1 ("ESCP Regulation"); and Regulation (EU) No 655/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 establishing a European Account Preservation Order procedure to facilitate cross-border debt recovery in civil and commercial matters, OJ L 189, 27.6.2014, p. 59 ("EAPOR Regulation").

³ Before *Bondora*, there were eight CJEU decisions (orders and judgements) on the EPO Regulation: CJEU, 13 December 2011, C-215/11, *Szyrocka*, ECLI:EU:C:2012:794; CJEU, 13 June 2013, *Goldbet Sportwetten*, C-144/12, ECLI:EU:C:2013:393; CJEU, 4 September 2014, joined cases C-119/13 and C-120/13, *eco cosmetics*, ECLI:EU:C:2014:2144; CJEU, 21 March 2013, C-324/12, *Novotech-Zala*, ECLI:EU:C:2013:205; CJEU, 9 September 2019, C-488/13, *Parva Investitionsbanka*, ECLI:EU:C:2014:2191; CJEU, 10 March 2016, C-94/14, *Flight Refund*, ECLI:EU:C:2016:148; CJEU, 22 October 2015, C-245/14, *Thomas Cook*, ECLI:EU:C:2015:715; CJEU, 6 September 2018, C-21/17, *Catlin Europe*, ECLI:EU:C:2018:675. An additional preliminary reference, CJEU, 7 May 2014, C-121/13, *Rechtsanwaltskanzlei CMS Hasche Sigle*, ECLI:EU:C:2014:478 was withdrawn.

⁴ Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, OJ L 95, 21.4.1993, p. 29 ("Directive 93/13/EEC").

⁵ CJEU, 19 December 2019, Joined Cases C-453/18 and C-494/18, *Bondora*, ECLI:EU:C:2019:1118, para. 20.

⁶ CJEU, 19 December 2019, Joined Cases C-453/18 and C-494/18, *Bondora*, ECLI:EU:C:2019:1118, para. 21.

⁷ CJEU, 19 December 2019, Joined Cases C-453/18 and C-494/18, *Bondora*, ECLI:EU:C:2019:1118, para. 22.

2) *Is Article 7(2)(e) of Regulation No 1896/2006 ... to be construed as meaning that that provision does not preclude a creditor institution from being required to submit documents substantiating its claim based on a consumer loan entered into between a seller or a supplier and a consumer, where the court considers it essential to examine the documents in order to determine whether there are unfair terms in the contract between the parties, thereby complying with the provisions of ... Directive [93/13] and the case-law interpreting that directive?'*

4. Bondora applied as well for an EPO before the Court of First Instance nº 20 of Barcelona against a different debtor, also a consumer. The contractual terms binding the parties was mentioned by Bondora in the list of evidences supporting the the EPO application, but Bondora refused to produce them, for reasons identical to those given to the Vigo court.⁸ The Barcelona referred to the CJEU a question similar to the one by the Court of First Instance nº11 of Vigo.

5. Since both preliminary references were materially identical, the CJEU decided to reply jointly.⁹

III. The Spanish *ex ante* scenario to *Bondora*

6. For a proper understanding of the *Bondora* decision, an explanation about how the EPO Regulation has been implemented in Spain is required. It will also help grasping the general difficulties that may arise from the interaction between a European uniform proceeding and the domestic civil procedural systems.

1. The Spanish implementation of the EPO Regulation

7. The EPO Regulation left relevant procedural elements in the hands of the national lawmaker¹⁰ Article 26 establishes that "all procedural issues not specifically dealt with in this Regulation shall be governed by national law". As a consequence, domestic legislators enjoy a considerable margin of appreciation when implementing these instruments.¹¹

8. In Spain, an act implementing the EPO Regulation and the ESCP Regulation was passed in 2011¹² introducing a new section into the Spanish Code of Civil Procedure.¹³ It did not completely reflect

⁸ CJEU, 19 December 2019, Joined Cases C-453/18 and C-494/18, *Bondora*, ECLI:EU:C:2019:1118, para. 28.

⁹ On 17 June 2019, a third Spanish court (Court of first instance nº 2 of Nules) made a preliminary reference asking a similar question to those made in *Bondora*. While the preliminary was still pending, the CJEU rendered the *Bondora* judgment. Therefore, the Spanish court decided to withdraw the preliminary reference. On 13 February 2020, the preliminary reference was removed from the register of the CJEU. See: CJEU, 13 February 2020, C-524/19, *Investcapital Ltd*, ECLI:EU:C:2020:115.

¹⁰ This reliance on domestic procedural law is not exclusive to the EPO Regulation. The other two European uniform civil procedures, the ESCP and the European Account Preservation Order also contain numerous references to domestic civil procedural law. Scholars talk about "hybrid proceedings". In this sense: E. A. ONTANU, "Incorporating European Uniform Procedures into National Procedural Systems and Practice: Best Practices a Solution for Harmonious Application" in B. HESS AND X. E. KRAMER (eds), *From common rules to best practices in European Civil Procedure*, Nomos, 2017, p. 461.

¹¹ Although these kinds of European regulations on civil procedural matters are directly applicable, some authors talk about an implicit obligation to pass domestic legislation to implement them at the domestic level. In this sense, M. Requejo Isidro refers to them as "joint-venture" regulations (M. REQUEJO ISIDRO, "La ejecución sin exequátur. Reflexiones sobre el Reglamento Bruselas I bis, Capítulo III", REDI, vol 62, nº 2, 2015, p. 69); F. Gascón Inchausti uses the expression "directive-regulations" (F. GASCÓN INCHAUSTI, *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: Entre autonomía y armonización*, Marcial Pons, 2018, 43, p. 45).

¹² Act 4/2011, of 24 March, amending the Act 1/2000, of 7 January, of the Civil Procedural Code, in order to facilitate the application in Spanish of the European Payment Order and the European Small Claims Procedure, BOE num. 72, of 25 March 2011.

¹³ Final Disposition 23 Spanish Civil Procedural Code: "The application for a European order for payment shall be made using standard form A in Annex I to Regulation No 1896/2006, without it being mandatory to bring any documents which, where applicable, will be inadmissible".

the text of the EPO Regulation, though. Following the EPO Regulation, creditors are only required to submit a pre-established standard application form when applying for an EPO.¹⁴ However, the Regulation is silent concerning the *possibility* of submitting additional documentation to the standard form application. The Spanish legislator expressly prohibited such possibility.¹⁵ It may be argued that this prohibition is a consequence of the non-documentary nature of the EPO;¹⁶ however, it does not correspond to the strict and literal reading of its text. In any event, this particular Spanish provision was the one on which by Bondora A.S. grounded the refusal to submit the documents required by the Spanish courts.¹⁷

2. The *ex officio* review of fairness of the contractual terms in the Spanish payment order

9. One of the differences between the Spanish domestic payment order and the EPO concerns the *ex officio* review of the fairness of the contract terms agreed by the parties to the procedure.

10. In the past, whether Directive 93/13/EC imposed on domestic courts an obligation to conduct an *ex officio* review of the contractual terms upon an application for a domestic payment order received different interpretations in Spain.¹⁸ Eventually, a request for a preliminary ruling was referred to the CJEU.¹⁹ In *Banco Español de Crédito*, the CJEU determined that “the court before which an application for order for payment has been brought to assess of its own motion, in *limine litis* or at any other stage during the proceedings, even though it already has all the legal and factual elements necessary for that task available to it, whether terms contained in a contract concluded between a seller or supplier and a consumer are unfair where that consumer has not lodged an objection, is liable to undermine the effectiveness of the protection intended by Directive 93/13”.²⁰

11. Three years after *Banco Español de Crédito*, the Spanish legislator amended the Spanish payment order codifying that judgment to a certain extent.²¹ In stricter terms than in *Banco Español de Crédito*,²² this legislative reform established a compulsory *ex officio* review of the contractual terms upon an application for a payment order in consumer related claims.²³ The controversy regarding the Spanish payment order came to an end. Nevertheless, the question was still unresolved for the EPO Regulation. This disparity between both proceedings was a source of uncertainty for Spanish courts, and eventually triggered the *Bondora* preliminary references. Conversely, from the creditors' side, many of them found in the EPO Regulation an opportunity to avoid the strict review of the fairness of the contractual terms existing in the Spanish domestic payment order.

¹⁴ Article 7 EPO Regulation.

¹⁵ Final Disposition 23(2) Spanish Civil Procedural Code.

¹⁶ L. GÓMEZ AMIGO, “El proceso monitorio europeo”, in C. SENÉS MOTILLA and J. VEGAS TORRES, (eds), *Derecho procesal civil europeo*, Pamplona, Thomson Reuters-Aranzadi, 2011, p. 189.

¹⁷ CJEU, 19 December 2019, Joined Cases C-453/18 and C-494/18, *Bondora*, ECLI:EU:C:2019:1118, para. 22.

¹⁸ Spanish courts appeared divided in this particular matter. Some of them considered that Directive 93/13/EC, as interpreted by the CJEU, imposed on domestic courts the obligation to conduct an *ex officio* review upon an application for a domestic payment order. See in this sense: Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19ª), Auto de 4 marzo 2013, JUR\2013\128991; Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3ª), Auto núm. 221/2008 de 25 septiembre, JUR\2009\135286. On the opposite view see Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª), Auto núm. 128/2005 de 22 julio, JUR\2006\222521; Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 3ª), Auto núm. 221/2006 de 29 marzo, JUR\2006\153082).

¹⁹ CJEU, 14 June 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito*, ECLI:EU:C:2012:349. The preliminary reference made by the Spanish court included a question concerning the EPO Regulation. Nonetheless, the CJEU refused to answer because “the interpretation of Regulation No 1896/2006 is irrelevant with regard to the decision which the referring court is called upon to give in the dispute before it” (para. 79).

²⁰ CJEU, 14 June 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito*, ECLI:EU:C:2012:349, para. 53.

²¹ Act 42/2015, of 5 October, amending the Act 1/2000, of 7 of January, of Civil Procedural Code, BOE núm. 239, of 6 October 2015.

²² R. PAZOS CASTRO, *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 688.

²³ Art. 815(4) Spanish Civil Procedural Code.

3. An abnormal increase in applications for EPOs

12. In 2018 -the year of the *Bondora* preliminary references-, the number of EPOs granted by Spanish courts increased 798.3% compared to the previous year.²⁴

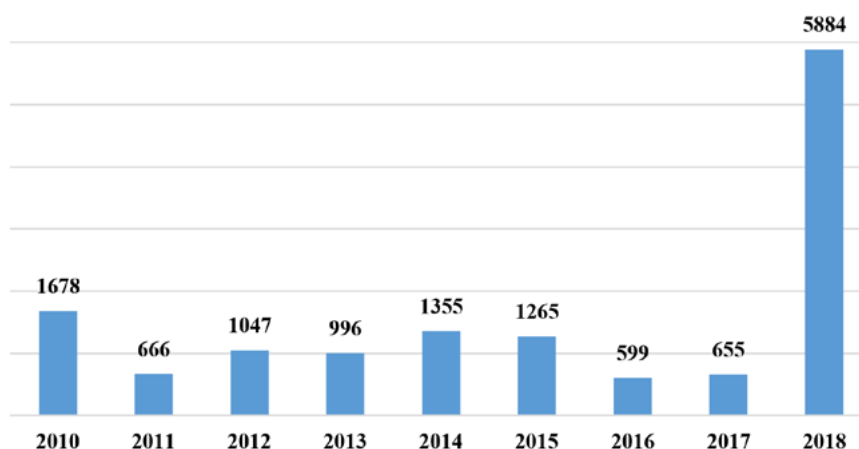


Figure 1. Number of EPOs granted by Spanish courts between 2010 and 2018.

13. Courts across all Spanish regions witnessed an increase in the number of applications for EPOs.²⁵ Before the First Instance court of Vigo - one the courts referring to the CJEU in *Bondora*- the number of EPO applications grew from 38 in 2017 to 223 in 2018.²⁶

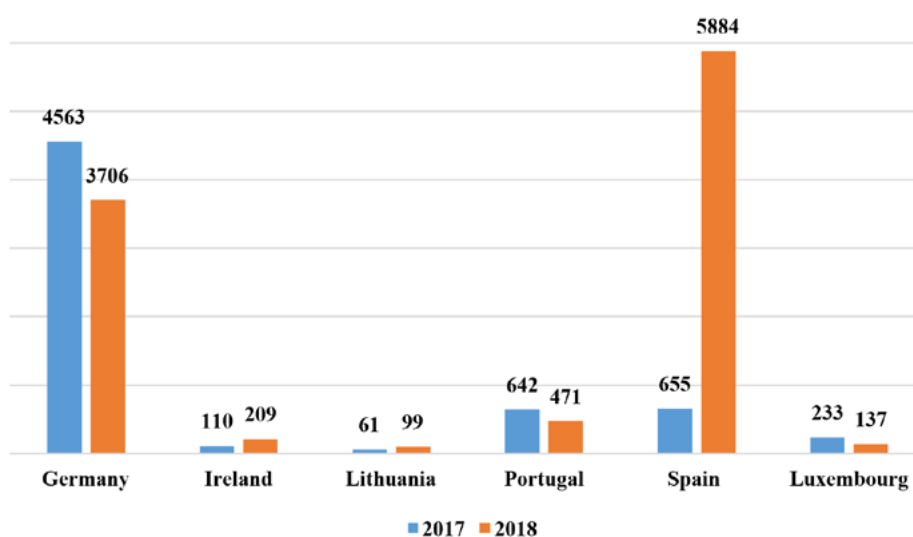


Figure 2. Number of EPOs granted by Irish, Lithuanian, Luxembourgish, Portuguese and Spanish courts and the number of EPOs applications in Germany in 2017 and 2018.

²⁴ Consejo General del Poder Judicial, *Panorámica de la Justicia en el 2018*, p. 16, available at: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Panoramica-de-la-Justicia/> (accessed on 9 June 2020).

²⁵ Although there was a general increase, this increase varied from one region to another: Andalucía (931.7%); Aragón (1076.9%); Asturias (1,900.0%); Balearic Islands (310.5%); Basque Country (855.0%); Canary Islands (2605.0%); Cantabria (1,100.0%); Castile and Leon (1323.1%); Castilla-La Mancha (1,150.0%); Catalonia (938.3%); Extremadura (700.0%); Galicia (1,150.0%); Madrid (593.6%); Murcia (855.0%); Navarra (1,575.0%); La Rioja (275.0%).

²⁶ E. V. PITA, "Europa avala a un juez de Vigo contra fondos buitres que reclaman desde paraísos fiscales", *La Voz de Galicia* (12/19/2019). Available at: https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/vigo/vigo/2019/12/19/europa-avala-juez-vigo-contra-fondos-buitres-reclaman-para-isos-fiscales/0003_201912V19C1995.htm (accessed on 9 June 2020).

14. This phenomenon seems to be limited to Spain. In other Member States where the EPO Regulation applies, the number of EPOs even decreased (Germany, Lithuania, Luxembourg);²⁷ or did not increase as dramatically as in Spain (Ireland, Lithuania).²⁸

15. The impressive increase in EPOs in Spain is explained by the more lenient regime the EPO Regulation offers in comparison to the Spanish payment order, in case where the debtor is a consumer. Creditors seeking to circumvent the compulsory *ex officio* review of the fairness of contract terms under the Spanish payment order opted for the alternative proceeding: the EPO regulation. The statistics evidence the material impact of the divergences between the EPO and the domestic payment order in this regard.

16. Although the EPO Regulation is only applicable in cross-border claims, in many of the above-seen EPO applications the debt had a purely national origin.²⁹ The cross-border condition is met if either the creditor or the debtor have their habitual residence or domicile in a Member State other than the Member State of the court seized.³⁰ This was the case in *Bondora*: Bondora AS was a company registered in Estonia; both debtors were domiciled in Spain. In other occasions the parties' domiciles were initially in Spain. In order to satisfy the cross-border requirement, the creditor (often a bank) assigned the debt to new creditor (often vulture funds or companies specialized in debt-recovery) domiciled in other Member States, and therefore, apply for an EPO and benefit from the more lenient EPO regime for consumer protection.

IV. Analysis of the judgement

17. The two following sections analyse the *Bondora* judgment. The first focuses on the Court's reasoning and the immediate impact of *Bondora* on the functioning and structure of EPO proceedings. The second section explores the potentially far-reaching consequences of *Bondora*, given that the judgment might be interpreted differently from one Member State to another.

1. Striking a balance between the rights of claimants and defendants

18. The scheme of reasoning in the *Bondora* judgment is similar to the one the CJEU followed in previous judgments concerning the EPO Regulation, where it tried to strike a balance between the rights of defendants and claimants.³¹ On the creditors' side, the CJEU aimed at ensuring that the EPO

²⁷ All the statistical information in these Member States is publicly available. See, for Germany: <https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/JustizRechtspflege/_inhalt.html;jsessionid=EB8B9F54C80C398E5046CBB3B0928274.internet742> (accessed on 9 June 2020). For Luxembourg, see: <<https://justice.public.lu/fr/publications.html>> (accessed on 9 June 2020). For Portugal, see: <<https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Indicadores-de-desempenho-dos-tribunais-judiciais-de-1-instancia.aspx>> (accessed on 9 June 2020).

²⁸ For Ireland, see: <<http://www.courts.ie/Courts.ie/Library3.nsf/pagecurrent/D171C224DF0083D180257FB10043BD33?opendocument&l=en>> (accessed on 9 June 2020); and for Lithuania, see: <<https://www.teismai.lt/lt/visuomenei-ir-ziniasklaidai/statistika/106>> (accessed on 9 June 2020).

²⁹ In the Commission Proposal for the EPO Regulation, there was no mention of the cross-border element. The Commission intended to apply the EPO Regulation to purely internal cases as well, but Member States objected during the review of the Commission Proposal by the European legislator. In this sense: X. E. KRAMER, "Enhancing Enforcement in the European Union. The European Order for Payment Procedure and Its Implementation in the Member States, Particularly in Germany, the Netherlands, and England", in C. H. VAN RHEE AND ALAN UZELAC (eds), *Enforcement and enforceability: Tradition and reform*, Antwerp, Intersentia, 2010, p. 22.

³⁰ Article 3 EPO Regulation.

³¹ This attempt at an equilibrium can be also observed in prior judgements: CJEU, 4 September 2014, Joined cases C-119/13 and C-120/13, *eco cosmetics and Raiffeisenbank St. Georgen*, ECLI:EU:C:2014:2144 (para. 37: "the balance between the objectives pursued by Regulation No 1896/2006 of speed and efficiency, on one hand, and respect of the rights of defence, on the other hand, would be undermined"); CJEU, 22 October 2015, C-245/14, *Thomas Cook Belgium*, ECLI:EU:C:2015:715 (para. 41: "Since the purpose of the procedure established by Regulation No 1896/2006 is to reconcile the swiftness and efficiency of

is an efficient procedure capable of “simplifying, speeding up and reducing the costs of the litigation in cross-border cases”.³² This pursuit of efficiency is implicit in the payment order model chosen by European legislator for the EPO Regulation: a non-documentary type in which creditors merely have to indicate and describe the evidence supporting the claim. Furthermore, in the *Syroka* judgment, the CJEU stated that the EPO Regulation “governs exhaustively the conditions to be met by the application for a European order for payment”.³³

19. Nonetheless, efficiency cannot be to the detriment of the defendant within the EPO proceeding. Debtors and creditors must be on an equal footing. Ensuring this balance is even more necessary in claims when one of the parties is a consumer, as in *Bondora*. Consumers have a special protection under EU law: one that requires the pro-active intervention of the courts in order to safeguard consumers' substantive rights acknowledged under EU law.³⁴

A) A familiar question for the CJEU

20. Before *Bondora*, the CJEU had already dealt with preliminary references on the national courts' obligation, under Directive 93/13/EC, to carry out an *ex officio* fairness review of the contract claims in domestic payment orders applications.³⁵ The CJEU had already acknowledged that domestic courts are compelled to carry out an *ex officio* review of the fairness of the contractual in the context of a domestic payment order, as long as the court had access to the legal and factual elements necessary for examining on its own motion whether a contractual term is unfair.³⁶ The defendant has the possibility to contest the payment order; however, in consumer cases the statement of opposition is considered an insufficient remedy. According to the CJEU, there would be “significant risk that the consumer concerned will not lodge the objection required, either because of the particularly short period provided for that purpose, or because they might be dissuaded from defending themselves in view of the costs which legal proceedings would entail in relation to the amount of the disputed debt, or because the national legislation does not lay down the obligation that all the information must be communicated to them which is necessary to enable them to determine the extent of their rights”.³⁷ For that reason, domestic courts shall review the fairness of the contract terms on their own motion.

court proceedings, whilst observing the rights of the defence”); CJEU, 9 April 2014, Opinion AG Bot in Joined cases C-119/13 to C-121/13, *eco cosmetics and Raiffeisenbank St. Georgen*, ECLI:EU:C:2014:248 (para. 41: “is of prime importance in maintaining a balance between the different objectives pursued by that regulation”); CJEU, 29 May 2018, Opinion AG Wathelet in C-21/17, *Catlin Europe*, ECLI:EU:C:2018:341 (para. 44: “the purpose of Regulations No 1896/2006 and No 1393/2007 is to ensure a fair balance between the applicant's interests and those of the defendant, by reconciling the aims of efficient and rapid transmission of procedural documents with the need to ensure appropriate protection for the rights of defence of the addressee of those documents”). The balance between these opposing interests is not exclusive to the EPO Regulation. The CJEU followed a similar reasoning concerning the EAPD Regulation (CJEU, 7 November 2019, C-555/18, *K.H.K. (Saisie conservatoire des comptes bancaires)*, ECLI:EU:C:2019:937).

³² CJEU, 19 December 2019, Joined Cases C-453/18 and C-494/18, *Bondora*, ECLI:EU:C:2019:1118, para. 36; CJEU, 13 December 2012, C-215/11, *Szyrocka*, ECLI:EU:C:2012:794, para. 30.

³³ CJEU, 13 December 2012, C-215/11, *Szyrocka*, ECLI:EU:C:2012:794, para. 32.

³⁴ Through the principle of effectiveness, the CJEU has ‘proceduralized’ consumer substantive rights acknowledged in articles 6 and 7 of Directive 93/13/EC. Based on those provisions, the CJEU has ruled on several occasions that certain domestic civil proceedings do not provide an effective protection for consumers. For a broader overview on this phenomenon, see: M. TULIBACKA, “Proceduralization of EU Consumer Law and Its Impact on European Consumers”, *Review of European Administrative Law*, 2015, p. 51.

³⁵ See: CJEU, 14 June 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito*, ECLI:EU:C:2012:349; CJEU, 18 February 2016, C-49/14, *Finanmadrid*, ECLI:EU:C:2016:98; CJEU, 13 September 2018, C-176/17, *Profi Credit Polska*, ECLI:EU:C:2018:711; CJEU, 20 September 2018, C-448/17, *EOS KSI Slovensko*, ECLI:EU:C:2018:745; CJEU, 28 November 2018, C-632/17, *PKO Bank Polski*, ECLI:EU:C:2018:963; CJEU, 7 November 2019, Joined Cases C-419/18 and C-483/18, *Profi Credit Polska*, ECLI:EU:C:2019:930.

³⁶ CJEU, 13 September 2018, C-176/17, *Profi Credit Polska*, ECLI:EU:C:2018:711, para. 47; CJEU, 28 November 2018, C-632/17, *PKO Bank Polski*, ECLI:EU:C:2018:963, para. 38.

³⁷ CJEU, 20 September 2018, C-448/17, *EOS KSI Slovensko*, ECLI:EU:C:2018:745, para. 46.

21. A problem arises with non-documentary payment orders because domestic courts have at their disposal very limited information concerning the claim. The claimant is allowed to provide almost no-information concerning the substance of the claim and the court makes only a very formalistic review of the application.³⁸ Therefore, courts usually lack the legal and factual elements necessary for examining on their own motion whether contractual terms are unfair. Nonetheless, in another recent judgment concerning a Polish payment order, the CJEU, referring to a domestic court, found that “Articles 6(1) and 7(1) of Directive 93/13 require that that court be able to demand the production of the documents on which that application is based”.³⁹ This possibility would not collude with the principle “that the subject matter of an action is to be defined by the parties”.⁴⁰

22. Therefore, according to the CJEU's interpretation of EU consumer's rights under the Directive 93/13, domestic courts are empowered to review the fairness of the contractual terms in the context of the domestic payment orders.

B) Consumer protection as a prevailing interest

23. The CJEU has analysed the EPO Regulation having in mind its previous judgments on the fairness of contract terms in the context of domestic payment orders. It has concluded that, while the EPO seeks to achieve inexpensive and fast proceedings, such objective cannot come at the expense of consumer protection.⁴¹ Consumers are always at a disadvantage whenever their counterparty is a seller or a supplier.⁴² Even if a debtor-consumer has the possibility to lodge a statement of opposition against an EPO, this would be insufficient to ensure effective protection of the consumer's rights under Directive 93/13/EC.⁴³ The only possible manner to achieve an effective protection is by enabling domestic courts to request claimants to produce the terms of the contract in order to review their fairness.⁴⁴

24. Interestingly, the CJEU has integrated the possibility of requesting additional documentation within the text of the EPO Regulation. Article 9 of the EPO Regulation permits courts to request the claimant “to complete or rectify” an EPO application if “the prerequisites of Article 7 are not met and the application is not clearly unfounded”.⁴⁵ In the Court's view, this provision can also be used to request “the production of a copy thereof, in order to be able to examine the possible unfairness of such terms”. Through an extensive interpretation of Article 9(1), the Court has thus been able to integrate this solution within the text of the EPO Regulation.

25. Simultaneously, the CJEU has acknowledged that creditors may submit additional documentation with an EPO application on their own motion. This possibility is foreseen as well in the standard application form annexed to the EPO Regulation.⁴⁶ Section 11 of the standard application form allows claimants to write down “additional statements and further information” apart from the compulsory information of Article 7(2). The CJEU has determined that this additional information could include the contractual terms or a reproduction of the contractual terms.

³⁸ CJEU, 31 October 2019, Opinion AG Sharpston in Joined Cases C-453/18 and C-494/18, *Bondora*, ECLI:EU:C:2019:921, footnote 24.

³⁹ CJEU, 7 November 2019, Joined Cases C-419/18 and C-483/18, *Profi Credit Polska*, ECLI:EU:C:2019:930, para. 67.

⁴⁰ CJEU, 7 November 2019, Joined Cases C-419/18 and C-483/18, *Profi Credit Polska*, ECLI:EU:C:2019:930, para. 68.

⁴¹ CJEU, 19 December 2019, Joined Cases C-453/18 and C-494/18, *Bondora*, ECLI:EU:C:2019:1118, para. 42.

⁴² CJEU, 19 December 2019, Joined Cases C-453/18 and C-494/18, *Bondora*, ECLI:EU:C:2019:1118, para. 43.

⁴³ CJEU, 19 December 2019, Joined Cases C-453/18 and C-494/18, *Bondora*, ECLI:EU:C:2019:1118, para. 45.

⁴⁴ CJEU, 19 December 2019, Joined Cases C-453/18 and C-494/18, *Bondora*, ECLI:EU:C:2019:1118, para. 51.

⁴⁵ Article 9(1) EPO Regulation.

⁴⁶ Annex I, Section 11 EPO Regulation.

C) Altering the nature and structure of the EPO Regulation in consumer claims

26. Taking into consideration the previous CJEU judgments, it is difficult to envisage a different outcome from the one that the CJEU reached.⁴⁷ The CJEU has held tight to its previous rulings concerning the power of examination of contractual clauses in consumer claims. We do not disagree with the reasoning of the CJEU. However, the *Bondora* judgment may be criticized in that it might jeopardise the principles and structure underpinning the EPO Regulation.⁴⁸

27. The possibility for claimants to submit additional documentation, or for the deciding authority to request additional documentation, *de facto* transforms the EPO into a documentary-type payment order. The EPO was conceived of as a hybrid-type payment order.⁴⁹ Creditors are not supposed to provide documentation supporting an EPO application. According to the text of the EPO Regulation, creditors only have to describe “the circumstances invoked as the basis of the claim” as well as “the evidence supporting the claim”.⁵⁰

28. Secondly, after *Bondora* the examination of the application of the standard form will no longer be a *prima facie* one. The documentation that the claimants might be requested to provide could lead to a thorough review of the contract on which the claim might be based. This might also affect the type of authorities which might review the application. Whereas the EPO Regulation states that the examination of the application does not need to be carried out by a judge”,⁵¹ this would not be longer possible if there is a review of the fairness of the contractual terms.⁵²

29. Furthermore, if upon the review of the contractual terms, the court finds one or more of the terms to be unfair, a mandatory hearing of both parties will follow. In *Banif Plus Bank*, the CJEU considered that “where the national court, after establishing, on the basis of the matters of fact and law at its disposal, or which were communicated to it following the measures of inquiry which it undertook of its own motion, that a term comes within the scope of the Directive, finds, following an assessment made of its own motion, that that term is unfair, it is, as a general rule, required to inform the parties to the dispute of that fact and to invite each of them to set out their views on that matter, with the opportunity to challenge the views of the other party, in accordance with the formal requirements laid down in that regard by the national rules of procedure”.⁵³ The hearing of both parties would take place before the EPO is granted. Consequently, the principle of *inversion du contentieux* on which the EPO proceeding is based will be partially undermined, since the debtor will be aware of the EPO before it is rendered by the court.

30. It follows that on the occasions where an EPO application involves a consumer and the court seized conducts an *ex officio* examination of the fairness of the contract terms, the EPO procedure will experience relevant changes on its original structure and governing principles. These modifications may

⁴⁷ Nonetheless, before the *Bondora* ruling was rendered, Prof. Gómez Amigo considered that the EPO Regulation itself provides sufficient safeguards to make the introduction of an *ex officio* review of the contractual terms unnecessary. In his view, the debtor has enough information and time to oppose the EPO. Furthermore, the EPO Regulation does not require the creditor to state any particular reason in the statement of opposition. The jurisdictional protection that consumers enjoy within the EPO Regulation, which establishes that the application has to be filed with the courts of the consumer's domicile, should also be taken into consideration. In this sense: L. GÓMEZ AMIGO (n 16), pp. 13 – 14.

⁴⁸ In this sense also: F. ESTEBAN DE LA ROSA, “La sentencia Bondora o la prueba del algodón del proceso monitorio europeo: novedades en el control de oficio de las cláusulas abusivas y reformas en ciernes”, LA LEY Unión Europea, 2020, p.11; F. RIELÄNDER, “Amtswegige Klauselkontrolle im Europäischen Mahnverfahren: Zugleich Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 19.12.2019 – C-453/18, C-494/18, Bondora”, Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union 2020, p. 61.

⁴⁹ CJEU, 31 October 2019, Opinion AG Sharpston in Joined Cases C-453/18 and C-494/18, *Bondora*, ECLI:EU:C:2019:921, para. 90.

⁵⁰ Article 7(2) EPO Regulation.

⁵¹ Recital 16 EPO Regulation.

⁵² RIELÄNDER (n 48), p. 61.

⁵³ CJEU, 21 February 2013, C-472/11, *Banif Plus Bank*, ECLI:EU:C:2013:88, para. 31.

put at a risk the efficiency of the payment order.⁵⁴ At this point, it is worth recalling the words of Advocate General Trstenjakin in the opinion delivered in *Banco Español de Crédito*: “the imposition of a duty to undertake a thorough investigation in the context of the order for payment procedure and to give a ruling in *limine litis* on whether a term concerning interest on late payments in a consumer credit agreement would result in a fundamental modification of the operation of that procedure, which would eliminate an important efficiency benefit of the order for payment procedure, namely the quick enforcement of uncontested pecuniary claims”.⁵⁵

2. A more fragmented EPO Regulation in a post-*Bondora* scenario?

31. When the CJEU ruled that domestic courts are allowed to request additional information about the terms of the agreement between the parties, it was merely acknowledging that domestic courts have a discretionary power to investigate. How will domestic courts employ it? Will courts request claimants to provide additional documentation on every occasion the debtor is a consumer? Alternatively, will courts decide on a case by case basis whether or not they will request additional documentation? If so, which facts or circumstances will the courts take into consideration in requesting the additional documentation?

32. The answer to these questions is likely to be different depending on the domestic procedural system considered. It has already been explained that the EPO relies largely on the domestic procedural systems of the Member States.⁵⁶ In addition, domestic courts tend to understand the EPO in the light of the equivalent domestic payment orders,⁵⁷ even concerning aspects that should be applied uniformly.⁵⁸ For instance, in Spain domestic courts have refused to grant an EPO because the claimants had not provided documentation that would have been required for a domestic payment order.⁵⁹ The preliminary references in *Bondora* originate as well in the Spanish courts' attempt to conduct a review of the fairness of the contract terms: a review they would have made for a Spanish payment order. Therefore, it seems very likely that the power to request additional documentation will have different readings depending on the domestic procedural system at stake.

A) Two approaches towards *Bondora*

33. The following two hypothetical scenarios are examples of how the *Bondora* judgment might have different “national” expressions.

34. The first scenario happens in Spain. As has already been explained,⁶⁰ in the Spanish payment order, courts always conduct a systematic review of the fairness of the contractual terms in consumer

⁵⁴ Something that has been also adverted to with regards to the impact of the CJEU rules on the Spanish payment order. See in this sense: J. PICÓ I JUNOY, “Requiem por el proceso monitorio”, *Justicia*, 2015, p. 525.

⁵⁵ CJEU, 14 February 2012, Opinion AG Trstenjak in C-618/10, *Banco Español de Crédito*, ECLI:EU:C:2012:74, para. 56.

⁵⁶ *Supra*, p. 1195.

⁵⁷ In an extensive empirical study on the application of EPO and ESCP proceedings in France, England and Wales; Italy; and Romania carried out by Elena A Onțanu, this phenomenon was found in the four jurisdictions examined. See: E. A. ONȚANU, *Cross-border debt recovery in the EU: A comparative and empirical study on the use of the European uniform procedures*, Intersentia, 2017, p. 373.

⁵⁸ One good example is case *Szyrocka*, (CJEU, 13 December 2012, C-215/11, *Szyrocka*, ECLI:EU:C:2012:794), where a Polish court attempted to apply domestic national prerequisites to an application for an EPO. The CJEU ruled that introducing an additional national prerequisite would collude with the uniform application of the EPO Regulation at European level. On that basis, the CJEU concluded that the prerequisites established on Article 7 are exhaustive.

⁵⁹ See: Auto Audiencia Provincial de Barcelona (Sec. 11.a) de 21 de noviembre 2012 (Auto núm. 212/2012, ECLI:ES:AP-B:2012:7729A; Auto Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17ª) de 28 de septiembre (Auto núm. 171/2012) ECLI:ES:AP-B:2012:8088A.

⁶⁰ *Supra*, p. 1196.

claims.⁶¹ Judicial clerks are in charge of handling the applications for domestic payment orders. If the judicial clerk finds out that the debtor is a consumer, the application for the domestic payment order is referred automatically to the judge, who will examine the fairness of the contractual terms.⁶² Bearing in mind the manner in which domestic courts proceed with the Spanish payment order in consumer claims, it seems likely that they will proceed in a similar manner concerning EPO applications in consumer claims - as it happened in *Bondora*. *Bondora* has also given support for Spanish courts to proceed in this way.

35. The situation might be very different in Germany, where the approach towards the domestic payment orders is radically different from the Spanish one. The German payment order is a non-documentary payment order which is often rendered through a computer-based system without direct human involvement.⁶³ Creditors simply fill out a standard online form, which is submitted and read by a computer. This automatic processing has remained unaffected by the CJEU judgments concerning consumer protection with regards to domestic payment orders.⁶⁴

36. The German legislator seems to have followed this approach regarding the implementation of the EPO Regulation.⁶⁵ Article 1088 German Civil Procedural establishes that "the petition for issuance of the European payment order and the statement of opposition may be transmitted in a form that is only machine-readable if the court deems this format to be suited for its automatic processing systems".⁶⁶ In the district court of Berlin Wedding, the sole court in charge of all EPO applications in Germany,⁶⁷ EPO applications are pro forma verified by a judicial clerk, who simply checks that the standard form has been properly completed.⁶⁸ Therefore, considering that *Bondora* merely acknowledges the power of review but does not establish an obligation to conduct any examination, it seems unlikely that the Berlin Wedding court will handle EPO applications any differently in a post-*Bondora* scenario.

B) Need for an integrated solution within the EPO Regulation

37. The two examples above illustrate how *Bondora* may lead to an even more fragmented application of the EPO Regulation across Europe. However, *Bondora* would not be the first case in which a CJEU judgment has led to different solutions in the application of the EPO Regulation. In Joined Cases C-119/13 and C-120/13, *eco cosmetics and Raiffeisenbank St. Georgen*,⁶⁹ the CJEU was requested to determine whether the EPO mechanism of review (Article 20) would apply to EPOs not properly served on the debtors, but which had already become enforceable because the debtor had not lodged a statement of opposition within the thirty days prescribed by the EPO Regulation. The CJEU ruled that the review mechanism did not apply in such cases since it can only be used in exceptional circumstances.⁷⁰ Instead, the CJEU found that such procedural issue was governed by national law.⁷¹ The ruling left the door ajar

⁶¹ Art. 815(4) Spanish Civil Procedural Code.

⁶² Art. 815(4) Spanish Civil Procedural Code.

⁶³ B. SUJECKI, "The German electronic payment procedure", Digital, Evidence and Electronic Signature Law Review, 2007, p. 53.

⁶⁴ RIELÄNDER (n 48), p. 62.

⁶⁵ At the same time, the EPO Regulation is largely inspired by the German payment order. In this sense: X. E. KRAMER, *Procedure matters: Construction and deconstructivism in European civil procedure*, Eleven international Publishing 2013, p. 26.

⁶⁶ This possibility is envisaged in Article 8 of the EPO Regulation ("This examination may take the form of an automated procedure").

⁶⁷ Art. 1087 German Civil Procedural Code.

⁶⁸ Email from the *Rechflegerin* of the Berlin Wedding Court (12 June 2020).

⁶⁹ CJEU, 4 September 2014, Joined Cases C-119/13 and C-120/13, *eco cosmetics and Raiffeisenbank St. Georgen*, ECLI:EU:C:2014:2144.

⁷⁰ CJEU, 4 September 2014, Joined Cases C-119/13 and C-120/13, *eco cosmetics and Raiffeisenbank St. Georgen*, ECLI:EU:C:2014:2144, para. 40.

⁷¹ CJEU, 4 September 2014, Joined Cases C-119/13 and C-120/13, *eco cosmetics and Raiffeisenbank St. Georgen*, ECLI:EU:C:2014:2144, para. 47.

to different solutions at the domestic level.⁷² For instance, in Germany, the civil procedural code was amended introducing an *ad hoc* solution for this kind of case,⁷³ whereas in Luxembourg, it has already been decided that the regular appeal applies.⁷⁴

38. We might wonder whether, eventually, it may be necessary to amend the EPO Regulation in order to accommodate those judgments. More precisely, concerning *Bondora*, a solution could be the introduction of a compulsory review of the contractual terms when an EPO is requested against a consumer. In consumer claims, creditors would be obliged to submit the contractual terms along with the standard form of the payment order on which the claim is based with the application for the EPO. While the EPO would be transformed into a documentary-type payment order in consumer claims, this would also ensure adequate respect for consumer rights according to the standards developed by the CJEU. It would equally ensure a more uniform application of the standard of consumer protection in all EU Member States bound by the EPO Regulation.

V. Conclusion

39. *Bondora* illustrates (once more) the difficulties experienced by the CJUE to make two different objectives work together within the European civil procedural system: achieving swift and efficient proceedings along with giving adequate protection to consumers. While not always incompatible, these two purposes seem to collide within the EPO Regulation. According to the CJEU, consumer protection eventually prevails over the efficiency of the EPO proceedings. Considering the capital importance of consumer protection within the European legal order, it would have been difficult to expect a different outcome in *Bondora*. The EPO has thus become another procedural track affected by the progressive intrusion of European consumer substantive rights into civil proceedings. But this strict protection of consumer rights disregards the original nature and the structure of the EPO proceeding, perhaps making it also less attractive for prospective claimants seeking to recover cross-border debts from consumers.

⁷² B. HESS AND K. RAFFELSIEPER, "Schuldnerschutz bei fehlender Zustellung eines EUMahnbescheids: Regelungslücken der EuMahnVO", IPRax, 2015, p. 403.

⁷³ Article 1092a German Civil Procedural Code. Before the amendment, the Berlin Wedding Court applied by analogy Article 735 of the German Civil Procedural Code. See: AG Berlin-Wedding, 22.10.2014 – 70b C 17/14, IPRax 2015, 420; 30.5.2016 – 70b C 4/11, BeckRS 2016, 10935.

⁷⁴ Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (14e ch.), 21 mars 2017, Jugement commercial, XIVe ch., n° 78/2017, n° 178460 du rôle).

EXEQUATUR DE SENTENCIA MARROQUI - DIVORCIO
Y ALIMENTOS: CITACIÓN LEGAL, FIRMEZA
Y EJECUCIÓN PROVISIONAL
(AUDIENCIA PROVINCIAL GIRONA – AUTO DE 08/10/2019)

MOROCCAN JUDGMENT EXEQUATUR ON DIVORCE
AND MAINTENANCE CLAIMS: SUBPOENA, DEFINITIVE
JUDGMENT AND PROVISIONAL EXECUTION
(GIRONA PROVINCIAL COURT - ORDER OF 08/10/2019)

MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA

*Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)*

ORCID ID: 0000-0002-4574-341X

Recibido: 11.03.2020 / Aceptado: 03.04.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5668>

Resumen: Este comentario tiene por objeto el examen del Auto de la Audiencia Provincial de Girona de 8 de octubre de 2019. La Audiencia contextualiza el régimen jurídico aplicable a la ejecución de una sentencia marroquí de divorcio con establecimiento de medidas de alimentos en el marco del Convenio hispano-marroquí de 1997. El análisis del cumplimiento y prueba de las condiciones para otorgar la autoridad de cosa juzgada en general y, en particular, la posibilidad de ejecución provisional de las medidas de alimentos en defecto de prueba de la firmeza constituye el núcleo de la controversia.

Palabras clave: reconocimiento y ejecución, divorcio y obligación de alimentos, Convenio hispano marroquí de 30/05/1997, requisitos para otorgar el exequatur, derechos de defensa y rebeldía, acreditación de la firmeza.

Abstract: This note is aimed at the Order of the Provincial Court of Girona of October 8, 2019. The Court adequately contextualizes the legal regime applicable to the recognition and enforcement of a Moroccan divorce and maintenance obligation and examines, in the light of the claims invoked, the conditions for its granting as well as the possibility of provisional execution even if it has not been proven that the sentence is final.

Keywords: recognition and enforcement, divorce and maintenance claims, Spanish-Moroccan Convention of 05/30/1997, requests for recognition and enforcement, the right to be heard and default of appearance, definitive judgment.

Sumario: I. Las pretensiones invocadas ante la Audiencia Provincial de Girona y su auto de 8 de octubre de 2019. II. Las condiciones para otorgar el exequatur de la sentencia marroquí (I): *las partes han sido legalmente citadas, representadas o declaradas rebeldes*. III. Las condiciones para otorgar el exequatur de la sentencia marroquí (II): *la resolución ha adquirido autoridad de cosa juzgada y ha llegado a ser ejecutiva conforme a las leyes del Estado en que haya sido dictada*. IV. Reflexión conclusiva.

I. Las pretensiones invocadas ante la Audiencia Provincial de Girona y su Auto de 8 de octubre de 2019¹

1. El auto de la Audiencia Provincial de Girona de 8 de octubre de 2019 (en adelante, AAP Girona) se dicta en el marco de un procedimiento de exequátur de dos resoluciones dictadas por un tribunal de primera instancia de Nador (Marruecos). La primera, de 26 de enero de 2016, “sobre fijación de pensión de alimentos” y la segunda, de 14 de febrero de 2018, “sobre divorcio y fijación de pensión de alimentos”.

2. Esta petición fue rechazada por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de los de Girona al no acreditarse: (1) respecto de la primera resolución, “que se hubiera realizado la citación del demandado condenado en rebeldía”; y (2) respecto de la segunda sentencia, “por ausencia de acreditación de la firmeza” (FFJJ 3 y 4).

3. En el examen del recurso de apelación la Audiencia plantea dos cuestiones íntimamente relacionadas, que despeja en los tres primeros fundamentos de derecho: (i) la determinación del marco jurídico normativo (régimen jurídico) aplicable (FJ2); (ii) las condiciones para el otorgamiento de la autoridad de cosa juzgada y su acreditación documental; (iii) con detenimiento examina dos de estas condiciones a saber: (a) la rebeldía del demandado (declarada en la primera sentencia) y, consecuentemente, si la parte “fue legalmente citada o declarada rebelde”; y (b) la acreditación de la firmeza (de la segunda sentencia) y si cabe y con qué alcance la ejecución provisional de las medidas relativas a la obligación de alimentos declaradas provisionalmente ejecutorias en la sentencia de origen (FFJJ 3 y 4).

4. Respecto de la primera cuestión, la recurrente se amparaba en la *Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil* (en adelante, LCJI). La Audiencia Provincial determina el alcance de dicha norma indicando correctamente su carácter subsidiario en presencia de norma convencional (art. 2 apartado a) LCJI). Dada la procedencia de la sentencia (Marruecos) y la materia objeto de esta (divorcio y medidas provisionales de alimentos), es aplicable el *Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y Marruecos de 30 de mayo de 1997* (en lo sucesivo, Convenio hispano-marroquí o Convenio de 1997²).

5. Respecto de la segunda cuestión, la controversia se suscita en orden a la (correcta) citación al demandado. Para la recurrente, la entrega de la citación a un primo del demandado residente en Marruecos bastaría para enervar la tacha de falta de notificación declarada por el juzgador de instancia. La firmeza de la segunda sentencia -como requisito para la ejecución- es igualmente una cuestión controvertida que la Audiencia Provincial aborda supliendo la deficiencia de argumentación de la recurrente. El punto de observación se fija en la posibilidad de ejecución provisional en España de las medidas sobre alimentos declaradas provisionalmente ejecutorias en la sentencia de origen cuando, como en el caso, no ha quedado probada la firmeza de la sentencia. Su posibilidad de ejecución provisional y su alcance son determinados en el auto objeto de este comentario. Como veremos, la Audiencia Provincial de Girona va a sostener una interpretación flexible respecto de la verificación de las condiciones previstas en el artículo 23 del Convenio de 1997, con apoyo en la LCJI en beneficio de la ejecución y la tutela internacional efectiva.

6. Siguiendo este planteamiento, abordaremos la respuesta del auto de la Audiencia Provincial ordenando el comentario en torno al examen de dos de las condiciones verificadas por el tribunal en su respuesta al recurso contra la denegación del exequatur: por una parte, la acreditación de la notificación (apartado II); y, por otra parte, la acreditación de la firmeza de la sentencia y posibles excepciones a este requisito (apartado III). Una breve reflexión conclusiva finalizará el comentario.

¹ AAP GI 1045/2019 – ECLI: ES:APGI:2019:1045A. Fecha: 08/10/2019. Recurso de apelación núm. 760/2019.

² BOE núm. 151, de 25 de junio de 1997.

II. Las condiciones para otorgar el exequatur de la sentencia marroquí (I): *las partes han sido legalmente citadas, representadas o declaradas rebeldes*

7. Recordemos que la solicitante había iniciado en España un procedimiento de exequátur de dos sentencias dictadas en Marruecos relativas, respectivamente, al reconocimiento de una pensión de alimentos (sentencia de 2016) así como al divorcio y alimentos (sentencia de 2018). El Juzgado de 1ª instancia núm. 6 de Girona rechazó la solicitud respecto de la sentencia de 2016 “al no acreditarse que se hubiera realizado la citación del demandado condenado en rebeldía”.

8. El régimen jurídico aplicable se establece en el Título III del *Convenio hispano-marroquí* cuyos artículos 22 a 28 establecen su ámbito de aplicación material (con expresión de las materias excluidas, art. 22³); las condiciones para declarar la autoridad de cosa juzgada de la sentencia en el territorio del otro Estado (art. 23⁴); la obligación de ser declaradas ejecutivas en el Estado requerido para que pueda dar lugar a la ejecución forzosa o coercitiva (art. 24); la comprobación de oficio por parte del tribunal requerido del cumplimiento de los requisitos del artículo 23 (autoridad de cosa juzgada) y la documentación que ha de adjuntarse para dicha acreditación (art. 28⁵); y, finalmente, los efectos de la decisión de ejecución (art. 27). Sobre este particular, cabe recordar que mientras el Convenio se refiere expresamente a condiciones para alcanzar la autoridad de cosa juzgada, el sistema del exequátur en la LCJI no está “condicionado” a la superación de unas condiciones concretas, sino que la idea es que la sentencia extranjera obtiene el reconocimiento/ejecución en España “salvo que concurra algún motivo concreto y específicamente recogido en la LCJI (art. 46) que autorice su rechazo.”⁶

³ Son básicamente cuatro materias: testamentaria y sucesoria; quiebra, procedimientos de liquidación de sociedades u otras personas jurídicas insolventes, conciertos y convenios análogos entre deudores y acreedores; resoluciones contenciosas en materia de seguridad social (con referencia al Convenio hispano-marroquí de 8 de noviembre de 1979); y, finalmente, en caso de medidas cautelares y provisionales, *salvo las dictadas en materia de alimentos* (énfasis es nuestro).

⁴ El régimen de condiciones se contempla en el artículo 23. Cabe señalar que no se realiza un control de la ley aplicada. El control se realiza respecto de la competencia judicial internacional del órgano jurisdiccional de origen (lo que se realiza mediante sus normas de DIPr); el respeto de los derechos de defensa (*que se acredite la citación legal de las partes, representadas o declaradas rebeldes*); la firmeza de la sentencia (*que la resolución haya adquirido autoridad de cosa juzgada y sea ejecutiva conforme a las leyes del Estado en que ha sido dictada*); que la resolución no contravenga el orden público del Estado requerido (*en el que se solicite la ejecución ni contraria a otra dictada en ese mismo Estado*); que haya adquirido autoridad de cosa juzgada; y, que no exista litispendencia (*que no se encuentre pendiente entre las mismas partes y por el mismo objeto ningún proceso ante algún órgano jurisdiccional del Estado requerido, antes de iniciarse la acción ante el tribunal que haya dictado la resolución que deba ejecutarse*). Sobre este convenio, véase el comentario general y las referencias a las resoluciones de las Audiencias Provinciales en A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. I, Comares, 2016, p. 758. Asimismo, entre otros, las reflexiones sobre su amplia aplicación en España que ya realizase R. ARENAS GARCÍA, en *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad Matrimonial, separación y divorcio*, en *De Conflictus Legum*. Universidad de Santiago de Compostela-Publicaciones, 2004, pp. 452 ss. El estudio de F. GARAU SOBRINO sobre “La normativa convencional hispano-marroquí sobre reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones judiciales, documentos públicos con fuerza ejecutiva y laudos arbitrales en materia civil, mercantil y administrativa” en *Derecho internacional y Relaciones internacionales*, Actas de las XVII Jornadas de la AEPDIRI, 1999, pp. 167-180. Las recomendaciones sobre su correcta aplicación práctica por las autoridades nacionales (judiciales y administrativas) que realiza M. MOYA ESCUDERO, en “Recommendations issues dans les rencontres internationales sur les relations familiales et successorales hispano-marocaines”, *Paix et Sécurité Internationales*, Num. 2, janvier-décembre 2014, pp. 167-202, esp. p. 178. Y, en particular, los trabajos de la doctrina española recogidos en *Familia y sucesiones en las relaciones hispanomarroquíes*, (MOYA ESCUDERO, M. Dir.), Tirant lo Blanch, 2015. Y, de carácter más general, el estudio del sistema convencional bilateral español de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, que incluyen las crisis matrimoniales, que realiza J.I. PAZ ARES en “La eficacia extraterritorial de las resoluciones extranjeras en materia de crisis matrimoniales: cuestiones generales y sistemas de origen europeo y convencional”, *Crisis matrimoniales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea. Estudio normativo y jurisprudencial* (M. GUZMÁN ZAPATER / M. HERRANZ BALLESTEROS, Dirs.), Tirant lo Blanch, 2018, pp. 443-510 (especial referencial al sistema de condiciones del Convenio hispano-marroquí, pp. 508).

⁵ En concreto: (1) que la copia de la resolución reúna las condiciones necesarias para su autenticidad; (2) que se aporte el original del documento de notificación de la resolución, (3) que se certifique por el secretario del tribunal que la resolución no ha sido objeto de recurso ni de apelación; y (4) que se adjunte *copia certificada conforme de la citación hecha a la parte que ha sido condenada en rebeldía* (el énfasis es nuestro).

⁶ Sobre este desarrollo, *in extenso*, véase A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, op. cit., p. 780-781. Sobre el efecto *res iudicata* en España y las sentencias de divorcio obtenidas en Marruecos, el comenta-

9. La manifestación del derecho de defensa se lleva a cabo mediante el control de las garantías procesales. El régimen del *Convenio hispano-marroquí*, al igual que el régimen de fuente interna de la LCJI, exige que la decisión extranjera no haya sido dictada en rebeldía. Así pues, el control de la correcta citación al demandado resulta clave para el juzgador requerido que decretó el rechazo del reconocimiento y ejecución de la sentencia marroquí porque *no consta que se entregara al demandado la cédula de emplazamiento o documento equivalente “de forma regular y con tiempo suficiente*.

10. La Audiencia Provincial examina este motivo de rechazo y constata que de los hechos recogidos en la sentencia de instancia no se desprende que el demandado fuera citado personalmente o que la citación se realizara con las garantías de su recepción. En efecto, de la sentencia se desprende que el demandado no compareció y que fue su primo quien recibió la citación; que dicho primo reconoció que el demandado residía en el extranjero y que no se ha probado ni cuándo se realizó la citación ni si se hizo con la suficiente antelación para ser recibida por el demandado.

11. La Audiencia Provincial se pregunta en el FJ Tercero si podría hacerse una *interpretación flexible* de los requisitos establecidos en el *Convenio hispano-marroquí* relativos a la prueba de que los derechos de defensa del demandado no han sido vulnerados. Y llega a la conclusión, compartiendo el criterio del juzgador de instancia, de que estos fueron vulnerados porque no se ha probado documentalmente, según exige el Convenio, la legal citación de las partes mediante copia certificada conforme de la citación hecha a la parte que haya sido condenada en rebeldía (art. 28.4). Confirma así el rechazo al reconocimiento y la ejecución de la primera de las sentencias, relativa a la fijación de pensión de alimentos.

12. *¿Por qué una interpretación flexible de “los requisitos/condiciones”?* El examen del respeto de los derechos de defensa y su acreditación documental ocupa un lugar destacado en la práctica judicial española en aplicación del Convenio hispano-marroquí. Recordemos que el Convenio en su artículo 23.2 establece como una de las condiciones para la autoridad de cosa juzgada que las partes hayan sido legalmente citadas, representadas o declaradas rebeldes. Y el artículo 28.4 indica, respecto de esta condición, qué ha de presentarse (copia certificada conforme de la citación hecha a la parte que haya sido condenada en rebeldía). Elegimos cinco resoluciones del año 2019 que, junto al auto objeto de este comentario, muestran una cierta flexibilidad de las Audiencias Provinciales en la interpretación del cumplimiento de esta condición y su prueba.

13. (1) En el auto de la Audiencia de Barcelona de 15 de febrero de 2019 se examinaba si se había vulnerado el derecho de defensa de la demandante (la mujer) por cuanto “al no comparecer el padre en el proceso pese a estar debidamente citado, tuvo que renunciar a sus derechos económicos, entre ellos la pensión de alimentos para sus hijos”⁷. El Juzgado de Primera Instancia había inadmitido a trámite la demanda por inadecuación del procedimiento. En el recurso la Audiencia Provincial constata que la petición no era de reconocimiento y ejecución de sentencia sino que se trataba de una nueva demanda relativa al establecimiento de medidas paternofiliales y alimentos. Advierte que, en todo caso, la sentencia marroquí era contraria al orden público español y ordena al juzgador de instancia la admisión a trámite de la demanda sobre medidas de responsabilidad parental.

14. (2) En el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de noviembre de 2019 la demanda de reconocimiento y ejecución de la sentencia marroquí de divorcio fue igualmente inadmitida a trámite por el juzgador de instancia al no acreditarse, entre otras, la notificación al demandado pese al

rio de A. M. BALLESTEROS BARROS, “Res iudicata y divorcio internacional: nota al auto de la Audiencia provincial de Toledo de 7 de marzo de 2018”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2019), Vol. 11, Nº 1, pp.678-684. Como es sabido, el procedimiento de exequátur se regula en la LCJI (art. 42). Al respecto, el comentario de F.F GARAU SOBRINO, “Artículo 42. Procedimiento de exequatur”, en *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil* (F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ / G. PALAO MORENO, Dirs.), Tirant lo Blanch, 2017, pp. 474-491.

⁷ AAP B 484/2019. ECLI:ES:APB:2019.484 A (FJ 2).

requerimiento de subsanación realizado en la instancia. En el recurso, la apelante demostró que dicha documentación fue aportada después del auto de inadmisión. La Audiencia Provincial realizó, al amparo del artículo 266 LEC, una interpretación flexible sobre “la acreditación de la forma de notificación”. En este sentido, con fundamento en el principio de economía procesal decretó por cumplido el requisito, revocó la resolución de instancia y ordenó la admisión a trámite la demanda de exequátur⁸.

15. (3) En el auto de la Audiencia Provincial de Tarragona de 4 de abril de 2019 la solicitud de exequátur de la demanda de divorcio marroquí fue denegada sobre la base de que la certificación aportada no acreditaba que “la parte demanda haya sido legalmente citada, representada o rebelde” (art. 23 del Convenio de 1997). La Audiencia Provincial, tras recordar que el mencionado artículo 23.2 del Convenio hispano marroquí es manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), también recogido en la Ley 29/2015 (LCJI), hace una interpretación flexible de la prueba de tal requisito tras constatar que el representante del demandado participó en los intentos de conciliación aunque se ausentó en la vista pública. La Audiencia considera que “hay una unidad de procedimiento” entre los intentos de conciliación y la celebración de la audiencia pública. Y en este sentido, entiende que no es necesario un nuevo emplazamiento o citación al demandado, estimando el recurso de apelación y ordenando que se ejecute la sentencia marroquí⁹.

16. (4) En el auto de la Audiencia Provincial de Ceuta de 17 de junio de 2019 se examina la denegación del reconocimiento de la sentencia de divorcio marroquí al faltar la documental relativa a la citación del demandado. En el recurso el recurrente acreditó que tal rebeldía no se había producido pues de la sentencia de origen se deducía que estuvo presente tanto en primera como en segunda instancia. El Ministerio Fiscal se opuso a tal pretensión por entender que de acuerdo con lo establecido en el Convenio hispano-marroquí y en la LCJI no consta ni se acredita que la sentencia afuera dictada en presencia de ambos cónyuges o en rebeldía. La Audiencia Provincial examina esta causa y se centra en los documentos establecidos en el artículo 28 del Convenio para comprobar si la resolución marroquí alcanza las condiciones del artículo 23. La conclusión para la Audiencia es clara ante la falta absoluta de las copias y documentos preceptivos. Sin embargo, se detiene en la cuestión de la (posible) violación del derecho de defensa dado que podía inferirse que no hubo tal dada la intervención del esposo en el proceso de origen. Ahora bien, entiende la Audiencia Provincial que de la sentencia de origen no se puede saber en calidad de qué actuó el recurrente (si por sí mismo o si en calidad de tercero). En esta línea confirma el auto de instancia que denegó el reconocimiento de la sentencia de divorcio marroquí por no acreditarse la contradicción procesal ni la citación de las partes¹⁰.

17. (5) Finalmente, en el auto de la Audiencia Provincial de Bilbao de 2 de julio de 2019 se examina la inadmisión de la demanda de exequatur de sentencia de divorcio marroquí al faltar la apostilla de la sentencia y la falta de constancia de la eventual rebeldía. La Audiencia Provincial sostiene que esta última objeción carece de fundamento puesto que de la documentación aportada no aparece que el juicio se hubiera seguido en rebeldía, constando además en el expediente que el demandado era conocer de la pretensión de su exesposa. Decreta en consecuencia que no ha habido ninguna indefensión ni incumplimiento de obligaciones procesales y ordena la continuación del procedimiento hasta resolver sobre el fondo¹¹.

⁸ AAP B 9448/2019 - ECLI:ES:APB:2019:9448A (FJ 1).

⁹ AAP T 519/2019 - ECLI:ES:APT:2019:519A (FJ 2). Con anterioridad la misma Audiencia Provincial analizó la rebeldía en sentencia de divorcio marroquí, llegando a la conclusión, a la luz del Convenio hispano-marroquí y de la LCJI, que en el *certificado de firmeza del divorcio* se constata que “el demandado fue declarado en rebeldía” bastando con ello para dar por cumplida la exigencia del art. 28 del texto convencional (revocó el auto del Juzgado de 1ª Instancia de Tarragona y otorgó el exequatur). Auto de 21 de enero de 2019, comentado por L.S. HEREDIA SÁNCHEZ, “Procedencia de exequátur de sentencia extranjera de divorcio dictada en rebeldía del demandado: Comentario al Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona de 21 de enero de 2019, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2019), Vol. 11, Nº 2, pp. 636-640.

¹⁰ AAP CE 58/2019 - ECLI:ES:APCE:2019:58A (FJ Único).

¹¹ AAP BI 1412/2019 - ECLI:ES:APBI:2019:1412A (FJ 3). En idéntico sentido el auto de la Audiencia Provincial de Huelva de 7 de febrero de 2017 - ECLI:ES:APH:2019:83 A.

III. Las condiciones para otorgar el exequatur de la sentencia marroquí (II): *la resolución ha adquirido autoridad de cosa juzgada y ha llegado a ser ejecutiva conforme a las leyes del Estado en que haya sido dictada*

18. La acreditación de la firmeza de la segunda sentencia marroquí (2018, pretensión de divorcio y alimentos) es abordada en el auto de la Audiencia Provincial de Girona desde una doble perspectiva: por una parte, se examina su firmeza de la sentencia como requisito esencial para proceder a su ejecución en España y su acreditación; y, por otra parte, se analiza la posibilidad de su ejecución provisional toda vez que en Marruecos “ha sido declarada provisionalmente ejecutoria”.

19. La firmeza de la sentencia dictada en el Estado de origen (condicionante de carácter procesal) debe probarse para ser homologada en España. Esto es lógico pues se trata de evitar reconocer y ejecutar sentencias que puedan ser revocables; de donde resulta procedente que se requiera la aportación de un documento que reconozca la firmeza de la sentencia, a no ser que la misma conste en el propio título. De acuerdo con el Convenio hispano-marroquí, la acreditación ha de realizarse mediante certificado del secretario del tribunal que haga constar que la resolución *no ha sido objeto de recurso ni de apelación* (art. 28.3 del Convenio). La Audiencia concluye -a la luz de los hechos probados y del propio recurso- que no hay documento alguno en el que se acredite la firmeza (condicionante de carácter formal). En la práctica judicial española la denegación se produce justamente por la falta de presentación de la documentación requerida. En efecto, la falta de presentación del certificado del secretario del tribunal marroquí que acredite que la resolución es firme implica que no es posible otorgar el exequatur (no acceder a la homologación pretendida). Tampoco en el recurso se ha alegado ni probado causa alguna que hubiera impedido la obtención de esta documentación, como así destaca el auto de la AP Girona, en clara referencia a la doctrina de nuestro Tribunal Supremo¹².

20. Cabe observar que, en la aplicación del Convenio hispano marroquí, nuestros juzgados de primera instancia son estrictos en la interpretación de este condicionante material y de su prueba formal. Así, entre otros: el auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 8 de Rubí, que dio lugar al auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de noviembre de 2019, inadmitió la demanda de exequatur porque no se aportó el documento de constancia de la firmeza¹³; por el contrario, el auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 6 de Ceuta declaró la fuerza ejecutiva de la demanda de divorcio dictada por un tribunal de Rabat. En el recurso de apelación, que dio lugar al auto de la Audiencia Provincial de Ceuta de 17 de junio de 2019, quedó demostrado que lo aportado no era copia de la sentencia de primera instancia sino una *transcripción de una sentencia de divorcio por desavenencia*, que en concreto extractaba los fallos de las resoluciones de origen¹⁴.

21. Como se ha indicado, solo las resoluciones extranjeras firmes pueden ser objeto de reconocimiento. También ha de aportarse el documento en el que conste la fuerza ejecutiva de la sentencia, toda vez que los efectos de ejecución vendrán dados por la legislación del Estado de origen y no por la ley procesal española. Esta es la cuestión que se plantea la Audiencia Provincial de Girona en el auto objeto de este comentario. Como ya hemos anticipado, la sentencia de divorcio dictada por el tribunal de Nador el 14 de febrero de 2018 señalaba *que esta será provisionalmente ejecutoria en cuanto a los derechos del hijo y al derecho de vistas*. Pues bien, a pesar de que la firmeza de la sentencia no había quedado demostrada con el certificado del secretario del tribunal marroquí (exigencia esta que impone el Convenio en su art. 28.3), la Audiencia Provincial entiende, con buen criterio, que por lo que hace a esta concreta cuestión cabe una interpretación favorable a la ejecución provisional de la misma, “debiendo en todo caso (...) acreditarse la firmeza de la resolución, cuando esta se produzca, e instar el reconocimiento y ejecución de la misma”.

¹² ATS, Sala 1ª de 28 de septiembre de 2004.

¹³ Cit. - AAP B 9448/2019 - ECLI:ES:APB:2019:9448 A.

¹⁴ Cit. - AAP CE 58/2019 - ECLI:ES:APCE:2019:58 A.

22. Hubiera sido deseable mayor elaboración jurídica en la fundamentación de esta posibilidad, toda vez que una ejecución provisional no está prevista en el régimen convencional de aplicación. En efecto, el Convenio hispano marroquí establece *conjuntamente* el condicionante material para otorgar la autoridad de cosa juzgada y la fuerza ejecutiva conforme a las leyes del Estado en que se haya dictado (art. 23). Sin embargo, cuando establece el condicionante formal, es decir, la documentación acreditativa (art. 28.3) solo se pide *certificación (...) de que la resolución no ha sido objeto de recurso ni de apelación*. De donde, cabe la duda de si es posible otorgar en España tal efecto provisional que permite la legislación de origen (y también la española) aun cuando la sentencia de divorcio no haya alcanzado la firmeza (o esta no se haya probado en el procedimiento de exequátur).

23. La duda que se plantea la Audiencia Provincial de Girona la resuelve el propio tribunal a favor de la ejecución provisional de las citadas medidas “*debiendo en todo caso la solicitante instar un nuevo reconocimiento y ejecución de la sentencia marroquí cuando se produzca la firmeza de la misma*”. Cabe señalar que hoy en día, al amparo de la aplicación de la LCJI, las resoluciones judiciales extranjeras relativas a medidas cautelares y/o provisionales se pueden reconocer, aunque no sean firmes, si se ajustan a los requisitos previstos en el artículo 41.4 de la LCJI¹⁵. En este sentido, y atendiendo a la idea de tutela judicial internacional efectiva de los derechos e intereses legítimos de los particulares, que subyace en el artículo 3.3 LCJI, el sistema español aboga por una la concesión del exequátur como algo normal y no extraordinario¹⁶. *¿Puede extrapolarse este espíritu de la LCJI al convenio hispano-marroquí de 1997?* La Audiencia Provincial de Girona así lo hace, señalando que “debería efectuarse una interpretación favorable a la ejecución provisional de una sentencia en materia de alimentos de hijos menores, que además sería conforme con el Derecho español que también lo permite” (FJ Cuarto).

24. En este mismo orden de ideas, cabría apelar al artículo 50.3 LCJI que permite la ejecución parcial de una resolución extranjera¹⁷. El precepto está pensado, como ha señalado la doctrina, para abrir la puerta a una “ejecución o exequátur provisional” respecto de medidas cautelares extranjeras, si su denegación supone una vulneración de la tutela judicial efectiva. Esta vulneración podría producirse, por ejemplo, en el ámbito patrimonial y *dentro del derecho de familia*¹⁸. La Audiencia Provincial, en nuestra opinión, al favorecer una interpretación flexible de las condiciones del artículo 23 del Convenio hispano marroquí, da entrada a la ejecución provisional de la sentencia, en este caso, solo para la ejecución de las medidas establecidas a favor de los menores y que constan como ejecutivas provisionalmente en la sentencia de origen, señalando que ello no es contrario al Derecho español “que también lo permite”¹⁹.

¹⁵ Véase: F. GASCÓN INCHAUSTI, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de cooperación jurídica internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7 (2015), pp. 158-187. J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “Artículo 41. Ámbito de Aplicación, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil* (F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ / G. PALAO MORENO, Dirs.), Tirant lo Blanch, 2017, pp. 467-473, esp. p. 471.

¹⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Comentarios a la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil* (A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, Coord.), Bosch, 2019, p. 396

¹⁷ Sobre el reconocimiento parcial en la LCJI, véase el comentario de N. MARCHAL ESCALONA, “Reconocimiento y ejecución parcial de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil. Comentario al auto de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa (sección 2ª) núm. 120/2018, de 9 de marzo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11 (2019), Nº 1, pp. 834-840.

¹⁸ Véase esta opinión en P. JIMÉNEZ BLANCO, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil* (F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ / G. PALAO MORENO, Dirs.), Tirant lo Blanch, 2017, p. 585.

¹⁹ En el régimen del Reglamento (UE) 2019/1111, que sustituirá al R. 2201/2003, la posibilidad de declarar provisionalmente ejecutivas las resoluciones dictadas sobre el ejercicio de la responsabilidad parental se contempla en el art. 34.2. Como ha comentado F.J. FORCADA MIRANDA, el nuevo Reglamento asume el modelo del R. 1215/2012. Así, mientras que en el Reglamento 2201/2003 (art. 28) se requería la solicitud de declaración de ejecutoriedad, en el actual R. 2019/1111 se pasa a un sistema directo de la ejecutoriedad sin que sea necesaria una declaración de fuerza ejecutiva. Un cambio de paradigma y un paso más hacia la supresión decidida del exequátur en este ámbito particular de materias del derecho de familia. Véase en F.J. FORCADA MIRANDA, *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111. Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Ed. Sepin, 2020, pp. 301-304.

IV. Reflexión conclusiva

25. No es infrecuente en la práctica judicial española la desestimación del exequátur de resoluciones judiciales de divorcio (con o sin declaración de medidas relativas a la responsabilidad parental y obligación de alimentos para menores) procedentes de tribunales marroquíes, país con el que existe un convenio bilateral de cooperación en la materia. Los jueces de primera instancia examinan de oficio las condiciones para el otorgamiento de la autoridad de cosa juzgada a la sentencia y advierten defectos en la prueba de estas condiciones denegando de plano la ejecución.

26. Las Audiencias Provinciales, en el examen de los recursos de apelación contra los autos denegatorios del exequatur, vienen realizando una interpretación sistemática de las condiciones del artículo 23 del Convenio hispano marroquí de 1997 en consonancia con el principio *in favor executionis* de la LCJ. Esta sistemática se manifiesta en una doble dirección: bien delimitando qué defectos son subsanables (incluso en la segunda instancia) y, por consiguiente, ordenando la admisión a trámite de la demanda de exequatur o concediendo directamente la ejecución. En otros casos, este examen se realiza a la luz “certificado de firmeza del divorcio” (art. 28) para verificar si del mismo puede inferirse el cumplimiento de las condiciones para alcanzar la autoridad de cosa juzgada (art. 23 del Convenio).

27. El auto de la AP de Girona no se aparta de esta línea de razonamiento que parece generalizarse, al menos respecto de sentencias de divorcio marroquíes. Mientras que en la verificación de la infracción de los derechos de defensa del demandado (primera sentencia sobre alimentos, de 2016) la interpretación es claramente favorable a la no admisión del exequatur por no quedar acreditada la entrega de la cédula de emplazamiento, en la verificación de la firmeza (segunda sentencia sobre divorcio y alimentos, de 2018) es más flexible en la medida en que pese a que la parte no acreditó documentalmente la firmeza de la resolución extranjera, el tribunal español va a dar efectos ejecutivos a las medidas declaradas provisionalmente ejecutivas en la marroquí (alimentos y derecho de visita). Con la admonición final de que ello se otorga *sin perjuicio* de que la solicitante del exequatur *deba acreditar la firmeza de la resolución cuando se produzca e instar el reconocimiento y ejecución de la misma* (Parte Dispositiva-Fallo).

EXEQUATUR DE SENTENCIA EXTRANJERA RELATIVA
A GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: COMENTARIO AL AUTO
DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA
(SECCIÓN 12^a-CIVIL), DE 18 DE DICIEMBRE DE 2019

EXEQUATUR PROCEDURE OF FOREIGN JUDGEMENT ABOUT
SURROGACY: COMMENTS ON THE JUDICIAL DECREE
OF THE BARCELONA PROVINCIAL COURT
(12TH SECTION-CIVIL), ISSUED ON DECEMBER 18, 2019

DRA. SILVIA VILAR GONZÁLEZ*

Profesora Universitat Jaume I (Castellón de la Plana)
Profesora Universidad Internacional de La Rioja
Oficial de Notaría

Recibido: 02.05.2020 / Aceptado: 26.05.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5668>

Resumen: Este trabajo analiza un Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 18 de diciembre de 2019, por el que se estima el recurso de apelación interpuesto contra la inadmisión a trámite *in limine litis* de una demanda de solicitud de reconocimiento de una resolución extranjera. Dicha inadmisión se sustentaba en el hecho de que, al tener que ver la resolución extranjera con un proceso de gestación por sustitución, la misma fue considerada contraria al orden público español y, por lo tanto, desestimada la demanda. Sin embargo, conforme ha indicado el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones, tan solo cabe inadmitir a trámite una demanda en los casos y por las causas legalmente previstas, correspondiendo a los órganos jurisdiccionales garantizar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Palabras clave: gestación por sustitución, exequátur, inadmisión *in limine litis*, orden público internacional, derecho a la tutela judicial efectiva.

Abstract: This paper examines a Judicial Decree of the Barcelona Provincial Court, issued on December 18, 2019, which allows the appeal against the non-admission *in limine litis* of an application for recognition of a foreign decision. The non-admission was based on the fact that, since the foreign decision was related to a surrogacy process, it was considered contrary to Spanish public policy and was therefore rejected. Nevertheless, as the Spanish Supreme Court has indicated on several occasions, claims may only be rejected in the cases and for the reasons provided for by law, and it is up to the Courts to guarantee the fundamental right to effective judicial protection.

Keywords: surrogacy, exequatur procedure, non-admission *in limine litis*, international public policy, the fundamental right to effective judicial protection.

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes de hecho que dan lugar al recurso planteado. III. Fundamentos jurídicos apreciados por la Audiencia Provincial de Barcelona. IV. Parte dispositiva. V. Consideraciones finales.

*Miembro del Grupo de Investigación "Centro de Estudios de Derecho y Relaciones Internacionales (CEDRI)".

I. Introducción

1. El artículo 10 de la Ley española 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en lo sucesivo, LTRHA) establece la nulidad de pleno derecho de los contratos por los que “se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”¹. Ello no impide que dicha práctica sí sea legal en muchos otros países, como en Grecia, Reino Unido, Portugal, República Sudafricana o Ucrania, así como en determinados Estados de EEUU, como pueden ser Arkansas, California o Illinois, lugares a los que muchas familias españolas acuden, cada vez más, con la finalidad de convertir en realidad su deseo de formar una familia.

2. Cuando estas personas logran regresar a España acompañadas de sus hijos recién nacidos en el extranjero, en algunas ocasiones consiguen, sin el mayor problema -pero no sin menos incertidumbre-, alcanzar la inscripción de su nacimiento y filiación en el Registro Civil correspondiente a través de los distintos cauces legales que ha ido habilitando en los últimos años la anterior Dirección General de los Registros y del Notariado². Pero, en muchas otras ocasiones, se ven abocadas al tortuoso laberinto judicial que se deriva de la insuficiente regulación española en esta materia, quedando expuestas a una clara situación de falta de previsibilidad y de inseguridad jurídica.

3. Pues bien, en esta última tesitura se encontró el recurrente en apelación del Auto que nos ocupa, “D. Juan Luis”³, al solicitar el exequátur de una resolución judicial extranjera que tiene que ver con un “contrato de gestación”⁴, tal y como veremos seguidamente.

II. Antecedentes de Hecho que dan lugar al recurso planteado

4. El recurso de apelación que motivó el presente pronunciamiento, se interpuso contra un Auto de 26 de junio de 2019 dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de los de Santa Coloma de Gramenet (Barcelona), por el que se inadmitió a trámite una demanda en la que se solicitaba el reconocimiento de una resolución extranjera (procedimiento de origen: exequátur 410/2018). El referido Juzgado de Primera Instancia gozaba de competencia para conocer de este asunto en materia civil, en base a lo dispuesto en el artículo 85.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que atribuye a estos órganos facultades para conocer de las “solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y otras resoluciones judiciales extranjeras y de la ejecución de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados y otras normas internacionales, corresponda su conocimiento a otro Juzgado o Tribunal”⁵.

5. De los Antecedentes de Hecho reflejados en el Auto de la Audiencia Provincial no se desprende ninguna información sobre el contenido de la resolución extranjera objeto de la solicitud de reconocimiento, por lo que resulta necesario continuar avanzando hasta el Fundamento de Derecho segundo para poder determinar que la misma está relacionada con un contrato de gestación subrogada, tal y como hemos señalado con anterioridad. No obstante, no resulta posible precisar si el *petitum* formulado en sede jurisdiccional tiene que ver con el reconocimiento del nacimiento y filiación de un menor nacido a partir de esta técnica en el extranjero -lo más probable- o, por ejemplo, con la solicitud de ejecución de una sentencia extranjera condenatoria al pago de alguna cantidad derivada de un contrato de gestación subrogada.

¹ Art. 10.1 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

² Actualmente, Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, tras la aprobación del Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

³ Antecedente de Hecho Primer del AAP Barcelona 478/2019 (sección 12ª), de 18 diciembre 2019 [ECLI:ES:APB:2019:10320A] (en lo sucesivo, AAP Barcelona 18 diciembre 2019).

⁴ Párrafo 6º Fundamento de Derecho Segundo AAP Barcelona 18 diciembre 2019.

⁵ Art. 85.5 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

6. Tampoco resulta posible identificar, ni tan siquiera, el país del que procede la referida sentencia judicial extranjera cuyo reconocimiento y ejecución se pretende, lo que hubiese aportado más luz al asunto.

7. Lo que sí resulta evidente, también a partir de la lectura de los Fundamentos de Derecho, es que el Juzgado de Primera Instancia de referencia, sustentó la inadmisión a trámite de la demanda en el artículo 46 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (LCJIMC), que contempla la posibilidad de denegar el reconocimiento de una resolución judicial extranjera firme basándose en el hecho de que la misma resulte contraria al orden público⁶, así como en la nulidad que se desprende del mencionado artículo 10 LTRHA.

III. Fundamentos jurídicos apreciados por la Audiencia Provincial de Barcelona

8. Los magistrados de la Audiencia Provincial de Barcelona comenzaron fundamentando jurídicamente su decisión partiendo del apartado primero del artículo 403 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁷ (en lo sucesivo, LEC), el cual, tan sólo permite la inadmisión de las demandas “en los casos y por las causas expresamente previstas”⁸ en la LEC. De este precepto, por tanto, no se desprende la posibilidad de rechazar *in limine litis* cualquier demanda, con carácter general, antes de entrar en el objeto del proceso -como se había hecho en el presente supuesto-, sino que su aplicación deberá efectuarse limitadamente.

9. En dicho sentido, y tal y como resulta de reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo⁹, la redacción del artículo 403 LEC no permite rechazar de plano una demanda *in limine litis*, como regla general, “aunque manifiestamente se desprenda del contenido del propio escrito la inutilidad del proceso que con él se quiere iniciar [...], ya que ello afecta al derecho a la jurisdicción y corresponde hacerlo al Tribunal, mediante resolución motivada”¹⁰.

10. Por lo tanto, para poder considerar satisfecho el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española, resultará conveniente proceder a “la iniciación del proceso, su desarrollo y su terminación con una sentencia sobre el fondo [...o bien, contar] con una resolución de inadmisión a trámite que sea resultado de la aplicación razonada de una causa legal y de una interpretación de la norma en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental”¹¹.

11. Por otra parte, independientemente de que la legislación española sancione con la nulidad de pleno derecho los contratos de gestación subrogada, el artículo 46 LCJIMC no anuda a dicha nulidad la inadmisión de la demanda¹², tal y como acertadamente señala el Auto de la Audiencia Provincial, sino que la solicitud de reconocimiento presentada deberá ser admitida con anterioridad para, con ello, respetar el derecho de defensa del solicitante, su derecho a ser oído en el procedimiento y ponderar el interés superior del menor frente al orden público internacional español, que no siempre deberá prevalecer¹³.

⁶ Art. 46.1.a) Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

⁷ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

⁸ Art. 403.1 LEC.

⁹ Entre otros, en el ATS, Sala de lo Civil, de 13 de octubre de 2011 [ECLI: ES:TS:2011:10367A] o en el ATS, Sala de lo Civil, de 11 de enero de 2013 [ECLI: ES:TS:2013:1091A].

¹⁰ Según figura en los Razonamientos Jurídicos 2. y 3. del ATS, Sala de lo Civil, de 13 de octubre de 2011, cit., o en el Razonamiento Jurídico 2. del ATS, Sala de lo Civil, de 11 de enero de 2013, cit.

¹¹ *Ibid.*, en referencia a la STC 4/1988, 21 enero; STC 93/1990, 23 mayo; STC 143/1994, 9 mayo; STC 112/1997, 3 junio; o STC 125/1997, 1 julio.

¹² Párrafo 6º Fundamento de Derecho Segundo AAP Barcelona 18 diciembre 2019.

¹³ Como sucede, por ejemplo, “cuando el menor respecto del cual pretende inscribirse la filiación se encuentra ya en el país”, supuesto en el que habrá que “tener en cuenta el interés superior del menor por encima del orden público”. M. SERRA ALCEGA, “Reconocimiento de la maternidad subrogada en el Derecho internacional privado español”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº. 32, 2015-II, p. 290.

12. Aunque nuestro Tribunal Supremo, en materia de gestación subrogada, haya anclado en sentencias como la de 6 de febrero de 2014¹⁴, el orden público español “en la férrea defensa de la legalidad española y del modelo español de filiación considerado en abstracto”¹⁵, no podemos olvidar la postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las sentencias de los casos *Mennesson vs. Francia*¹⁶, *Labassee vs. Francia*¹⁷ o *Paradiso et Campanelli vs. Italia*¹⁸, en todas las cuales termina concluyendo que “la aceptación en un Estado parte de la filiación de los menores nacidos en virtud de gestación por sustitución y que consta en una certificación registral dictada en otro Estado, no vulnera, en principio, el orden público internacional del Estado de destino”¹⁹.

13. Es más, conforme afirma L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, las razones que adujo el Tribunal Supremo en su sentencia del año 2014 para denegar la inscripción de la filiación de los nacidos por gestación subrogada “no carecen de peso, pero tampoco son irrefutables”²⁰, haciéndose necesario iniciar un debate sobre las nuevas necesidades de la sociedad, sobre el carácter abierto de la familia en nuestro ordenamiento o sobre “la necesidad de un *status civilis* único para el niño nacido en un Estado con un sistema de filiación y llevado a otro Estado con un sistema radicado en principios opuestos”²¹, entre otros aspectos. Esto último permitiría al menor poder “acreditar su filiación desde su nacimiento a favor de quienes han querido traerlo al mundo y garantizar la continuidad en el espacio de dicha filiación”²², lo que garantizaría el respeto de su interés superior y no necesariamente vulneraría nuestro orden público internacional.

14. Por todo ello, no procederá la denegación automática del reconocimiento y/o ejecución de las resoluciones extranjeras por motivos de orden público, basados en el mero hecho de que el órgano judicial extranjero hubiera aplicado un ordenamiento jurídico distinto al que hubiera resultado de las reglas del Derecho internacional privado español, ni tampoco cabrá recurrir al orden público como cláusula “abierta” que habilite, en cualquier caso, para el control de la ley aplicada a la resolución extranjera²³. Así, una mera divergencia normativa *per se* no será suficiente para entender que existe vulneración del orden público español, ni tampoco podrá aducirse su infracción como vía indirecta para burlarla²⁴, sino que las posibles vulneraciones del orden público internacional deberán valorarse caso por caso y no “de una forma preventiva, más allá de lo que resulta del supuesto sometido a la consideración”²⁵, tal y como afirmó R. SARAZÁ JIMENA en su voto particular a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 citada.

IV. Parte dispositiva

15. En definitiva, y muy acertadamente a nuestro parecer, la Audiencia Provincial de Barcelona terminó estimando el recurso de apelación interpuesto, revocando la resolución de instancia “en el senti-

¹⁴ STS 835/2013, Sala 1ª, Pleno, 6 febrero 2014.

¹⁵ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, nº. 2, octubre 2015, p. 45.

¹⁶ STEDH 26 junio 2014, as. 65192/11, *Mennesson vs. Francia*.

¹⁷ STEDH 26 junio 2014, as. 65941/11, *Labassee vs. Francia*.

¹⁸ STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia*.

¹⁹ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, nº. 2, octubre 2015, p. 54.

²⁰ L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº. 2, octubre 2014, p. 5.

²¹ *Ibid.*

²² A. DURÁN AYAGO, “Gestación por sustitución en España: *A hard case needs law*, de por qué la jurisprudencia no puede resolver este problema”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº. 2, octubre 2019, p. 582.

²³ R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2004, p. 365.

²⁴ J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “Artículo 48. Prohibición de revisión del fondo”, en F.P., MÉNDEZ GONZÁLEZ y G. PALAO MORENO (Dir.), *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 563.

²⁵ Apartado Segundo del Voto particular STS 835/2013, Sala 1ª, Pleno, 6 febrero 2014

do de dejar sin efecto la inadmisión a trámite de la demanda”²⁶ y acordando que el Juzgado de Instancia procediera a la tramitación del procedimiento, independientemente “de la suerte que pudiera correr la petición de reconocimiento”²⁷.

V. Consideraciones finales

16. Tras todo lo expuesto, podemos concluir que el inmovilismo a que el legislador español se aferra frente a la realidad de la gestación por sustitución, no logra disminuir la problemática ni los supuestos de inseguridad jurídica a que se enfrentan los ciudadanos españoles que se deciden a recurrir a esta figura en aquellos países en que su práctica es completamente legal.

17. Dejar en manos de los jueces la necesidad de resolver los supuestos de gestación subrogada y de aportar soluciones que garanticen los derechos de los menores nacidos a partir de estos procesos, sin dotarles de las correspondientes herramientas legales prevenidas al efecto, más allá de meros “parques” jurídicos que permiten “ir tirando”, supone una gran inseguridad jurídica que precisa de una respuesta clara y sosegada acorde con esta materia tan sensible.

18. En cualquier caso, los órganos jurisdiccionales no podrán escudarse en el orden público internacional para inadmitir a trámite *in limine litis* cualquier demanda de solicitud de reconocimiento de una resolución extranjera que tenga por objeto un acuerdo de gestación subrogada, sino que deberán tramitar el procedimiento y dictar una sentencia sobre el fondo, o bien, inadmitir a trámite la demanda pero siempre y cuando dicha inadmisión se fundamente en la aplicación razonada de una causa legal, garantizando con ello el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

19. En definitiva, independientemente de la nulidad de pleno derecho con que se hallan sancionados este tipo de acuerdos en la legislación española, ello no justifica la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales puedan dejar de garantizar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido a todos los ciudadanos en la Constitución española y cuya garantía les corresponde.

²⁶ Párrafo 1º Parte Dispositiva AAP Barcelona 18 diciembre 2019.

²⁷ Párrafo 6º Fundamento de Derecho Segundo AAP Barcelona 18 diciembre 2019.

SOBRE EL ESTABLECIMIENTO DE LA EUROPEAN ASSOCIATION OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW (EAPIL)

ON THE ESTABLISHMENT OF THE EUROPEAN ASSOCIATION OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW (EAPIL)

EUROPEAN ASSOCIATION OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW (EAPIL)

Recibido: 00.00.2010 / Aceptado: 00.00.2010

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5644>

I. Punto de partida: 50 años de europeización

En los últimos 50 años, el desarrollo del Derecho internacional privado ha venido determinado por los esfuerzos en pro de la europeización. Desde el punto de vista histórico, esto no es nada nuevo: antes de que las normas de Derecho internacional privado se integraran en la legislación nacional durante el movimiento de codificación del siglo XIX, los estudiosos de toda Europa habían intentado durante mucho tiempo desarrollar normas europeas uniformes de determinación de la ley aplicable, en la mayoría de los casos en vano.¹ Sin embargo, desde mediados del siglo XX ha surgido una red cada vez más densa de normas europeas comunes. Y desde el cambio de milenio esta red se ha desarrollado a una velocidad impresionante. De hecho, después de que los Estados miembros de la UE transfirieran la competencia legislativa en materia de derecho internacional privado a la Unión Europea en 1997,² el legislador europeo ha adoptado un número considerable de medidas legislativas que rigen gran parte del Derecho internacional privado, tanto en el ámbito de la competencia judicial, como de la ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de resoluciones.

En este contexto, no se puede negar el hecho de que el Derecho internacional privado se ha convertido en una disciplina verdaderamente europea. Sin embargo, hasta hace muy poco tiempo no existía ningún foro europeo que estuviera a la altura de ese desarrollo y que permitiera debatir e intercambiar opiniones sobre las normas comunes europeas. A raíz de una conferencia celebrada en Berlín en 2018, en la que se analizó críticamente la europeización del derecho internacional privado,³ se creó un Comité Directivo integrado por 14 académicos de varios países europeos⁴ para establecer una asociación europea dedicada al estudio y la promoción Del derecho internacional privado (europeo). Los esfuerzos del grupo pronto dieron sus frutos: en otoño de 2019, la European Association of Private International Law

¹ Véase *Siehr*, Private international law, history of, in: Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari, Pedro de Miguel Asensio (eds.), *Encyclopedia of Private International Law* (Edward Elgar 2017) 1390, 1392 ff.

² Hoy: Artículo 81 (1) und (2) lit. c) TFEU.

³ Véase el sitio web de la conferencia: <http://ceus.uni-jena.de/en/eu-pil-home> así como la colección de ensayos que resultaron de la conferencia Jan von Hein, Eva-Maria Kieninger & Giesela Rühl (eds.), *How European is European Private International Law?* (Intersentia 2019).

⁴ Apostolos Anthimos (Universidad de Chipre y Colegio de Abogados Salónica, Greece); Sabine Corneloup (Universidad Paris 2 Panthéon-Assas, Francia); Gilles Cuniberti (Universidad de Luxemburgo); Morten M. Fogt (Universidad de Aarhus, Dinamarca); Pietro Franzina (Universidad Católica de Milán, Italia); Agnieszka Frackowiak-Adamska (Universidad de Wrocław, Polonia); Jan von Hein (Universidad de Freiburg, Alemania); Thomas Kadner Graziano (Universidad de Ginebra, Suiza); Eva-Maria Kieninger (Universidad de Würzburg, Alemania); Johan Meeusen (Universidad de Amberes, Bélgica); Pedro de Miguel Asensio (Universidad Complutense de Madrid, España); Dário Moura Vicente (Universidad de Lisboa, Portugal); Marta Requejo Isidro (Instituto Max Planck de Luxemburgo); Giesela Rühl (Universidad de Jena, a partir de 1 de octubre de 2020: Universidad Humboldt de Berlín, Alemania).

(EAPIL) vio la luz y se constituyó como una asociación con sede en Luxemburgo (Association sans but lucratif).⁵ En diciembre de 2019 se anunció oficialmente su creación⁶ y se puso en marcha el sitio web de la Asociación.⁷

II. Objetivos y actividades de la Asociación

La recién fundada Asociación se considera un foro para fomentar el estudio y el desarrollo del Derecho internacional privado (europeo). Sus objetivos son: 1) poner en contacto a académicos y profesionales (europeos), 2) trabajar en pro de un discurso paneuropeo que trascienda las fronteras lingüísticas y nacionales y 3) tender puentes a las comunidades de derecho internacional privado de los Estados no miembros de la UE, así como de los países no europeos. Persigue estos objetivos mediante diversas actividades, entre las que se destacarán tres aquí: la organización de las conferencias EAPIL, los grupos de trabajo EAPIL y el blog EAPIL.

1. Conferencias EAPIL

Las Conferencias EAPIL tienen por objeto reunir a los miembros de la Asociación al menos cada dos años. Siguiendo el modelo de la conferencia de Berlín de 2018, están destinadas a proporcionar una oportunidad para el intercambio, el debate y la creación de redes.

La primera Conferencia EAPIL tendrá lugar del 27 al 29 de mayo de 2021 en la Universidad de Aarhus, en Dinamarca,⁸ y en ella se abordarán los desafíos y problemas actuales del Derecho internacional privado.⁹ En particular, invitará a debatir si las normas actuales de derecho internacional privado son capaces de hacer frente a los desafíos de la digitalización y a los problemas que plantea la creciente fragmentación de las fuentes jurídicas. Entre los oradores figuran académicos de diversos países de Europa.¹⁰ También intervendrán representantes de la Comisión Europea y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2. Grupos de trabajo EAPIL

Los grupos de trabajo se reúnen independientemente de las conferencias y se ocupan de cuestiones y problemas seleccionados de Derecho internacional privado (europeo) durante un período de tiempo. Tienen por objeto impulsar el desarrollo ulterior de la normativa pertinente y, en particular, apoyar la labor del legislador europeo. Las reflexiones realizadas por los Grupos de Trabajo se traducen en instrumentos (como documentos de posición o proyectos legislativos), que luego se someten a la aprobación de la Asamblea General de la Asociación.

Hasta ahora, un Grupo de Trabajo ya ha comenzado su labor. Su objetivo es examinar la viabilidad de un "Código Europeo de Derecho Internacional Privado" y presentar propuestas para su diseño.

⁵ Registre de Commerce et de Sociétés No. F12434, L190177944.

⁶ <http://conflictoflaws.net/2019/european-association-of-private-international-law-eapil/>.

⁷ <https://eapil.org>.

⁸ La conferencia estaba originalmente programada para tener lugar del 14 al 16 de mayo de 2020. Sin embargo, debido a la situación del virus de la Corona, tuvo que ser pospuesta.

⁹ Vea para detalles el sitio web de la conferencia <https://law.au.dk/forskning/konferencer/eapil2020/>.

¹⁰ Peter Arnt Nielsen (Universidad de Copenhagen, Dinamarca), Marie-Élodie Ancel (Universidad Paris-Est Créteil Val de Marne, Francia); Matthias Lehmann (Universidad de Bonn, Alemania, a partir del 1º de octubre de 2020: Universidad de Viena, Austria); Burcu Yüksel Ripley (Universidad de Aberdeen, Reino Unido); Burkhard Hess (Max Planck Institute Luxembourg), Francisco Garcímartín Alférez (Universidad Autónoma de Madrid, España), Thalia Kruger (Universidad de Amberes, Bélgica); Gian Paolo Romano (Universidad de Ginebra, Suiza); Ralf Michaels (Instituto Max Planck de Hamburgo, Alemania); Marta Pertegas Sender (Universidad de Maastricht, Países Bajos), Haris Pamboukis (Universidad de Atenas, Grecia).

3. Blog EAPIL

Una tercera actividad de la Asociación que merece ser mencionada es el Blog EAPIL.¹¹ Está dirigido por siete editores¹² y proporciona información regular sobre las actividades de la Asociación. Además, el blog EAPIL también se centra en el derecho internacional privado (europeo) como tal e informa sobre los últimos acontecimientos, a saber, decisiones judiciales, publicaciones y eventos académicos. Asimismo, constituye un foro permanente - virtual - para el intercambio de información sobre cuestiones de Derecho internacional privado (europeo).

III. Organización y gestión de la Asociación

La Asociación está dirigida por un Consejo de Administración y un Consejo Científico. La Junta se encarga de los asuntos cotidianos de la Asociación, mientras que el Consejo Científico se encarga de organizar las actividades académicas. La Junta está integrada actualmente por cinco miembros de Alemania, Dinamarca, Grecia, Italia y Luxemburgo.¹³ El Consejo Científico está compuesto por los 14 académicos que participaron en la fundación de la Asociación. Está prevista una ampliación a 20 miembros, que se llevará a cabo durante la primera Conferencia de la EAPIL.

La Junta y el Consejo Científico son elegidos por la Asamblea General. La Asamblea General está compuesta por todos los miembros y decide sobre todos los asuntos que afectan significativamente a la existencia y al éxito a largo plazo de la Asociación. Se reúne cada dos años en el marco de las conferencias de la AAPIL.

IV. Afiliación y admisión a la Asociación

Pueden ser miembros de la Asociación todas las personas e instituciones interesadas en el Derecho internacional privado (europeo) y que deseen contribuir a su desarrollo ulterior. La nacionalidad y la residencia son irrelevantes. Las personas e instituciones ubicadas fuera de Europa son bienvenidas a unirse.

Los detalles sobre las diversas formas de afiliación y el procedimiento de admisión pueden encontrarse en los Estatutos de la Asociación, así como en su sitio web.¹⁴ Las solicitudes de admisión pueden ser presentadas a través de la página web de la Asociación de manera muy sencilla.¹⁵

V. Perspectivas: hacia un discurso verdaderamente europeo

La fundación de la Asociación Europea de Derecho Internacional Privado rinde tributo a la constatación de que el Derecho internacional privado se ha convertido en una disciplina europea en los últimos años. Por consiguiente, en su calidad de foro europeo general, la Asociación desea servir de punto de contacto para los colegas de toda Europa y contribuir a la elaboración de un auténtico discurso europeo sobre el Derecho internacional privado. Que haya una demanda de ese discurso queda demostrado no solo por el éxito de la Conferencia de Berlín de 2018, sino también por la gran popularidad que ha experimentado la Asociación en los últimos meses: desde su fundación en diciembre de 2019, más

¹¹ <https://eapil.org/blog/>.

¹² Los editores del blog son Apostolos Anthimos, Gilles Cuniberti, Pietro Franzina, Agnieszka Frackowiak-Adamska y Marta Requejo Isidro (véase nota 4), así como Marion Ho-Dac (Universidad de Valenciennes, Francia) y Matthias Lehmann (Universidad de Bonn, Alemania; a partir del 1 de octubre de 2020: Universidad de Viena, Austria).

¹³ Gilles Cuniberti (Presidente); Morten M. Fogt (Vice-Presidente); Giesela Rühl (Secretaria General); Pietro Franzina (Secretario General Adjunto); Apostolos Anthimos (Tesorero).

¹⁴ <https://eapil.org/becoming-a-member/>.

¹⁵ <https://eapil.org/eapil-membership-form/>.

de 160 juristas –académicos y profesionales– procedentes de más de 30 países se han adherido ya a la Asociación. Por lo tanto, esperamos con alegría y entusiasmo los próximos años.

Para consultas acerca de la Asociación, sus miembros y actividades, puede contactarse con su Secretaria General, Giesela Rühl, en secretary.generaly@eapil.org.

En nombre de la European Association of Private International Law:

Gilles Cuniberti, Presidente
Morten M. Fogt, Vice-Presidente
Giesela Rühl, Secretaria General
Pietro Franzina, Secretario General Adjunto
Apostolos Anthimos, Tesorero

CONGRESOS

ARMONIZACIÓN DE LA TÉCNICA MONITORIA EN EUROPA. EL PROCESO MONITORIO EUROPEO COMO PUNTO DE PARTIDA*

HARMONIZATION OF THE ORDER PAYMENT PROCEDURE. THE EUROPEAN ORDER FOR PAYMENT PROCEDURE AS A STARTING POINT

FELIP ALBA CLADERA

*Profesor Ayudante de Derecho Procesal
Universidad de las Islas Baleares*

Recibido: 21.06.2020 / Aceptado: 01.07.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5670>

Resumen: El presente trabajo se cuestiona si tiene sentido que el proceso monitorio europeo siga limitando su ámbito de aplicación a asuntos transfronterizos. El análisis de los puntos de convergencia y divergencia entre el proceso monitorio europeo y otros monitorios nacionales —particularmente, el español— muestra que el proceso monitorio europeo podría constituir la base para una armonización de la técnica monitoria a nivel europeo. Al mismo tiempo, y teniendo en cuenta que la armonización exige una legislación lo más perfecta posible, se formulan propuestas para dar solución a algunas deficiencias que se han detectado en la aplicación del proceso monitorio europeo.

Palabras clave: Derecho Procesal Civil Europeo, requerimiento europeo de pago, armonización, ámbito de aplicación, notificación, control de oficio de cláusulas abusivas.

Abstract: This paper questions whether it makes sense that the European order for payment procedure continues to limit its scope to cross-border cases. The analysis of the points of convergence and divergence between the European order for payment procedure and other national orders for payment procedures —particularly the Spanish— shows that the European order for payment procedure might constitute the basis for a harmonization of the order for payment procedure at European level. At the same time, and taking into account that harmonization requires the most perfect legislation possible, proposals are made to solve some deficiencies that have been detected in the application of the European order for payment procedure.

Keywords: European Civil Procedural Law, european order for payment, harmonisation, scope, service, ex officio control of unfair terms.

Sumario: I. Antecedentes. II. A vueltas con el art. 81 TFUE. III. ¿Por qué el monitorio? IV. Convergencia de los procesos monitorios en Europa. Del europeo al nacional, un camino de ida y vuelta. 1. Sin límite de cuantía. 2. Potestad del órgano jurisdiccional de formular una propuesta de requerimiento de pago por importe inferior al peticionado. 3. Control de cláusulas abusivas. V. Algu-

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Hacia un proceso civil convergente con Europa. Hitos presentes y retos futuros» (PGC2018-094693-B-I00), financiando por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y dirigido por los Profs. GASCÓN INCHAUSTI y PETTEADO MARISCAL.

nas propuestas de modificación del RPME (para facilitar la extensión de su ámbito de aplicación). 1. ¿Nos conviene un proceso monitorio europeo documental? 2. Reconsideración de la notificación del requerimiento europeo de pago. A) La notificación del requerimiento europeo de pago. Statu quo. B) Comparación con la notificación de requerimientos de pago nacionales. C) Conclusiones. 3. El cauce de revisión en casos excepcionales del art. 20. 4. Lenguas aceptables en el Estado miembro de ejecución. VI. Consideraciones finales.

I. Antecedentes

1. La voluntad de establecer un proceso monitorio europeo no es, ni mucho menos, nueva —y, también, muy anterior a la promulgación del Reglamento (CE) nº 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo (RPME, en lo sucesivo)—. Así, el Consejo de Europa, en 1981, en una recomendación sobre medidas para facilitar el acceso a la justicia, propugnaba la adopción de «disposiciones en materia de deudas no impugnadas o exigibles que aseguren la obtención rápida de una resolución definitiva sin formalidades, comparecencias ni costes innecesarios»¹.

2. El conocido como «Proyecto Storme», titulado *Aproximación del derecho procesal en la Unión Europea*², formuló un proyecto de directiva a través de la cual se pretendía armonizar ciertos elementos del proceso civil. Esta propuesta prestaba particular atención al proceso monitorio, lo que no pasó desapercibido al legislador europeo cuando proyectó la creación de un proceso monitorio a nivel europeo³. El Tratado de Ámsterdam, firmado en 1997 y que entró en vigor en el 1999, *comunitarizó* la cooperación en materia judicial civil; de abordar esta materia a través de convenios multilaterales cerrados se pasó a regularla a través de Derecho de la Unión Europea propiamente dicho (reglamentos y directivas)⁴. El objetivo era crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, adoptando, en particular, medidas relativas a la cooperación judicial en materia civil.

3. Las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere celebrado el 15 y 16 de octubre, en lo referido a la búsqueda de un *mejor acceso a la justicia en Europa*, abogaron por la creación de normas procesales comunes para dar un tratamiento simplificado y acelerado a los litigios de menor cuantía y a las reclamaciones sin oposición⁵, lo que debería ir acompañado, además, de la supresión de los procedimientos intermedios o de *exequatur* para que fueran reconocidas y ejecutables automáticamente en toda la UE las resoluciones resultantes de estos tipos de litigios⁶.

4. La Directiva 2000/35 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecían medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, incluía una referencia velada a los procedimientos monitorios proclamando que la previsión de perjuicios para el moroso solo tendría carácter disuasorio si el Derecho sustantivo va de la mano del procesal, es decir, si se acompaña de procedimientos de reclamación rápidos y eficaces para el acreedor⁷. Si bien se dejaba claro que no se exigía a los Estados miembros la adopción de un procedimiento específico de cobro de

¹ Recomendación nº R (81) 7 sobre medidas que facilitan el acceso a la justicia, de 14.5.1981, apartado c, punto 9.

² M. STORME, *Approximation of judiciary law in the European Union*, Kluwer, Dordrecht, 1994. Ésta podría calificarse como la primera gran propuesta verdaderamente ambiciosa en cuanto a armonización procesal europea se refiere.

³ Así, en el *Libro verde sobre el proceso monitorio europeo y las medidas para simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía*, Bruselas, 20.12.2002, COM(2002)746 final, p. 13, se hizo eco del trabajo liderado por el profesor Storme.

⁴ *Vid.* art. 65 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (actual art. 81 TFUE).

⁵ Conclusión 30.

⁶ Conclusión 34.

⁷ Considerando 20. Añadiendo, además, que de conformidad con el principio de no discriminación establecido en el artículo 12 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (actual art. 19 TCE), tales procedimientos debían estar a disposición de todos los acreedores establecidos en la CE.

créditos no impugnados⁸, sí que se disponía que *los Estados miembros debían velar para que se pudiera obtener un título ejecutivo, independientemente del importe de la deuda, normalmente en un plazo de 90 días naturales a partir de la presentación de la demanda o de la solicitud por parte del acreedor ante el Tribunal u otra autoridad competente, siempre que no hubiera habido impugnación de la deuda o de cuestiones del procedimiento* (art. 5).

5. Tanto la propuesta de Reglamento por el que se establece un proceso monitorio europeo⁹ como la del Reglamento por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía¹⁰ presentadas por la Comisión planteaban un ámbito de aplicación distinto al que finalmente entró en vigor. Como bien sabemos, estos procesos europeos se aplican únicamente a asuntos transfronterizos, entendidos éstos como aquellos en los que al menos una de las partes esté domiciliada o tenga su residencia habitual en un Estado miembro distinto al del órgano jurisdiccional que conozca el proceso¹¹. Ambos procesos, además, tienen carácter complementario y opcional con respecto a sus homólogos nacionales¹², por lo que no substituyen a estos últimos; así, el demandante, por ejemplo, aunque el demandado estuviera domiciliado en otro estado miembro, podría recurrir al proceso monitorio nacional o al proceso declarativo ordinario correspondiente y, si obtuviera una resolución favorable, solicitar certificarla como título ejecutivo europeo —siempre que se hubieran cumplido los requisitos— o ejecutarla al amparo del RB I bis —con las desventajas que ello conlleva—.

II. A vueltas con el art. 81 TFUE

6. En sendas propuestas, si bien contemplaban este carácter complementario y opcional¹³, estos procesos europeos uniformes extendían su ámbito de aplicación más allá de los litigios transfronterizos¹⁴. La Comisión optaba por una interpretación amplia del artículo 65 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, ahora art. 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE, en lo sucesivo) distinta a la imperante. Según este precepto, la acción legislativa europea en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil se circunscribirá a asuntos civiles con repercusión transfronteriza en cuanto resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior. Como la tesis vencedora es la que concibe la repercusión transfronteriza como equivalente a litigio transfronterizo —entendiendo éste como aquel en el que al menos una de las partes esté domiciliada o tenga su residencia habitual en un EM distinto al del órgano jurisdiccional que conozca el proceso— y, por lo tanto, es la que impide dar un paso más, mostraremos las *inconsistencias* de ésta y las *consistencias* de la otra, la que propugnó la Comisión cuando planteó dichas propuestas.

7. La competencia legislativa del Parlamento y el Consejo en materia de cooperación judicial en materia civil viene regulada por el art. 81 TFUE. Y, desde luego, la ambigüedad de este es considerable,

⁸ Considerando 23.

⁹ Bruselas, 25.05.2004, COM (2004)173 final/3.

¹⁰ Bruselas, 15.3.2005, COM (2005) 87 final.

¹¹ *Cfr.* arts. 2 y 3 RPME con el art. 2 de la Propuesta de RPME y los arts. 2 y 3 del Reglamento (CE) nº 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía (RPEEC, en lo sucesivo) con el art. 2 de la Propuesta de RPEEC.

¹² Considerando 10 del RPME y considerando 8 del RPEEC.

¹³ Considerando 8 de la propuesta de RPME y considerando 7 de la propuesta de RPEEC.

¹⁴ El Comité Económico y Social Europeo consideraba que el proceso monitorio europeo no debía tener carácter complementario, sino que debía ser el único que existiera. *Vid.* Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso monitorio europeo» (COM(2004) 173 final/3 — 2004/0055 (COD)), epígrafe 4.9.1: «...sólo deberá existir un proceso monitorio: el que está previsto y regulado por la propuesta de Reglamento que se examina, el cual, por definición, no podrá dejar de ser considerado como el más adecuado a las situaciones a las que se aplica, so pena de perder legitimidad. Por esta razón, con la adopción del Reglamento, deberán desaparecer los procesos monitorios previstos en algunas legislaciones nacionales de los Estados miembros».

tanta que puede amparar una tesis y la contraria —y todo ello sin forzar sus costuras—¹⁵. El apartado primero de este precepto dice así: «la Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros». ¿Si no se hubiera querido legitimar una posibilidad de mayor armonización, no diría, simplemente, asuntos civiles transfronterizos en vez de «con repercusión transfronteriza»? A esto se añade que, acto seguido, en su apartado segundo se dispone que, a los efectos del apartado primero y «cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior», podrán tomarse medidas legislativas para garantizar «una tutela judicial efectiva» o eliminar «los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles, fomentando si es necesario la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros».

8. Si recurrimos a la comparación con el artículo referido a las competencias normativas en cooperación judicial en materia penal¹⁶, es cierto que éste, en vez del “podrá incluir”, dice así: «la cooperación judicial en materia penal...*incluye* la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros...» (art. 82.1 TFUE)¹⁷. Si bien la versión civil es más atenuada en comparación con la penal, no se puede deducir que en la primera la puerta a la armonización más allá de los asuntos transfronterizos esté cerrada. Siguiendo con la comparativa, el apartado segundo del art. 82 TFUE reza lo siguiente: «en la medida en que sea necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer normas mínimas mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario». Y sin que sea ni mucho menos concluyente entrar en disquisiciones semánticas, queremos apuntar que, en todo caso, el término *dimensión* abarca menos que el de *repercusión*, pues la dimensión transfronteriza se tiene o no se tiene, pero que un asunto tenga repercusiones transfronterizas no supone ni mucho menos que el asunto sea transfronterizo¹⁸.

9. ¿Un sistema procesal nacional ineficiente de cobro de deudas no puede tener repercusión transfronteriza y afectar al buen funcionamiento del mercado interior?¹⁹ La Comisión, incluso, adujo –

¹⁵ F. GASCÓN INCHAUSTI, en *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 65, apunta, al respecto, que «se trata de unas previsiones tal vez vagas e imprecisas, pero con un potencial expansivo indudable».

¹⁶ Cfr. M. REQUEJO ISIDRO, «Do We Need Harmonisation to Achieve Harmonious Cooperation? Judicial Cooperation for Criminal Matters as a Testing Field», en B. HESS y X. E. KRAMER (eds.), *From common rules to best practices in European Civil Procedure*, Nomos, Baden-Baden, 2017, pp. 106 a 118.

¹⁷ En la versión en inglés el *may* frente al *shall*.

¹⁸ Vid. las definiciones de los respectivos términos en el Diccionario de la lengua española (Real Academia Española):

Dimensión: 1. f. Aspecto o faceta de algo.; 2. f. Medida de una magnitud en una determinada dirección. Las dimensiones del salón. U. t. en sent. fig. Un escándalo de grandes dimensiones.; 3. f. Fis. Cada una de las magnitudes que fijan la posición de un punto en un espacio. Una superficie tiene dos dimensiones: el largo y el ancho.; 4. f. Fis. Cada una de las magnitudes fundamentales, tiempo, longitud, masa y carga eléctrica, con que se expresa una variable física.; 5. f. Mús. Medida de los compases.

Repercusión: 1. f. Acción y efecto de repercutir.; 2. f. Circunstancia de tener mucha resonancia algo.

Repercutir: 1. intr. rebotar (l retroceder o cambiar de dirección).; 2. intr. reverberar.; 3. intr. Dicho del sonido: Producir eco.; 4. intr. Dicho de una cosa: Trascender, causar efecto en otra.; 5. tr. Hacer que un impuesto, un coste, etc., recaiga o tenga efecto sobre otra persona distinta de la que lo paga inicialmente.; 6. tr. Med. desus. Rechazar, repeler, hacer que un líquido corporal retroceda o refluya hacia atrás.

Si confrontamos, también, *dimension* frente *implication* llegamos a la misma conclusión.

¹⁹ Así, la propuesta de RPME, p. 8, planteaba el siguiente ejemplo: «Dos empresas que compitan en un mismo Estado miembro, de las cuales sólo una esté domiciliada en ese Estado miembro, no estarán en igualdad de condiciones si únicamente la que esté domiciliada en el extranjero puede recurrir a un proceso monitorio europeo eficaz. De la misma manera, una empresa cuyos clientes residan en su mayoría en el extranjero gozaría de una ventaja considerable al poder acceder a ese proceso, con respecto a una empresa competidora domiciliada en el mismo Estado miembro que desarrollara la mayor parte de su actividad empresarial en el mismo país. Por otra parte, y especialmente en el caso de los Estados miembros que no ofrecen ningún instrumento eficaz para el cobro de deudas no impugnadas, resultaría políticamente difícil explicar tanto a los acreedores como a los deudores por qué tienen acceso o están sujetos a un mecanismo más eficaz si el caso es transfronterizo que si es interno». En la misma línea, *vid.* la propuesta de RPEEC, pp. 5, 6 y 7.

sin rubor alguno— que la eficacia de los procesos de los distintos Estados miembros para la tutela judicial del crédito era muy dispar entre ellos, que unos países tenían «procesos eficaces y racionales» mientras que otros no, lo que distorsionaba la competencia y alteraba el buen funcionamiento del mercado interior²⁰. Tal argumento, aunque puede ser válido, para adoptarlo hay que ser extremadamente precavido, ya que conviene tener presente que la armonización, si bien puede implicar una mejora del nivel de algunos procesos, también puede empeorar el de otros; de ahí que creamos que sea razonable, ante una eventual extensión del ámbito de aplicación del proceso monitorio europeo, mantener, al menos en una primera fase, su carácter opcional y complementario con respecto a los diversos procesos nacionales.

10. Además, lo interno puede devenir transfronterizo con suma facilidad: litigio puramente interno cuya resolución final debe ejecutarse en otro Estado miembro. Así, la propuesta inicial de proceso monitorio europeo ahondaba en esta línea con otros ejemplos más ingeniosos²¹.

11. Una vez que se confirma que la UE tiene la competencia normativa atribuida, debe ejercer ésta conforme al principio de subsidiariedad y proporcionalidad (art. 5.3 TUE). El establecimiento de un proceso europeo más allá de los asuntos estrictamente transfronterizos, creemos, podría sortear sin grandes esfuerzos argumentales las exigencias derivadas de dichos principios. La UE solo debe desarrollar su acción legislativa con respecto a una materia cuando a los Estados miembros por sí solos no les sea posible alcanzar los objetivos perseguidos. Un proceso uniforme a nivel europeo es obvio que solo puede lograrse a través de un instrumento legislativo comunitario. Y en cuanto al respeto del principio de proporcionalidad, la regulación se limitaría «a lo estrictamente necesario» para alcanzar dicho proceso; además, cualquier óbice al respecto se superaría con el carácter opcional del proceso monitorio europeo²². Teniendo presente, también, que todo lo que no esté regulado por el reglamento, para no ir más allá de lo estrictamente necesario, se deja en manos de las respectivas legislaciones nacionales.²³

III. ¿Por qué el monitorio?

12. La armonización europea de un procedimiento común²⁴ —entendido éste como aquel proceso cuyo objeto abarca cualquier tipo de pretensión, salvo las excepciones legales que establezcan otra tramitación específica— es, ahora mismo, poco realista²⁵. Aunque se planteara con carácter alternativo, es decir, opcional frente a los procesos nacionales, tal vez, los propios litigantes serían reacios a utilizarlo.

13. Como creemos que lo mejor es ir paso a paso, abogamos por probar, primeramente, con el proceso monitorio europeo. Aunque el proceso europeo de escasa cuantía, valga la redundancia, sea

²⁰ Si bien lo hizo en la propuesta de RPEEC, pp. 5, 6 y 7, creemos que son extrapolables a la discusión sobre el proceso monitorio europeo.

²¹ «Pongamos por caso que dos personas domiciliadas en Francia tengan un accidente de coche en Alemania y litiguen por daños y perjuicios ante un tribunal francés. ¿Es éste un caso exclusivamente interno, por encontrarse ambas partes y el tribunal en el mismo Estado miembro, o trasciende del ámbito nacional al existir una relación con otro Estado miembro cuyos tribunales serían competentes para ver la causa si el demandante hubiera preferido ejercitar su acción en este país? Optar por la primera alternativa equivale a decidir el carácter transfronterizo de una causa sobre la base de la elección subjetiva del demandante; en función del tribunal al que éste decida recurrir, una misma situación tendrá una dimensión internacional o será exclusivamente de ámbito nacional, a pesar de que en algunos aspectos esté vinculada a dos Estados miembros. Podría plantearse que todos los casos en los que existen factores de relación con varios Estados miembros tienen implicaciones transfronterizas. Pero, en primer lugar, resultaría inevitablemente complicado definir en qué consiste un factor de relación suficiente. ¿Debe considerarse suficiente para establecer ese vínculo el hecho de que el Derecho sustantivo de un Estado miembro distinto del Estado del foro sea aplicable?», pp. 7 y 8.

²² *Vid.* las propuestas de RPME, pp. 8 y 9, y RPEEC, p. 7.

²³ Art. 21 y 26 RPME y, en el mismo sentido, art. 19 RPEEC.

²⁴ Siguiendo la terminología usada por M. ORTELLS, *Derecho Procesal Civil*, Ed. 17ª, Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 469 y 470. En la LEC, en cambio, se utiliza el término *procesos declarativos* (*vid.* Libro II y art. 248; juicio ordinario y juicio verbal).

²⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas mínimas comunes del proceso civil en la Unión, que incluía una propuesta de directiva, la cual, por ahora, no ha prosperado.

un proceso para reclamar deudas dinerarias de escasa cuantía y, si se quiere, simplificado, no hay duda alguna que el proceso más simple es el monitorio; simplicidad que implica más puntos en común y menos divergencias con los procesos homólogos de los diversos países y que, por lo tanto, las respectivas legislaciones procesales y prácticas forenses nacionales podrían adoptarlo de forma poco traumática.

14. La técnica monitoria, apuntándolo de forma muy general, sigue el siguiente esquema. Primeramente, el acreedor formula una petición de requerimiento de pago ante un órgano jurisdiccional, y si se cumplen los requisitos para su admisión se emite dicho requerimiento de pago notificándose éste al deudor. A partir de ahí, todo depende de la actitud del deudor: puede pagar; permanecer inactivo y se despachará ejecución contra él; o si formula oposición —sin tener que motivarla en este estadio— la controversia se dilucida según el proceso ordinario que corresponda. Si bien un monitorio es un proceso especial que tiene naturaleza declarativa, la contradicción es inexistente —al menos, si el deudor paga o permanece pasivo—, lo que conlleva que ante una eventual armonización o uniformización del proceso monitorio a nivel europeo las distintas legislaciones nacionales procesales no sufrirían ningún terremoto de magnitudes considerables (no habría armonización en cuestiones como prueba y alegación, por ejemplo). La contradicción se restaura con la oposición del deudor y a partir de ahí ya se sigue un procedimiento ordinario —que sería el que correspondería en cada Estado miembro o, si es aplicable y el demandante opta por éste, el proceso europeo de escasa cuantía²⁶—. Es decir, desde una visión de conjunto, la armonización solo se produciría para aquellos supuestos en los que el demandado paga o permanece inactivo, ya que si hay oposición el litigio continua a través del proceso ordinario nacional que corresponda. En el caso español, por ejemplo, ¿qué sería más traumático para nuestro ordenamiento jurídico procesal? ¿sustituir nuestro proceso monitorio por el europeo o que todos los litigios de reclamación de cantidad que caen bajo el ámbito del juicio verbal por razón de la cuantía se dilucidaran por el proceso europeo de escasa cuantía?

IV. Convergencia de los procesos monitorios en Europa. Del europeo al nacional, un camino de ida y vuelta

1. Sin límite de cuantía

15. La LEC del 2000, en su origen, limitaba a cinco millones de pesetas la cuantía de las deudas que podían reclamarse a través del proceso monitorio, cuantía que con la llegada del euro se transformó en su equivalente, 30.000 euros. Dicho umbral de cuantía se elevó hasta los 250.000 euros mediante la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial²⁷. En la exposición de motivos de dicha ley se adujo que la elevación de la cuantía de los créditos exigibles a través del proceso monitorio continuaba «la *estela de prudencia* iniciada por el legislador de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, en el sentido de que no se suprime el límite cuantitativo para las pretensiones que se hacen valer por este procedimiento», si bien se reconoció, al mismo tiempo, que ésta *no era la línea seguida a nivel europeo*, citando como ejemplo el proceso monitorio europeo.

16. La resistencia a la eliminación del límite de cuantía duró un brevísimo lapso, ya que la Ley 37/2011, de medidas de agilización procesal, suprimió límite alguno a imagen y semejanza —como

²⁶ Posibilidad que incluyó expresamente el RPME a través de la reforma de su art. 17 introducida por el Reglamento (UE) 2015/2421; así, ante un eventual escrito de oposición, el demandante puede, si éste es aplicable, optar porque el proceso continúe a través del proceso europeo de escasa cuantía.

²⁷ Ya durante la tramitación parlamentaria, el Grupo Popular presentó una enmienda que, en su versión inicial, pretendía la eliminación de límite de cuantía alguno. *Vid.*, con más profundidad, S. ARAGONESES, «La reforma del Libro IV de la ley de Enjuiciamiento civil: de los procesos especiales», en *Guía práctica de la nueva Oficina judicial* (coord. J. BANACLOCHE PALAO), Las Rozas, 2010, p. 388.

reconoce el propio preámbulo— del proceso monitorio europeo. Así, en el proceso monitorio español pueden reclamarse deudas dinerarias de cualquier importe, mientras éstas sean líquidas, determinadas, vencidas y exigibles (art. 812 LEC).

2. Potestad del órgano jurisdiccional de formular una propuesta de requerimiento de pago por importe inferior al peticionado

17. Otra muestra de convergencia entre el proceso monitorio español y el europeo es que el legislador español, a través de la Ley 4/2011, tomando como referencia el art. 10 RPME, introdujo la posibilidad de que el juez propusiera al demandante la emisión de un requerimiento por cuantía inferior a la que se había solicitado. Convergencia que se explica, sin tapujos, en el propio Preámbulo de dicha ley: «como se ha apuntado, los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía tienen aplicación únicamente en litigios transfronterizos. Sin embargo, *el hecho de que algunas normas sean más ventajosas que las que incluye nuestra legislación obliga a introducir aquellos cambios que confieran el mismo tratamiento procesal a cualquier acreedor, resida en España o en otro país de la Unión Europea*».

3. Control de cláusulas abusivas

18. La STJUE de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, asunto C-618/10, declaró que la configuración del proceso monitorio español se oponía a la Directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos con los consumidores, en la medida en «que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio —*in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento— el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición»²⁸. El Derecho procesal español concebía que el control de las cláusulas abusivas debía dilucidarse, previa oposición del deudor al requerimiento de pago, en el ulterior proceso declarativo; lo cual no fue de agrado del TJUE²⁹, sosteniendo, así, que concurría «un riesgo no desdeñable de que los consumidores afectados no formulen la oposición requerida, ya sea debido al plazo particularmente breve previsto para ello, ya sea porque los costes que implica la acción judicial en relación con la cuantía de la deuda litigiosa puedan disuadirlos de defenderse, ya sea porque ignoran sus derechos o no perciben cabalmente la amplitud de los mismos, o ya sea debido, por último, al contenido limitado de la demanda presentada por los profesionales en el proceso monitorio y, por ende, al carácter incompleto de la información de que disponen»³⁰. Así, el TJUE consideró que de esta forma «bastaría con que los profesionales presentaran la demanda en un proceso monitorio en lugar de hacerlo en el juicio civil ordinario para privar a los consu-

²⁸ Apartado 57.

²⁹ Cuando en las conclusiones de la Abogada General del asunto C-618/10, *Banco Español*, presentadas el 14 de febrero de 2012, avalaba la concepción española: «La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a pronunciarse de oficio y *ab limine litis* en un proceso monitorio nacional sobre el carácter no vinculante de una cláusula de intereses de demora incluida en un contrato de crédito al consumo, siempre que el examen del posible carácter abusivo de dicha cláusula pueda, en virtud del Derecho procesal nacional, trasladarse a un procedimiento contencioso que se inicie mediante recurso del deudor en el cual el órgano jurisdiccional nacional tenga la posibilidad de reunir los elementos de hecho y de Derecho necesarios para llevar a cabo tal apreciación». La Abogada General consideraba que los Estados miembros no están obligados por el Derecho de la Unión a establecer en sus ordenamientos jurídicos nacionales un examen de oficio y *in limine litis* del carácter abusivo de las cláusulas contractuales en el proceso monitorio, aunque, también, apunta que cabía tal posibilidad en interés de la protección de consumidor conforme al artículo 8 de la Directiva 93/13. Además, la Abogada General apuntó, consideramos que con acierto, que tal obligación de control en el ámbito del proceso monitorio mermaría la principal ventaja de este tipo de procesos: la rápida satisfacción de créditos pecuniarios no impugnados. *Vid.*, en particular, los apartados 48 a 56 y 79.

³⁰ Apartado 54.

midores de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13»³¹. En el mismo sentido, se volvió a pronunciar el TJUE en contra de la ley procesal española, antes de la reforma que permitió un control de oficio de esta cuestión previo a la expedición del requerimiento de pago, por no permitir que el juez que conoce de la ejecución del requerimiento de pago pudiera apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y consumidor cuando la autoridad que conoció de la petición inicial de monitorio carecía de competencia para realizar dicho control³².

19. A raíz de esta sentencia, se introdujo el nuevo art. 815.4 de la LEC que prevé, en caso de que el crédito se funde en un contrato entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario, un control de oficio de la eventual abusividad de las cláusulas de dicho contrato previo a la emisión del requerimiento de pago. Así, el Letrado de la Administración de Justicia (LAJ), en este caso, antes de efectuar el requerimiento, «dará cuenta al juez para que pueda apreciar el posible carácter abusivo de cualquier cláusula que constituya el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible». Si el juez «apreciare que alguna cláusula puede ser calificada como tal, dará audiencia por cinco días a las partes»; una vez oídas éstas, sin que para ello sea preceptivo abogado y procurador³³, resolverá mediante auto dentro de los cinco días siguientes. El auto que estime el carácter abusivo de algunas de las cláusulas declarará la improcedencia del proceso o la continuación del procedimiento sin la aplicación de estas cláusulas. Si se declarase la inexistencia de cláusula abusiva alguna, el LAJ emitirá el requerimiento de pago. Este auto podrá ser recurrido mediante recurso de apelación.

20. Sin embargo, después de esta sentencia era de esperar que el problema se trasladara al proceso monitorio europeo³⁴, ya que ninguna disposición de su reglamento prevé un control de tal tipo, más aún cuando éste es de carácter *puro* —o híbrido— y no *documental*. Y esto es lo que ha sucedido con la STJUE de 19 de diciembre de 2019, *Bondora*, asuntos acumulados C-453/18 y C-494/18, precisamente a raíz de cuestiones prejudiciales de origen español.

Esta sentencia adquiere particular relevancia, además, porque ha sido dictada en un contexto donde ha habido un incremento exponencial del recurso al proceso monitorio europeo (un 798,3% en el año 2018). Aumento debido a una práctica que seguían los conocidos, vulgarmente, como “fondos buitres” para evitar el control que se ejerce sobre el principio de prueba documental exigido en nuestro proceso monitorio para acreditar la deuda reclamada³⁵ y por el control de oficio realizado por parte del juez sobre la eventual existencia de cláusulas abusivas³⁶. Aunque en origen se trataban de deudas puramente nacio-

³¹ Apartado 55.

³² STJUE de 18 de febrero de 2016, *Finanmadrid*, asunto C-49/14, apartado 55. En el mismo sentido, ATJUE de 21 de junio de 2016, *Aktiv Kapital Portfolio AS*, asunto C-122/14, apartado 39.

³³ Lo que, como apunta J. F. HERRERO PEREZAGUA en «Cinco preguntas sobre la transformación del monitorio», *Revista General de Derecho Procesal*, nº 45, 2018, p. 31, «se aviene mal con el carácter técnico-jurídico de una cuestión como la referida».

³⁴ Según un estudio que encargó la Comisión Europea a un consorcio de universidades europeas liderado por el *Max Planck Institute Luxembourg*, «An evaluation study of national procedural laws and practices in terms of their impact on the free circulation of judgments and on the equivalence and effectiveness of the procedural protection of consumers under EU consumer law», Strand 2, *Procedural Protection of Consumers*, JUST/2014/RCON/PR/CIVI/0082, http://ec.europa.eu/newsroom/just/document.cfm?action=display&doc_id=49503, p. 231, en Alemania, Eslovenia, Estonia, Francia, Hungría, Polonia, Portugal y Suecia en sus procesos monitorios, cuando el demandado es un consumidor, no se realiza ningún tipo de control de oficio. Además, si cogemos como ejemplo Alemania —país sobre el que volveremos *infra*—, vemos que tampoco hay este control de oficio en la fase de ejecución del requerimiento de pago, solo habría tal examen si el consumidor se opusiera a la ejecución o hubiese formulado oposición al inicio del monitorio (*vid.* el *national report – consumer protection strand* de Alemania realizado por C. KERN y T. PFEIFFER). Es decir, en Alemania se estaría incumpliendo la jurisprudencia europea sobre el control de oficio de cláusulas abusivas en procesos de naturaleza monitoria; lo que es realmente preocupante, porque no puede ser que solo se aplique la interpretación del derecho de la Unión europea realizada por el TJUE en aquel país del órgano jurisdiccional que planteó la cuestión prejudicial.

³⁵ Aquí algunos casos en los que se inadmite la petición de monitorio porque se aportan documentos parciales o, tan solo, fotocopias: AAT de la Audiencia Provincial de Madrid de la Sec. 20.ª, de 4 de febrero de 2013 y de 16 de noviembre de 2012; y de la Sec. 21.ª, de 21 de noviembre de 2012.

³⁶ El ATJUE de 21 de junio de 2016, *Aktiv Kapital Portfolio AS*, asunto C-122/14, por ejemplo, es una muestra de los impedimentos que encontraban los fondos de capital de riesgo para cobrar los créditos a través del proceso monitorio español debido al control de oficio de eventuales cláusulas abusivas.

nales, la cesión del crédito a fondos de capital de riesgo con sede en otro Estado miembro (normalmente, Luxemburgo, Estonia o Malta) permitía acudir al proceso monitorio europeo. ¿Y cuáles eran las ventajas del proceso monitorio europeo? Precisamente la inexistencia de dichos controles, ni documental ni sobre la eventual abusividad en el caso de contratos celebrados con consumidores, ni sobre la eventual abusividad en el caso de contratos celebrados con consumidores³⁷.

21. En la Ley de Enjuiciamiento Civil, su disposición final vigésima tercera, relativa a las medidas adoptadas para facilitar la aplicación en España del RPME, establece, por una parte, que «la petición de requerimiento europeo de pago se presentará a través del formulario A que figura en el anexo I [del Reglamento n.º 1896/2006], sin necesidad de aportar documentación alguna, que en su caso será inadmisible» y, por otra, que «las cuestiones procesales no previstas en el Reglamento (CE) n.º 1896/2006 para la expedición de un requerimiento europeo de pago se regirán por lo previsto [en la LEC] para el proceso monitorio».

22. Los jueces españoles, en *Banco Español de Crédito*, consideraron que, al ser el crédito fundado en un contrato de préstamo celebrado entre un profesional y un consumidor, el requirente debía aportar la documentación acreditativa de la deuda, en concreto, el contrato de préstamo, para poder controlar el eventual carácter abusivo de alguna de sus cláusulas; aplicando así el control de oficio que se estableció en el monitorio nacional (815.4 LEC) por exigencia de la jurisprudencia europea. El requirente se negó a presentar tal documentación aduciendo que ni el RPME (arts. 8 y 12) —de ahí su naturaleza no documental— ni la mencionada disposición final vigésima tercera de la LEC le obligaban a aportar documento alguno.

23. La petición de requerimiento se presenta mediante el formulario A, que figura en el anexo I del RPME (art. 7.1), en dicha petición, entre otros elementos, deberá indicarse el *petitum* —«el importe de la deuda, incluido el principal y, en su caso, los intereses, las penalizaciones contractuales y las costas» (art. 7.2.b)—, la *causa de pedir* —«incluida una descripción de las circunstancias invocadas como fundamento de la deuda y, en su caso, de los intereses reclamados» (art. 7.2.d)— y una descripción de los medios de prueba que acrediten la deuda (art. 7.2.e). El órgano jurisdiccional examinará, lo antes posible y basándose en el formulario de la petición, si se cumplen los requisitos establecidos y si la petición resulta fundada, pudiendo este examen operar como un procedimiento automatizado (art. 8).

24. El RPME no exige aportación de medio de prueba alguno que acredite la deuda, sino tan solo su *descripción*³⁸, por lo que el órgano jurisdiccional, para poder examinar de oficio la eventual abusividad de las cláusulas contractuales, debería pedir al acreedor que aporte información complementaria, es decir, documentos, convirtiéndose, así, el proceso, *de facto*, en documental.

25. Es cierto que el artículo 9 del RPME dispone que el órgano jurisdiccional, a través del formulario b (anexo II), puede solicitar que el acreedor complete o rectifique la petición, pero circunscribiendo esta solicitud a un incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 7. Por lo que consideramos que, al menos de *lege lata*, no podría solicitarse una copia del contrato, ya que su aportación no es requisito para formular correctamente una petición de requerimiento europeo de pago. Nuestra tesis, además, sería conforme con la STJUE de 13 de diciembre de 2012, *Iwona Szyrocka c. SiGer Te-*

³⁷ En relación con esta cuestión, debo referirme al Prof. YBARRA BORES, el cual me ilustró sobre estas prácticas. También se hace eco de esta *praxis* la Memoria sobre el estado, funcionamiento y actividades del Consejo General del Poder Judicial y de los juzgados y tribunales en el año 2018, pp. 355 y 356.

³⁸ En el apartado 10 del formulario A el acreedor puede apuntar los medios de prueba de los que dispone y su descripción, incluidas las pruebas documentales; sin embargo, por *descripción* parece que se refiere únicamente a su identificación, ya que el espacio que deja el formulario para la descripción de las pruebas es minúsculo y en las indicaciones para cumplimentar el formulario de petición se señala que «en la casilla [Descripción de las pruebas] figurará, por ejemplo, el título, denominación o número de referencia del documento en cuestión, la cuantía mencionada en el mismo, o el nombre del testigo o del perito»; es decir, descripción más bien poca. No obstante, el campo 11 del formulario permite aportar información complementaria o, también, emplearse en caso de necesitar más espacio para cualquier campo anterior.

chnologie GmbH, asunto C-215/11, que declaró que el «artículo 7 del Reglamento n.º 1896/2006 regula de manera exhaustiva los requisitos que debe cumplir la petición de requerimiento europeo de pago»³⁹.

26. No obstante, el TJUE declara que, en virtud de los arts. 7 y 9, el órgano jurisdiccional que conoce del proceso monitorio «puede pedir al acreedor información complementaria relativa a las cláusulas que este invoca para acreditar la deuda, como la reproducción de todo el contrato o la presentación de una copia de este, con el fin de poder examinar el carácter eventualmente abusivo de tales cláusulas»⁴⁰. El TJUE dice que el que se «requiera al demandante que aporte el contenido del documento o de los documentos en los que basa su petición se integra simplemente en la materia probatoria del proceso, ya que ese requerimiento tiene por único objeto determinar si la petición es fundada»⁴¹. De este modo, dando respuesta a varias cuestiones prejudiciales planteadas, concluyó que «el artículo 7, apartado 2, letras d) y e), del Reglamento n.º 1896/2006 y los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, tal como han sido interpretados por el Tribunal de Justicia y a la luz del artículo 38 de la Carta, deben interpretarse en el sentido de que permiten que un “órgano jurisdiccional”, según la definición de dicho Reglamento, que conoce de un proceso monitorio europeo pida al acreedor información complementaria relativa a las cláusulas contractuales que este invoca para acreditar la deuda de que se trate, con el fin de controlar de oficio el carácter eventualmente abusivo de esas cláusulas, y de que, en consecuencia, se oponen a una normativa nacional que declara inadmisibles la documentación complementaria aportada a tal efecto»⁴².

Enlazando otra vez con las modificaciones que ha sufrido el proceso monitorio español a raíz de la jurisprudencia europea en materia de cláusulas abusivas, queremos señalar que lo que más desnaturaliza el proceso monitorio no es ya el control de oficio del órgano jurisdiccional de la eventual concurrencia de cláusulas abusivas, sino que se introduzca un trámite de audiencia en el que se llama no solo al acreedor, sino, también, al deudor. Una de las características fundamentales de un proceso monitorio es que la contradicción se pospone a una eventual oposición del deudor al requerimiento de pago, a partir de la cual se traslada el litigio al procedimiento declarativo ordinario que corresponda donde la contradicción queda garantizada. Se apuntó que el requisito de audiencia era ineludible por exigencia de la propia jurisprudencia europea: «el principio de contradicción obliga, con carácter general, al juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual a informar de ello a las partes procesales y ofrecerles la posibilidad de debatir de forma contradictoria según las normas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales» (STJUE de 21 de febrero de 2013, *Banif Plus Bank*, asunto C-472/11, apartado 36)⁴³. Sin pretender ahondar en el prolijo debate que ha suscitado en la doctrina española esta cuestión⁴⁴, tan solo quiero realizar algunas consideraciones. En el caso *Banco Español de Crédito* en ningún momento se hace referencia, como señala GASCÓN INCHAUSTI, a que sea preceptiva la celebración

³⁹ Apartado 32.

⁴⁰ Apartado 50.

⁴¹ Apartado 52.

⁴² Apartado 54.

⁴³ L. GÓMEZ AMIGO, en «Control de las cláusulas abusivas y garantías procesales en los procesos con técnica monitoria, a la luz de la jurisprudencia reciente», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 49, 2019, p. 6, y en «La evolución del proceso monitorio. En particular, su reforma por la Ley 42/2015, de 5 de octubre», *Práctica de Tribunales. Revista especializada en Derecho Procesal Civil y Mercantil*, núm. 126, mayo-junio 2017, epígrafe 4.2.

^{Vid.}, también, el apartado 35 de la misma sentencia: «Esta posibilidad ofrecida al consumidor de expresar su opinión sobre este extremo obedece también a la obligación que incumbe al juez nacional, como se ha recordado en el apartado 25 de la presente sentencia, de tener en cuenta, en su caso, la voluntad manifestada por el consumidor cuando, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta, no obstante, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula».

⁴⁴ *Vid.*, entre otros, J. BANACLOCHE PALAO, «Algunas reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de procuradores, juicio verbal y monitorio», *Diario La Ley*, n.º 8137, 30 de julio de 2013; B. SÁNCHEZ LÓPEZ, «Recorrido por las sucesivas reformas del procedimiento monitorio y el reto del control de oficio de las cláusulas abusivas en contratos de consumo», en I. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, y J. VEGAS TORRES, (coords.), *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, vol. II, Madrid, Ed. Ramón Areces, 2016, pp. 2833 a 2839; L. GÓMEZ AMIGO, «Control de las cláusulas abusivas y garantías procesales en los procesos con técnica monitoria, a la luz de la jurisprudencia reciente», *op. cit.*, p. 6, y en «La evolución del proceso monitorio. En particular, su reforma por la Ley 42/2015, de 5 de octubre», *op. cit.*, epígrafe 4.2.; y J. F. HERRERO PEREZAGUA, «Cinco preguntas sobre la transformación del monitorio», *op. cit.*, pp. 29 a 35.

de una audiencia con todas las partes, sino que en el ámbito del proceso monitorio critica que el juez «aun cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto» no pueda examinar de oficio el eventual carácter abusivo de una cláusula⁴⁵. A esto queremos añadir tres cuestiones. La primera: la jurisprudencia a la que se recurre para declarar que el control de oficio de cláusulas abusivas en el proceso monitorio debe ir acompañado de un incidente contradictorio no se refiere a procesos de técnica monitoria y hace referencia a tal obligación utilizando términos como «con carácter general»⁴⁶ o «por regla general»⁴⁷; es decir, que puede haber excepción y ésta podría ser el monitorio. La segunda es que el carácter prescindible de tal vista en el ámbito de un proceso monitorio creemos que se avala por la STJUE de 19 de diciembre de 2019, *Bondora*, asuntos acumulados C-453/18 y C-494/18, ya que ésta solo declara que el proceso monitorio europeo permite que el tribunal que conozca del asunto solicite «al acreedor información complementaria relativa a las cláusulas contractuales que este invoca para acreditar la deuda de que se trate, con el fin de controlar de oficio el carácter eventualmente abusivo de esas cláusulas» sin que en ningún momento aluda a la necesidad de abrir un incidente contradictorio con ambas partes —lo que tampoco prevé, ni mucho menos, el propio RPME—. Y la tercera es que el análisis de la abusividad en el seno del proceso monitorio no equivale al enjuiciamiento propio de un proceso plenario de cognición; el juez realiza, de oficio, una función de mera prevención para garantizar la efectividad de la protección del consumidor exigida por el Derecho europeo⁴⁸, por lo que su decisión en este estadio no tendrá eficacia de cosa juzgada material⁴⁹, lo que refuerza, según nuestro parecer, el carácter innecesario de una vista contradictoria.

27. En el fondo, con esta resolución estamos pasando por el tamiz del TJUE y de la Directiva 93/13 —y del artículo 38 de la CDFUE— no una disposición nacional, sino una propiamente europea, el RPME; aunque se diga que la disposición final 23ª.2 LEC es contraria al Derecho europeo por declarar inadmisibles la documentación complementaria. Por ello, queremos manifestar que la disposición final vigésima tercera de la LEC es totalmente escrupulosa con el RPME, el art. 7.1 requiere que la petición de requerimiento europeo de pago se presente a través del formulario A, sin acompañamiento de documentación alguna, cosa distinta es que luego el art. 9 RPME permita la posibilidad de completar o rectificar la petición si no se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 7, cosa que obviamente no prohíbe la disposición española. Entendemos el proceder del TJUE y de que este intente forzar al máximo el texto del RPME para dar encaje a la jurisprudencia europea en materia de protección de derecho de consumidores; sin embargo, tal vez, lo honesto —aunque más problemático y, tal vez, inviable— sería haber respondido

⁴⁵ F. GASCÓN INCHAUSTI, *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, op. cit., p. 130.

⁴⁶ SSTJUE de 21 de febrero de 2013, *Banif Plus Bank*, asunto C-472/11, apartados 30 y 36, y de 30 de mayo de 2013, *Dirk Frederik Asbeek Brusee*, asunto C-488/11, apartado 52.

⁴⁷ STJUE de 21 de febrero de 2013, *Banif Plus Bank*, asunto C-472/11, apartado 31.

⁴⁸ La Abogado General, en las conclusiones presentadas en *Bondora*, realiza las siguientes matizaciones: «...el control ejercido por el juez se limita estrictamente a la comprobación del carácter potencialmente abusivo, a primera vista, de las cláusulas invocadas (al examinar la apariencia de buen derecho de la petición)» (apartado 131); «Esta solución garantiza una protección efectiva del consumidor, ya que posibilita que el juez deniegue la expedición de un requerimiento de pago (o que expida un requerimiento de pago parcial) cuando las cláusulas invocadas parezcan, a primera vista, potencialmente abusivas» (apartado 133); «En efecto, el juez ante el que se presenta la petición no se pronuncia sobre el fondo y no anula las cláusulas contractuales controvertidas. Simplemente se niega a expedir un título ejecutivo en virtud del Reglamento n.º 1896/2006, basándose en una apariencia de derecho, sin perjuicio de los derechos del acreedor, que habrán de ser objeto de un debate contradictorio ante el órgano jurisdiccional que conozca del fondo» (nota 74); «...cabe señalar también que, con arreglo a los artículos 8 y 11 del Reglamento n.º 1896/2006, el juez ante el que se haya presentado la petición de requerimiento de pago solo está llamado a pronunciarse sobre la apariencia de buen derecho de la petición al estimarla o desestimarla» (apartado 137); «...una eventual desestimación de la petición (debido, por ejemplo, a la existencia de dudas sobre el carácter potencialmente abusivo de las cláusulas invocadas) obviamente no impedirá al acreedor cobrar su crédito, en su caso, por otras vías procesales» (apartado 138).

⁴⁹ Vid. B. SÁNCHEZ LÓPEZ, «Recorrido por las sucesivas reformas del procedimiento monitorio y el reto del control de oficio de las cláusulas abusivas en contratos de consumo», op. cit., pp. 2836 y 2837. Así, «en consecuencia, ya sea por falta de cosa juzgada material del auto, ya sea por falta de identidad de res, el control a limine litis del juez en este momento del procedimiento monitorio no puede impedir ni que el acreedor acuda a un proceso declarativo plenario en defensa de la validez de cláusulas cuestionadas de oficio por el juez en este incidente..., ni que el consumidor deudor pueda formular oposición en el seno del procedimiento monitorio para que la eventual nulidad de las cláusulas en cuestión se diriman en el proceso plenario correspondiente».

la cuestión prejudicial cuarta del asunto C-494/18⁵⁰, estableciendo que la redacción actual del RPME no permite el control de oficio de la existencia de cláusulas abusivas con carácter previo a expedir el requerimiento europeo de pago, por lo que no sería válido por ser contrario al art. 38 CDFUE y al art. 6.1 TUE.

V. Algunas propuestas de modificación del RPME (para facilitar la extensión de su ámbito de aplicación)

28. En este trabajo no pretendemos plantear una refundición total del RPME, sino tan solo los retoques que consideramos más necesarios. Aunque, obviamente, facilitaría la extensión del ámbito de aplicación del proceso monitorio europeo a los litigios internos un instrumento lo más perfeccionado posible, hemos usado el paréntesis en el título de este epígrafe porque creemos que estas propuestas pueden ser igualmente útiles para una mejora del proceso monitorio europeo que no llevara aparejada una modificación de su ámbito de aplicación⁵¹.

1. ¿Nos conviene un proceso monitorio europeo documental?

29. El proceso monitorio europeo se diseñó partiendo de los diversos procesos monitorios existentes en la Unión Europea⁵², por lo que el resultado fue un proceso que contenía características de los dos principales modelos de procesos monitorios existentes en Europa: el puro y el documental⁵³. El PME es más próximo al puro porque ha apostado por su principal rasgo: la emisión del requerimiento de pago no necesita ningún principio de prueba documental de los hechos constitutivos del crédito, sino que es suficiente la mera afirmación del acreedor. De ahí que el RPME exija que el demandante declare «que la información suministrada es, a su leal saber y entender, verdadera y [reconozca] que cualquier declaración falsa deliberada podría acarrearle las sanciones oportunas con arreglo al Derecho del Estado miembro de origen» (art. 7.3) y, a su vez, se informe al demandado de que «el requerimiento fue expedido únicamente sobre la base de la información facilitada por el demandante, sin que la misma haya sido comprobada por el órgano jurisdiccional» (art. 12.4.a)⁵⁴. Sin embargo, este último inciso al que nos hemos referido chirria con el proceso monitorio puro por el que parece, *ab initio*, que se opta, ya que, acto seguido, se exige por parte del órgano jurisdiccional un examen del fundamento de la petición inicial de PME —control más propio de los monitorios documentales— (art. 8)⁵⁵. Examen que no encaja bien, tampoco, en un proceso monitorio puro porque así no sería factible, en principio, la tramitación automática a través de medios informáticos en la que el juez no interviene directamente, sino que delega en otros miembros de la oficina judicial; por ello, el legislador europeo trató de salvar tal óbice con el siguiente inciso final del art. 8: «este examen podrá revestir la forma de un procedimiento automatizado»⁵⁶. Otra característica más propia de los procesos monitorios documentales que adopta el monitorio europeo es constituirse como un procedi-

⁵⁰ Dicha cuestión prejudicial reza así: «4) En el supuesto de que no sea posible controlar de oficio, en la redacción actual del Reglamento n.º 1896/2006, la existencia de cláusulas abusivas con carácter previo a expedir el requerimiento europeo de pago, se pregunta al TJUE para que se pronuncie sobre la validez del citado Reglamento, por si es contrario al artículo 38 [de la Carta] y [al] artículo 6.1 [TUE]».

⁵¹ Y, es más, algunas reflexiones pueden servir, también, para repensar algunas cuestiones del proceso monitorio nacional.

⁵² *Libro Verde sobre el proceso monitorio europeo y las medidas para simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía*, COM (2002) 764 final, epígrafe 3.

⁵³ *Vid.*, sobre los principales modelos de técnica monitoria, P. CALAMANDREI, *El procedimiento monitorio* (trad.: S. SENTÍS MELENDO), Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1946, y J. P. CORREA DELCASSO, *El proceso monitorio*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998. En extensión, *vid.* sobre la naturaleza y los rasgos fundamentales del proceso monitorio europeo a L. GÓMEZ AMIGO, *El Proceso Monitorio Europeo*, Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 41 a 58, y a S. GARCÍA CANO, *Estudios sobre el proceso monitorio europeo*, Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 56 a 63.

⁵⁴ Disposición similar a la del § 692 I núm. 2 ZPO.

⁵⁵ J. P. CORREA DELCASSO, *El proceso monitorio europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 48 y 49.

⁵⁶ Tratamiento automatizado propio de los países en los que sus procesos monitorios pueden clasificarse como puros. *Vid.*, por ejemplo, el § 689 I ZPO. Cfr. *Libro Verde sobre el proceso monitorio europeo...*, *op. cit.*, epígrafe 3.3.4.4; L. GÓMEZ AMIGO, *El Proceso Monitorio Europeo*, *op. cit.*, pp. 44 y 45; J.P. CORREA DELCASSO, *El proceso monitorio europeo*, *op. cit.*, p. 50.

miento de una única fase, ya que los puros, como el alemán, suelen ser procedimientos compuestos por dos fases en las que hay, por lo tanto, dos posibilidades de oposición⁵⁷.

30. Sin embargo, la exigencia de un examen de oficio de la eventual abusividad de las cláusulas en las que se funda el crédito reclamado dificulta la aplicación de las propias disposiciones del RPME. Veámoslo.

31. En primer lugar, enlazando con lo apuntado *supra* con respecto al control de oficio de las cláusulas abusivas, creemos que una jurisprudencia que, forzando al máximo los arts. 7.1 y 9.1, declare que el órgano judicial debe tener la posibilidad de solicitar al acreedor información complementaria sobre las cláusulas que afectan al crédito —en definitiva, solicitar una copia del contrato— no es la más adecuada. Tampoco lo es, creemos, una simple modificación del inciso final de la Disposición final 23ª.1 LEC, sino que lo adecuado sería una reforma del RPME que introdujera una disposición similar a la del art. 815.4 LEC. El problema es que, al estar ante un proceso no documental, el juez que conoce del proceso monitorio, si considera que está ante un contrato entre una empresa o profesional y un consumidor o usuario, deberá solicitar al acreedor la documentación pertinente para poder valorar el carácter abusivo de cualquier cláusula que fundamente la petición o determine la cantidad exigible, lo que afectará, inevitablemente, a las cualidades intrínsecas de un proceso monitorio: la eficacia y agilidad. Por lo tanto, para salvaguardar algo de dicha *agilidad* podría ser mejor que la documentación debiera aportarse junto con la petición inicial de PME.

Como apuntamos *supra*, este control de oficio no tendría por qué ir acompañado de una vista. Una propuesta que podría servir de orientación para configurar tal control es la que realizó BANACLOCHE PALAO antes de la instauración del nuevo art. 815.4 LEC⁵⁸. Este autor proponía postergar el control al final de la tramitación del monitorio, antes de la formación del título ejecutivo. Si el deudor pagase, no sería necesario control judicial alguno, ya que el supuesto equivaldría a aquél en el que se paga sin instarse actuación judicial alguna; si hubiera oposición, el análisis de la eventual abusividad se ventilaría en el proceso ordinario que correspondiese; y si no hubiera comparecido —es decir, ni hubiera pagado ni formulado oposición—, entonces, se controlaría el eventual carácter abusivo de las cláusulas antes de emitir el título ejecutivo.

32. El control que impone la jurisprudencia europea en materia de consumidores se adapta mejor a un monitorio de carácter documental⁵⁹. Una opción sería convertir el PME en documental solo para los supuestos en los que la deuda reclamada se funde en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, de forma que en la petición inicial de requerimiento europeo de pago debiera aportarse copia del contrato. El problema es que, aunque el concepto de consumidor y profesional esté bien delimitado por la jurisprudencia⁶⁰, habrá demandantes que no presenten documento alguno porque consideren que la contraparte de la relación contractual que funda la deuda no era un consumidor o que el contrato fue celebrado independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional.

33. Además, como apuntamos *supra*, un tratamiento informatizado de las peticiones de proceso monitorio o en los supuestos en los que se delega su tratamiento en miembros de la oficina judicial que no tienen potestad jurisdiccional dificulta un control de oficio de las eventuales cláusulas abusivas, ya que está claro que tal examen —*juicio*— debe realizarlo el titular de la potestad jurisdiccional⁶¹.

⁵⁷ *Infra*, en lo referido a la notificación, se comenta esta estructura del proceso monitorio alemán.

⁵⁸ J. BANACLOCHE PALAO, «Algunas reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de procuradores, juicio verbal y monitorio», *op. cit.*

⁵⁹ Así lo reconoce lo propia Abogado General (Conclusiones de la Abogado General presentadas el 31 de octubre de 2019, *Bondora*, asuntos acumulados C-453/18 y C-494/18, apartado 84).

⁶⁰ *Vid.* algunas sentencias recientes que recogen la jurisprudencia consolidada al respecto: SSTJUE de 14 de febrero de 2019, asunto C-630/17, *Anica Milivojevic c. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg- Wolfsberg eGen*) y de 25 de enero de 2018, asunto C-498/16, *Schrems*.

⁶¹ Así, en la STJUE de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, asunto C-618/10, se deja claro que, en el marco de un proceso monitorio, el examen del eventual carácter abusivo de una cláusula recae sobre el juez. Véase, también, en el

34. Por todas estas cuestiones, creemos que debería valorarse la transformación del proceso monitorio europeo en *documental*. ¿Realmente sería un cambio traumático? En el proceso monitorio español, por ejemplo, el principio de prueba documental que se requiere para admitir la petición inicial no es, para nada, restrictivo: «[m]ediante documentos, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentren, que aparezcan firmados por el deudor o con su sello, impronta o marca o con cualquier otra señal, física o electrónica» o «facturas, albaranes de entrega, certificaciones, telegramas, telefax o cualesquiera otros documentos que, aun unilateralmente creados por el acreedor, sean de los que habitualmente documentan los créditos y deudas en relaciones de la clase que aparezca existente entre acreedor y deudor» (art. 812.1.1ª y 2ª LEC); además, se permite acreditar la deuda no solo a través de las categorías documentales citadas, sino, también, «[c]uando, junto al documento en que conste la deuda, se aporten documentos comerciales que acrediten una relación anterior duradera» y «[c]uando la deuda se acredite mediante certificaciones de impago de cantidades debidas en concepto de gastos comunes de Comunidades de propietarios de inmuebles urbanos». Es decir, tenemos la impresión de que hay *pocos* créditos que no tengan ningún tipo de soporte documental que pueda incluirse en alguna de estas categorías.

2. Reconsideración de la notificación del requerimiento europeo de pago

A) La notificación del requerimiento europeo de pago. *Statu quo*

35. En el ámbito de un proceso monitorio, la ya de por sí importante primera notificación al demandado adquiere aún más relevancia. Una vez el acreedor ha presentado la petición de proceso monitorio y el tribunal declara la misma admisible, se notifica el requerimiento de pago al deudor. Notificado tal requerimiento, todo depende de la conducta del deudor: puede pagar; formular oposición, lo que implicará que el litigio se enjuicie a través del proceso ordinario que corresponda; o, si no comparece, tal requerimiento adquirirá directamente fuerza ejecutiva. De ahí que la notificación del requerimiento de pago para que el demandado tenga conocimiento del proceso, y con tiempo suficiente, para que tenga la posibilidad de formular oposición —en definitiva, ejercer su derecho de defensa— sea vital. Por ello, con carácter general, los procesos que recurren a la técnica monitoria no permiten métodos de notificación ficticios.

36. Al proceso monitorio europeo, además de los riesgos inherentes a la naturaleza transfronteriza del proceso, se le suma la supresión del *exequatur* y la imposibilidad de impugnar su reconocimiento y ejecución en el Estado de ejecución. Por estos motivos, aunque se estableció que el requerimiento europeo de pago se ha de notificar al demandado de conformidad con el Derecho nacional que corresponda (*lex fori*), la forma de notificación debe respetar unas normas mínimas (art. 12.5), las cuales son idénticas a las previstas en el Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (RTEE)⁶². Estas normas mínimas permiten renunciar a un proceso intermedio en el Estado miembro de ejecución para que la resolución en cuestión sea reconocida y ejecutable en dicho Estado miembro⁶³ porque el control de las garantías se adelanta al proceso declarativo y se traslada al estado de origen.

37. La adopción de unas normas mínimas implica que los Estados miembros no se vean obligados, al menos directamente, a la adaptación de sus normas internas en materia de notificación; sin embargo, si un Estado no tuviera ningún modo de notificación que cumpliera con los requisitos mínimos previstos por

mismo sentido, STJUE de 18 de febrero de 2016, *Finanmadrid*, asunto C-49/14. Asimismo, por ejemplo, *vid.* la STJUE de 16 de febrero de 2017, asunto C-503/15, aunque tan solo sea a efectos de la facultad para plantear una cuestión prejudicial (art. 267 TFUE), en la que no considera órgano jurisdiccional al secretario judicial; sin embargo, al mismo tiempo, deja caer que en el procedimiento de jura de cuentas el control de las cláusulas abusivas no le corresponderá al LAJ, sino al Juez de ejecución que corresponda (apartado 42).

⁶² La única diferencia es que en el art. 13 relativo a la notificación con acuse de recibo no se prevé el apartado segundo del art. 13 del TEE relativo a la vista, lo que es normal debido a la propia estructura del proceso monitorio europeo.

⁶³ Artículo 1.b.

este Reglamento, el proceso monitorio europeo «no estaría vigente, *de facto*, en tal Estado»⁶⁴. El Estado no necesita recoger de manera exhaustiva todos los modos de notificación previstos en los artículos 13 y 14 RPME, sino que es suficiente que la notificación del requerimiento de pago de acuerdo con el Derecho nacional del Estado en el que deba practicarse se adapte a uno de los modos previstos en el art. 13 o 14. Por ejemplo, en España, los modos previstos en el art. 13 encajan con nuestra LEC; sin embargo, los del art. 14 no todos. En España el requerimiento europeo de pago podría notificarse de acuerdo con los artículos 160, 161 y 162⁶⁵, es decir, remisión de las comunicaciones por correo con acuse de recibo por parte del destinatario, modo que sería compatible con el art. 13.c); comunicación por entrega personal, compatible con los arts. 13.a) y b) y 14.1 a) y b)⁶⁶; y comunicación por medios electrónicos, informáticos y similares, compatible con el art. 13.d). El depósito del requerimiento en el buzón del demandado [14.1.c)] no es un modo previsto en nuestro ordenamiento jurídico. El art. 14.1.d) permite la notificación del requerimiento a través del depósito en una oficina de correos o ante las autoridades públicas competentes junto con la notificación escrita de dicho depósito en el buzón del demandado, si en ésta consta claramente el carácter judicial del escrito o el hecho de que tiene como efecto jurídico hacer efectiva la notificación y, por tanto, constituir la fecha de inicio del cómputo de los plazos pertinentes; sin embargo, aunque esta forma de notificación no encuentra acomodo en nuestra LEC, también es cierto que está bastante extendido en la práctica que si al practicarse la notificación por remisión por correo postal no se encuentra a nadie en el domicilio del destinatario se deje un aviso para que el destinatario acuda a recoger la comunicación en la oficina de correos que corresponda⁶⁷. El art. 14.1.e) prevé la notificación por correo sin acuse de recibo cuando el demandado esté domiciliado en el Estado miembro de origen, siempre y cuando la persona competente que efectúe la notificación practique diligencia en la que conste la forma utilizada, la fecha y en el caso de que el requerimiento se hubiera notificado a un receptor subsidiario, el nombre de dicha persona y su relación con el demandado (14.3); *a priori*, esta forma de notificación no cabe en nuestro ordenamiento jurídico, pero si hubiera acuse de recibo por parte del receptor subsidiario, hay que apuntar que, aunque el art. 160 LEC (referido a la remisión por correo) nada dice al respecto, los tribunales validan la notificación vía correo postal a los mismos receptores subsidiarios a los que se refiere el art. 161.3 LEC en el ámbito de la comunicación personal⁶⁸. Por último, la comunicación por medios electrónicos con acuse de recibo acreditado mediante una confirmación automática de entrega, siempre que el demandado haya aceptado expresamente con anterioridad este medio de notificación, no casa con el requisito de constancia de la efectiva recepción impuesto para el primer emplazamiento (arts. 155.4 y 158 LEC) y para la comunicación a través de medios electrónicos (art. 162.1)⁶⁹.

38. El propio RPME, en su considerando 20, declara que los métodos de notificación que prevé ofrecen «bien una certidumbre total (artículo 13) o bien un alto grado de probabilidad (artículo 14) de que el documento notificado ha sido recibido por su destinatario». Sin embargo, afirmar que todos los modos del art. 14 tienen un alto grado de probabilidad de efectividad es, más bien, aventurado. En los supuestos a) y b) del art. 14, es decir, de entrega a un receptor subsidiario, puede augurarse, con alta probabilidad, que el

⁶⁴ Vid. L. GÓMEZ AMIGO, *El proceso...*, *op. cit.*, p. 108 y nota 221 de la misma página.

⁶⁵ En el monitorio nacional, sin embargo, como veremos *infra*, solo por entrega personal de acuerdo con lo dispuesto en el art. 161 LEC (art. 815 LEC).

⁶⁶ Excepto que en España se permite la entrega personal en el centro de trabajo no ocasional que no sea establecimiento comercial, cuando en el RPME se limita al establecimiento comercial; y con referencia a los posibles receptores subsidiarios, en España se permite la entrega, a diferencia del RPME, no solo a los empleados del destinatario, sino que, en el lugar de trabajo no ocasional, se podrá a efectuar a cualquier persona que manifieste conocer el destinatario. Vid. F. GASCÓN INCHAUSTI, *Título Ejecutivo Europeo para Créditos No Impugnados*, Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 129 y 130.

⁶⁷ Señalar que, de esta forma, solo puede recoger la comunicación el destinatario, no ningún receptor subsidiario.

⁶⁸ I. J. CUBILLO LÓPEZ, *La comunicación procesal en la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, Edersa, Madrid, 2001, pp. 182.

⁶⁹ A lo que hay que sumar que, ante las diversas interpretaciones que ofrece la LEC con respecto al primer emplazamiento a través de medios electrónicos, la jurisprudencia del TC ha vetado la utilización de dichos medios para la práctica de la primera comunicación al demandado no personado en el procedimiento (SSTC 6/2019, de 17 de enero, y 47/2019, de 8 de abril de 2019). Vid. J. I. CERDÁ MESSEGUER, «La notificación electrónica de la demanda a las personas jurídicas: ¿Innovación tecnología o indefensión?», en *Diario La Ley*, n.º 9388, 2 de abril de 2019, y I. J. CUBILLO LÓPEZ, *Actos procesales, comunicación procesal y medios electrónicos*, La Ley Wolters Kluwer, 2019, Madrid, pp. 148 a 150.

requerimiento llegue a manos del destinatario⁷⁰; en una notificación con acuse de recibo acreditado mediante una confirmación automática de entrega, aunque sea sin acuse de recibo, al exigirse que el demandado haya aceptado expresamente con anterioridad tal medio de notificación, puede presumirse, también, un alto grado de probabilidad de eficacia (art. 14.1.f); en cambio, creemos que el grado de probabilidad de éxito decrece exponencialmente cuando en el buzón se deja un aviso del depósito del requerimiento en una oficina de correos o ante las autoridades públicas que correspondan (art. 14.1.d)⁷¹ o, muy especialmente, cuando la notificación consiste en el mero depósito del requerimiento en el buzón del demandado (art. 14.1.c) o —lo que en algunos casos viene a ser lo mismo— en el supuesto de notificación por correo sin acuse de recibo (art. 14.1.e). Además, el RPME deja patente en sus considerandos⁷² que no admite ningún tipo de notificación ficticia (como, por ejemplo, sería una notificación edictal). Sin embargo, considerar practicada la notificación —desplegando todos sus efectos— desde el momento en que ésta —o un aviso de la misma— se deposita en el buzón del demandado no es más que una presunción —y, por lo tanto, ficción— de que el demandado tiene conocimiento, y con tiempo suficiente, de ésta para poder defenderse. Es cierto, también, que todo lo que no sea una entrega con acuse de recibo del propio demandado implica una presunción, pero la probabilidad de certeza de tal presunción diferirá muchísimo si se le entrega la comunicación a un receptor subsidiario que conviva con el destinatario o si, simplemente, se deja un sobre en el buzón.

39. El art. 14.2, relativo a la notificación sin acuse de recibo, remarca que no puede practicarse la notificación si no se conoce con certeza el domicilio del demandado. Con carácter general —es decir, no refiriéndonos a las especialidades de la notificación de un requerimiento de pago—, en España, si suponemos que conocemos con certeza el domicilio del demandado y la comunicación por correo con acuse de recibo o por entrega personal del funcionario o procurador ha resultado infructuosa por no hallar a nadie en el domicilio, después de realizar las correspondientes averiguaciones sobre si realmente vive allí —y si éstas resultan, también, fallidas—, la notificación se practicará a través de edictos. En cambio, en otros países como Alemania o Italia, si se conoce tal domicilio, pero no es posible realizar la entrega de forma personal o a un receptor subsidiario de manera que se obtenga un acuse de recibo, se deja en el buzón la notificación o un aviso para que la recoja⁷³. ¿Y qué implica tal diferencia? Pues que, ante el mismo supuesto, en Italia o Alemania podríamos expedir el requerimiento europeo de pago y en España no.

40. La Comisión Europea, en su informe sobre la aplicación del RPME, incentiva a usar la notificación mediante correo con acuse de recibo, por ser una de las vías de notificación de menor coste⁷⁴.

⁷⁰ Notificación personal, en el domicilio del demandado, a personas que vivan en la misma dirección que éste o que estén empleadas en ese lugar (art. 14.1.a); o en el caso de un demandado que sea trabajador por cuenta propia, o de una persona jurídica, notificación personal en el establecimiento comercial del demandado a personas empleadas por él (art. 14.1.b).

⁷¹ En el aviso que se deja en el buzón debe constar el carácter judicial del documento a notificar y que desde que se deposita tal aviso en el buzón la notificación se considera efectuada —iniciándose, así, desde ese momento el transcurso de los plazos pertinentes—.

⁷² *Vid.* considerando 19.

⁷³ En Italia, en el caso de que se conozca el domicilio del demandado, pero haya sido imposible practicar la notificación por no encontrar al destinatario ni a ningún posible receptor subsidiario o éste último hubiera rechazado recibir la notificación, el *ufficiale giudiziario* deposita en el ayuntamiento del domicilio —o el funcionario de correos en la oficina de correos si es vía postal— donde debe practicarse la notificación, pegándose, a su vez, un aviso en la puerta del domicilio o empresa u oficina del destinatario, informándole, además, de la situación por carta certificada con acuse de recibo (art. 140 *c.p.c.*). La *Corte Costituzionale*, en su sentencia n.3 del 14 de enero de 2010, declaró la inconstitucionalidad de la disposición que disponía que se perfeccionaba la notificación enviando la carta certificada, y no en lugar de con la recepción de la misma o, en todo caso, 10 días después.

En Alemania, si no es posible la entrega a uno de los receptores subsidiarios previstos en el §178 I núm. 1 y 2 ZPO puede dejarse la notificación en el buzón, considerando practicada la notificación en ese momento (§180 ZPO). Si tampoco puede practicarse la notificación según el §180 ZPO —por ejemplo, por no haber buzón—, el documento puede ser depositado en el registro del *Amtsgericht* que tenga jurisdicción en el lugar donde deba practicarse la notificación. En el caso de que la notificación sea practicada por servicio postal, el documento a notificar se depositaría en la oficina de correos del lugar donde deba practicarse la notificación o del *Amtsgericht* que tenga jurisdicción. A continuación, se enviará por escrito un aviso de dicho depósito a la dirección del destinatario o, sino fuera posible, se colocará un aviso en la puerta de su domicilio, oficina comercial o institución. Cuando dicho aviso haya sido enviado, la notificación se considera practicada (§181 ZPO). El documento se conservará durante tres meses para ser recogido y si no es recogido en dicho plazo, será devuelto al remitente (§181 II ZPO).

⁷⁴ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación

En este mismo informe, aunque el RPME prevé el uso de medios electrónicos, la Comisión lamenta que no se estén empleando⁷⁵. El uso de los medios electrónicos viene limitado por la legislación nacional del Estado en el que debe practicarse la notificación y, en el caso de notificación transfronteriza, el Reglamento (CE) 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (en adelante, RN), ni tan siquiera permite la notificación electrónica directa, es decir, del órgano jurisdiccional del Estado de origen a un demandado en otro Estado miembro. La Comisión advertía, también, de otros problemas técnicos y de posibles incompatibilidades entre sistemas nacionales de notificación electrónica que no permiten una notificación de carácter transfronterizo. Si bien el Reglamento (UE) 2015/2421 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, modificó tanto el RPEEC y el RPME, solo el primero fue reformado en este sentido, apostando por la notificación electrónica. Tal vez, el RPEEC funcione como banco de pruebas en esta materia y, si los resultados son satisfactorios, también se implementen las modificaciones correspondientes en el RPME. Además, en cuanto a la notificación transfronteriza, hay que tener presente la propuesta de modificación del RN que se está tramitando⁷⁶, la cual posibilita la notificación electrónica transfronteriza.

El RPEEC, en su art. 13, preveía que las notificaciones se realizaran por correo con acuse de recibo. En caso de que no fuera posible realizar la notificación por correo con acuse de recibo, se preveía como regla subsidiaria el recurso a los medios de notificación previstos en los artículos 13 o 14 del RTEE —si bien los del art. 13 del TEE ya son con acuse de recibo—. Sin embargo, el Reglamento (UE) 2015/2421, de 16 de diciembre de 2015, que reformó los procesos europeos de escasa cuantía y monitorio, con respecto al de escasa cuantía, estableció ciertas novedades en el régimen de notificaciones. La reforma apostó con firmeza por la notificación electrónica⁷⁷, equiparando ésta a la notificación por correo postal para la notificación de la demanda, reconvenición y sentencia, exigiendo a ambas los mismos requisitos: acuse de recibo y constancia de la fecha de recepción⁷⁸. Con respecto a la notificación por vía electrónica, se exige, por una parte, que los medios electrónicos sean una técnica prevista y admisible según el derecho nacional del EM en el que se sustancie el PEEC y en el caso de que el destinatario de la notificación tenga su domicilio o residencia habitual en otro Estado miembro según el derecho nacional de dicho Estado; y, por otra, que el destinatario haya consentido expresamente este medio de notificación⁷⁹ o que las disposiciones procesales del EM donde esté domiciliado o resida habitualmente le impongan el uso de dicho medio de notificación.

B) Comparación con la notificación de requerimientos de pago nacionales

41. Si acudimos a la comparación con algunos procesos monitorios nacionales, vemos que la situación es muy diversa.

42. En España, se ha considerado que en un proceso como el monitorio, donde se produce una inversión del contradictorio —implicando la incomparecencia del deudor, directamente, la emisión de

del Reglamento (CE) n.º 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso monitorio europeo Bruselas, 13.10.2015 COM (2015) 495 final, p. 7.

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 7 y 8.

⁷⁶ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos») Bruselas, 31.5.2018, COM(2018) 379 final, y la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 13 de febrero de 2019, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos») (COM(2018)0379 – C8-0243/2018 – 2018/0204(COD)).

⁷⁷ *Vid.* considerando 8.

⁷⁸ *Vid.* considerando 10.

⁷⁹ *Vid.* considerando 9.

un título ejecutivo contra él—⁸⁰, deben extremarse las garantías para poner en conocimiento del deudor la incoación de éste contra él. Por este motivo, el requerimiento de pago solo puede ser notificado a través de entrega personal por funcionario o procurador⁸¹.

43. En cambio, en Italia, la notificación del *decreto ingiuntivo* se notifica de acuerdo con las normas generales de notificación del *atto introduttivo* de cualquier proceso ordinario⁸², por lo que puede incoarse un proceso monitorio contra personas con domicilio desconocido o ilocalizables en el domicilio que se conoce, pudiéndose, así, notificar un requerimiento de pago a través de notificaciones ficticias.

44. En el caso del *Mahnverfahren* alemán, si bien los modos de notificación del *Zahlungsbefehl* no son tan restringidos como en el caso español, tampoco son tan amplios como en Italia. El proceso monitorio alemán tiene dos fases —característica propia de los procesos monitorios puros⁸³—. Una primera en la que se le notifica el *Mahnsbescheid* al demandado indicándole que tiene un plazo para formular oposición (*Widerspruch*), ya que si no hubiera tal oposición —ni pago— se declararía la ejecutabilidad provisional de la orden de pago, considerándose ésta equivalente a una sentencia dictada en rebeldía. Entonces, se notifica un aviso de tal ejecución (*Vollstreckungsbescheid*)⁸⁴ frente a la cual puede formularse de nuevo oposición (*Einspruch*), siguiéndose, en su caso, el cauce ordinario de oposición previsto para las sentencias dictadas en rebeldía; si no hubiera tal oposición, el título ejecutivo ya ostentaría carácter definitivo. La única restricción de los modos de notificación permitidos⁸⁵ es la prohibición de la emisión del requerimiento de pago cuando el domicilio es desconocido —vetándose, de este modo, la notificación a través de la publicación de edictos—⁸⁶; sin embargo, esta limitación se refiere a la notificación del *Mahnsbescheid*, no a la del *Vollstreckungsbescheid*⁸⁷.

C) Conclusiones

45. La posibilidad de formular oposición y, por lo tanto, de ejercer el derecho de defensa depende de la efectiva notificación del requerimiento de pago. Las consecuencias de la incomparecencia del demandado son mucho más gravosas en un proceso monitorio, pues al invertirse el contradictorio, se obtiene un título ejecutivo con efectos de cosa juzgada de forma rapidísima, lo que implica que con la sola afirmación del acreedor de la existencia de un crédito a su favor éste obtiene una resolución favorable. De ahí que consideremos que el régimen de notificación de un requerimiento de pago deba ser más garantista que el previsto para un proceso ordinario.

46. Las normas de notificación del RPME, realmente, armonizan más bien poco, ya que parece que se optó por dar cabida a casi todos los métodos de notificación posibles —de manera que los diversos Estados miembros no tuvieran que adaptar sus legislaciones procesales—.

⁸⁰ Además, hay que tener presente que la emisión del requerimiento de pago se basa, tan solo, en un principio de prueba, no en prueba plena.

⁸¹ Vid. art. 815.1 párrafo segundo y art. 161 LEC. La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, modificó el párrafo segundo del art. 815.1 LEC para declarar expresamente que el demandado no puede ser notificado a través de edictos salvo en el supuesto de impago de cantidades debidas en concepto de gastos comunes de comunidades de propietarios de inmuebles urbanos. Sin embargo, anteriormente ya se sostenía que no debía poderse, vid. J. LÓPEZ SÁNCHEZ, *El proceso monitorio*, La Ley, Madrid, 2000, pp. 200 a 202, y I. DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (con A. DE LA OLIVA; J. VEGAS; y J. BANACLOCHE), Aranzadi, Madrid, 2001, p. 1367.

⁸² Art. 643 en relación con arts. 137 y ss. *Codice di procedura civile*.

⁸³ De hecho, en la Propuesta de RPME se proyectaba un proceso monitorio europeo de dos fases (con un aviso europeo de pago y un posterior requerimiento de pago).

⁸⁴ § 699 I ZPO.

⁸⁵ Disposición especial para el caso de notificaciones al extranjero (§ 688 III ZPO).

⁸⁶ § 688 II núm. 3 ZPO.

⁸⁷ § 699 IV ZPO.

47. Sin pretender ofrecer un régimen de notificaciones totalmente distinto, creemos que el legislador europeo podría introducir algunas modificaciones.

48. En particular, creemos que se debería establecer una jerarquía, diferenciando entre modos de notificación principales y subsidiarios, para evitar que se pueda acudir directamente a un modo que ofrezca pocas garantías. También consideramos que podría ser interesante exigir un mínimo de intentos recurriendo a un método principal para evitar que se acuda directamente al método subsidiario. Así, nos parece razonable exigir un segundo intento con un método principal cuando el primero resultase infructuoso (por ejemplo, en el caso de notificación a través de entrega personal en la que no se encontrase a nadie a quien poder entregarle la comunicación, habría que realizar otro intento y, si éste fuese fallido, luego, se podría dejar un aviso en el buzón para que el demandado recogiese la comunicación en la oficina de correos o juzgado correspondiente)⁸⁸.

49. Además, suprimiríamos la posibilidad de notificar el requerimiento europeo de pago a través de su depósito en el buzón del demandado. Únicamente mantendríamos la notificación por correo sin acuse de recibo del destinatario cuando ésta se practicara con acuse de recibo de un receptor subsidiario. La entrega a un receptor subsidiario, a través de entrega personal o por correo indistintamente, la incluiríamos en la categoría de principales porque creemos que ofrece un altísimo grado de probabilidad de que el documento notificado ha sido recibido por el destinatario. Y, finalmente, modificaríamos la regulación de la notificación electrónica tomando como referencia a la reciente modificación del RPEEC⁸⁹.

⁸⁸ Con esto, pretendemos evitar, por ejemplo, que si en el primer intento no se halla a nadie en el domicilio ya se dejé, directamente, un aviso en el buzón. En esta línea, el Borrador inicial de la LEC introducía lo que consideramos una buena práctica o forma de proceder en materia de notificación: «Si el destinatario de la comunicación sí reside en ese domicilio, el Oficial se interesará de las horas en las que puedas ser localizado, y se repetirá el acto de comunicación». *Vid.*, al respecto, C. SAMANES ARA, en *Las partes en el proceso civil*, La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pág. 57.

⁸⁹ En síntesis, nuestra propuesta podría articularse así:

1. *El requerimiento europeo de pago podrá notificarse al demandado de conformidad con alguna de las siguientes formas:*
 - a) *notificación personal acreditada por acuse de recibo, en el que conste la fecha de recepción, firmado por el demandado;*
 - b) *notificación personal acreditada por un documento, firmado por la persona competente que la haya realizado, en el que declare que el demandado recibió el documento o que se negó a recibirlo sin motivo legítimo y en el que conste la fecha de la notificación;*
 - c) *notificación por correo acreditada mediante acuse de recibo, en el que conste la fecha de recepción, firmado y reenviado por el demandado;*
 - d) *notificación personal o por correo con acuse de recibo, en el domicilio del demandado, a personas que vivan en la misma dirección que este, o que estén empleadas en ese lugar;*
 - e) *en caso de un demandado que sea trabajador por cuenta propia, o de una persona jurídica, notificación personal o por correo con acuse de recibo, en el establecimiento comercial del demandado, a personas empleadas por él;*
 - f) *notificación por medios electrónicos acreditada mediante acuse de recibo en el que conste la fecha de recepción:*
 - i) *cuando dichos medios estén disponibles técnicamente y sean admisibles con arreglo a las normas procesales del Estado miembro en el que se sustancie el proceso europeo de escasa cuantía y, en caso de que la parte destinataria de la notificación tenga su domicilio o residencia habitual en otro Estado miembro, con arreglo a las normas procesales de ese otro Estado miembro, y*
 - ii) *cuando la parte destinataria de la notificación haya dado previamente su consentimiento expreso a que los documentos se le notifiquen por medios electrónicos o cuando, con arreglo a las normas procesales del Estado miembro en que dicha parte esté domiciliada o resida habitualmente, esta tenga la obligación legal de aceptar ese medio concreto de notificación.*
2. *Cuando no sea posible proceder a la notificación de acuerdo con lo establecido en el apartado 1 tras un segundo intento, siempre que se conozca con certeza el domicilio del demandado, la notificación podrá realizarse de alguna de las siguientes formas:*
 - a) *depósito del requerimiento en una oficina de correos o ante las autoridades públicas competentes y notificación escrita de dicho depósito en el buzón del demandado, si en la notificación escrita consta claramente el carácter judicial del escrito o el hecho de que tiene como efecto jurídico hacer efectiva la notificación y, por tanto, constituir la fecha de inicio del cómputo de los plazos pertinentes.*
 - b) *por medios electrónicos con acuse de recibo acreditado mediante una confirmación automática de entrega, siempre que el demandado haya aceptado expresamente con anterioridad este medio de notificación.*

3. El cauce de revisión en casos excepcionales del art. 20

50. Como sabemos, el RPME, tras el transcurso del plazo ordinario para formular oposición, establece una vía de revisión para casos estrictamente excepcionales (art. 20). Visto que esta revisión tiene lugar una vez declarada la ejecutividad del requerimiento europeo de pago, ésta sería equiparable a lo que nosotros conocemos como medios de rescisión y nulidad de sentencias firmes⁹⁰, de ahí que España haya comunicado⁹¹ que el cauce de revisión a seguir ante los tribunales españoles será el de rescisión de sentencias firmes a instancia del demandado rebelde (art. 501 y ss. LEC) en el supuesto del art. 20.1 o el incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 LOPJ en el supuesto del art. 20.2⁹².

51. La revisión en casos excepcionales prevista en RPME, en lo que se refiere a situaciones de rebeldía involuntaria (art. 20.1), es idéntica a la del artículo 19 del RTEE, mientras que el motivo previsto en el art. 20.2 parece que se inspira en el precepto relativo a la rectificación o revocación del certificado de título ejecutivo europeo (art. 10)⁹³. Así, el demandado podrá plantear la revisión ante el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de origen siempre que: a) el requerimiento europeo de pago se hubiere notificado mediante una de las formas establecidas en el artículo 14 (es decir, sin acuse de recibo) y que la notificación no se hubiere efectuado con la suficiente antelación para permitirle organizar su defensa, sin que pueda imputársele responsabilidad por ello o b) el demandado no hubiere podido impugnar el crédito por razones de fuerza mayor o debido a circunstancias extraordinarias ajenas a su responsabilidad, siempre y cuando, en ambos casos, haya actuado con prontitud (art. 20.1). Otro motivo de revisión es la evidencia de que el requerimiento «se ha expedido de forma manifiestamente errónea, habida cuenta de los requisitos establecidos en el presente Reglamento, o por cualquier otra circunstancia de carácter excepcional» (art. 20.2)⁹⁴. Todos los motivos de los que se pudiera tener

⁹⁰ L. GÓMEZ AMIGO, *El Proceso...*, op. cit., p. 118.

⁹¹ Los Estados miembros tienen la obligación de comunicar a la Comisión el procedimiento de revisión a seguir en su Estado y los órganos jurisdiccionales competentes y cualquier modificación al respecto (art. 29.1.b).

⁹² La STS 565/2015, de 9 de octubre, deja, también, la puerta abierta al recurso al proceso de revisión de los arts. 510 y ss. LEC para el caso de una maquinación fraudulenta del demandante dirigida a la ocultación del domicilio del demandado. Además, E. VALLINES GARCÍA, en «Proceso Monitorio Europeo: la revisión de un requerimiento de pago ejecutivo no procede cuando se basa en circunstancias que el demandado pudo haber tenido en cuenta para presentar un escrito de oposición», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2017, Vol. 9, Nº 2, p. 728, añade que, también, cabría la posibilidad de interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. En el caso de que en el plazo señalado no se haya formulado oposición o no se haya pagado la deuda, si el demandado tuviera conocimiento del monitorio incoado contra él, a pesar de que la notificación fuera defectuosa o de cualquier otra irregularidad, antes de que el Letrado de la Administración de Justicia dicte el decreto que pone fin al proceso monitorio y declara ejecutivo el requerimiento europeo de pago podría impugnarlo a través del recurso de revisión y, ante el eventual auto que lo desestimara, recurso de apelación.

⁹³ S. GARCÍA CANO, *Estudios sobre el proceso monitorio europeo*, Aranzadi, 2008, p. 212.

⁹⁴ En el caso de la STJUE de 22 de octubre de 2015, *Thomas Cook Belgium*, asunto C-245/14, el demandado no formuló oposición en los treinta días de plazo posteriores a la notificación del requerimiento de pago, a pesar de que la notificación se llevó a cabo de forma regular. Tampoco concurrió fuerza mayor ni ninguna otra circunstancia extraordinaria que le impidiera ejercer su defensa. No obstante, solicitó revisión del requerimiento europeo de pago según la vía prevista en el art. 20.2, alegando que éste había sido expedido «de forma manifiestamente errónea» al ser incompetentes los tribunales austriacos porque el contrato controvertido contenía una cláusula de sumisión expresa a los tribunales belgas. La cuestión prejudicial que se planteó, pues, pretendía dilucidar si el hecho de que el actor no mencionara en la petición de requerimiento europeo de pago el pacto de sumisión era motivo para considerar que el requerimiento se haya expedido de «forma manifiestamente errónea, habida cuenta de los requisitos establecidos en el presente Reglamento» o, en todo caso, se podría calificar esta como una circunstancia de carácter excepcional que debiera dar origen a la revisión del requerimiento.

Al respecto, el TJUE resolvió que el demandado debe plantear la incompetencia del tribunal dentro del plazo de oposición previsto por el art. 16. Así, esta cuestión compleja sería tratada de forma exhaustiva en el procedimiento civil al que diera lugar la oposición al requerimiento, ya que el examen de la petición está marcado por la nota de celeridad, intrínseca a la técnica monitoria (así, el art. 8 dispone que el órgano jurisdiccional ante el que se presenta la petición de requerimiento europeo de pago deberá examinarla «lo antes posible», concluyendo que «este examen podrá revestir la forma de un procedimiento automatizado»), por lo que no se puede concluir en ese momento procesal que el requerimiento europeo de pago se haya expedido de forma manifiestamente errónea.

Así, el TJUE concluye que el art. 20.2 RPME «debe interpretarse en el sentido de que se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a que un demandado al que se haya notificado un requerimiento europeo de pago de conformidad con este Reglamento pueda solicitar la revisión de dicho requerimiento alegando que el órgano jurisdiccional de origen consideró erró-

conocimiento con anterioridad a la expiración del plazo de treinta días del trámite de oposición, y si no ha habido impedimento alguno para que se pueda formular tal oposición -como el que pudiera suponer una notificación defectuosa (art. 20.1)-, deberán alegarse en ese trámite procesal. Por consiguiente, los motivos que no pudieron conocerse, siempre que no medie culpa por su parte, y, por lo tanto, no pudo plantearse la oposición ordinaria con base a los mismos, son aquellos que cabrían en las circunstancias excepcionales previstas en el apartado segundo del art. 20. Si se estima la revisión, el requerimiento europeo de pago será declarado nulo y sin efecto (art. 20.3).

52. Aunque éste sea un remedio excepcional y que, por lo tanto, se aplica de forma residual, es importantísimo porque permite —o debería permitir— subsanar una eventual situación de indefensión del demandado en un proceso monitorio europeo. Por esta cuestión, queremos poner el acento en una sentencia del TJUE que hace tambalear dicha vía de revisión.

53. La STJUE de 4 de septiembre de 2014, asuntos acumulados *Eco Cosmetics* (C-119/13) y *Raiffeisenbank St. Georgen* (C-120/13), versaba sobre dos supuestos de hecho en los que los respectivos requerimientos europeos de pago no se notificaron efectivamente a los deudores, ya que a pesar de haberse notificado, lo habían hecho en domicilios anteriores y no en el que residían en ese momento; sin embargo, en ambos casos, por falta de oposición, se declaró ejecutivo el requerimiento.

54. El TJUE declaró que la falta de notificación respetando el tenor de los artículos 13 a 15 provocó que los plazos de oposición pertinentes no empezaran a correr (art. 16 y 17), ya que el deudor no ha sido informado como es debido de la existencia del proceso. Por consiguiente, ni tuvo validez la declaración de ejecutividad (art. 18), ni la revisión en casos excepcionales del art. 20 se considera aplicable.

55. Además, el TJUE remarca que en la vía de revisión prevista en casos excepcionales del art. 20 no se prevé como motivo de revisión la falta de notificación⁹⁵, ya que uno de los requisitos del art. 20.1 es que «el requerimiento de pago se hubiere notificado mediante una de las formas establecidas en el artículo 14»; lo que dejaría fuera del alcance de este precepto los supuestos de notificación irregular o, incluso, la falta de ésta. Tampoco que este supuesto pueda impugnarse a través del art. 20.2, es decir, porque el requerimiento se ha expedido de forma manifiestamente errónea, habida cuenta de los requisitos establecidos en el Reglamento, o por cualquier otra circunstancia de carácter excepcional⁹⁶.

56. El TJUE no permite que opere el art. 20 en el caso de que se notifique el requerimiento sin respetar las normas mínimas de los arts. 13 a 15. Por lo tanto, si éstas no son aplicables, los deudores deberán impugnar dicha irregularidad de acuerdo con las vías previstas en el Derecho nacional (art. 26). Como sucede en los dos supuestos que subyacen a la sentencia, si la irregularidad en la notificación se manifiesta con posterioridad a la declaración de fuerza ejecutiva de un requerimiento europeo de pago, no le queda otra opción al demandado que recurrir a las vías de impugnación previstas en el Derecho nacional para la impugnación de resoluciones judiciales firmes⁹⁷. Entonces, el TJUE concluye que cuando una irregularidad de tal magnitud vea la luz después de la declaración de ejecutividad de un requerimiento europeo de pago, no se aplica el Reglamento, pero el demandado debe tener la posibilidad de denunciar esa irregularidad mediante un cauce interno y que, si se demuestra tal irregularidad, se declare la invalidez de la fuerza ejecutiva del requerimiento europeo de pago.

neamente que era competente sobre la base de la información supuestamente falsa facilitada por el demandante en el formulario de petición del referido requerimiento de pago».

⁹⁵ Apartado 44.

⁹⁶ Considerando 25: «...Las demás circunstancias excepcionales a que se refiere el artículo 20, apartado 2, podrían incluir el hecho de que el requerimiento europeo de pago se hubiera basado en información falsa contenida en el formulario de petición».

⁹⁷ Vid. apartados 41 a 49.

57. De la sentencia del Tribunal de Justicia en los asuntos C-119/13 y C-120/13 se desprende que un elemento fundamental de la protección de los derechos de la defensa en el proceso monitorio europeo, a saber, el derecho del demandado a solicitar una revisión de la resolución del art. 20, no es aplicable cuando a pesar de haberse emitido un requerimiento europeo de pago, la notificación no ha respetado las normas mínimas del reglamento (arts. 13 a 15), es decir, en los supuestos de notificación irregular o, incluso, cuando no ha habido notificación alguna. En estos supuestos, la solución dependería del Derecho nacional (art. 26). En síntesis, la revisión del art. 20 se limita a los supuestos en los que habiéndose practicado la notificación respetando lo dispuesto por el art. 14, el demandado la hubiere recibido tardíamente -por lo que no hubiera tenido tiempo de organizar su defensa- o la impugnación hubiere devenido imposible por razones de fuerza mayor o debido a circunstancias extraordinarias ajenas a su responsabilidad.

58. Nos posicionamos totalmente en contra de esta interpretación restrictiva que no permite la revisión mediante el instrumento del art. 20 ante la irregularidad de la notificación o la falta de ésta que hubiere impedido al demandado defenderse, porque cuando sucede esto es cuando es más necesario un cauce de rescisión como el previsto en el art. 20. Además, consideramos que podría mejorarse la redacción del apartado 20.2, ya que no queda claro que cabe en referencia a *cualquier otra circunstancia de carácter excepcional*. Así, el propio considerando 25 es muy ambiguo y, tan solo, da un ejemplo de lo que podría incluirse en ellas: «[l]as demás circunstancias excepcionales a que se refiere el artículo 20, apartado 2, *podrían* incluir el hecho de que el requerimiento europeo de pago se hubiera basado en información falsa contenida en el formulario de petición».

59. Otra muestra de la configuración problemática del art. 20 la encontramos en el asunto *Catlin*⁹⁸. Ante la falta de información al requerido del derecho a negarse a aceptar el documento y la omisión de entrega del formulario del anexo II del RN, considera el TJUE que tal irregularidad en la notificación implica que el requerimiento europeo de pago no ha adquirido fuerza ejecutiva, por lo que el plazo otorgado al demandado para formular oposición ni tan siquiera se ha iniciado⁹⁹; de ahí que la vía que había utilizado el demandado para impugnar tal irregularidad, a través del art. 20, concretamente aduciendo que la imposibilidad de entender el documento constituía una circunstancia excepcional en el sentido del art. 20.2, resulta inaplicable.

60. Uno de los aspectos que ha alcanzado la reforma del RPEEC realizada por el Reglamento 2015/2421, entre otros, es el relativo a la revisión de la sentencia en casos excepcionales (art. 18). El precepto sigue configurando unas condiciones mínimas, ya que el cauce procesal, remedio o vía de recurso se concreta a través del Derecho nacional. Sin embargo, la reforma muestra la voluntad del legislador europeo de ir un paso más allá, y no solo por la mayor armonización que implica la nueva redacción del precepto, sino que, incluso, a efectos simbólicos, en la rúbrica se elimina la consideración de normas mínimas.

61. Ahora, se establece que el demandado no comparecido tendrá derecho a solicitar una “revisión” de la sentencia cuando a) no se le hubiese notificado el formulario de demanda o, en el caso de una vista oral, no se le hubiese citado a ésta en tiempo oportuno y de forma que le permitiese preparar su defensa, o b) le hubiese resultado imposible contestar a la demanda por causa de fuerza mayor o circunstancias extraordinarias ajenas a su responsabilidad.

62. Antes se exigía que el demandado hubiera actuado con prontitud, ahora que el demandado haya recurrido la sentencia cuando hubiera podido hacerlo. Este cambio solo viene a clarificar lo que ya se entendió en su momento por “actuar con prontitud”, es decir, que el demandado, una vez tenga

⁹⁸ STJUE de 6 de septiembre de 2018, *Catlin*, asunto C-21/17.

⁹⁹ Apartado 53.

conocimiento del proceso incoado contra él, aproveche la primera oportunidad procesal disponible para impugnar y, así, reparar la indefensión sufrida¹⁰⁰.

63. La reforma, en aras de una armonización mayor, establece un plazo de 30 días para solicitar la revisión (art. 18.2); cuestión que antes dependía de lo dispuesto para el concreto cauce de impugnación al que se recurriera según el Derecho nacional. El *dies a quo* de dicho plazo empieza a computar «desde la fecha en que el demandado tuvo efectivamente conocimiento del contenido de la sentencia y pudo reaccionar», especificando que se entenderá que ha tenido efectivo conocimiento del contenido de la sentencia, lógicamente, «a más tardar desde la fecha de la primera medida de ejecución que tenga por efecto la inalienabilidad de los bienes del demandado, en su totalidad o en parte». Finalmente, se establece que dicho plazo será improrrogable.

64. Si la revisión es rechazada por no cumplir con los motivos requeridos en tal precepto, la sentencia se considerará firme (art. 18.3). Si la revisión se considera justificada, la sentencia será “declarada nula de pleno derecho”; introduciendo explícitamente la reforma que el demandante «conservará el beneficio de cualquier interrupción de los plazos de prescripción o caducidad cuando sea de aplicación tal interrupción de acuerdo con la normativa nacional».

65. La reforma viene claramente inspirada por el art. 19 del Reglamento (CE) n° 4/2009 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (RB III). De hecho, ambos artículos son idénticos salvo en el plazo (30 y 45 días) y que, con respecto a la conservación del beneficio a la interrupción o suspensión de los plazos de prescripción o caducidad, el RB III va un paso más allá en su armonización, ya que dicho beneficio es aplicable independientemente de lo dispuesto por el concreto derecho nacional.

66. Y volviendo a lo que nos interesa, creemos que el artículo 20.1 del RPME debería ser modificado en igual sentido que el art. 18 del RPEEC, ya que así tendríamos una revisión sin restricciones absurdas que dieran lugar a casos como el de *Eco Cosmetics* y *Raiffeisenbank St. Georgen* y no dejaríamos al albur de los derechos nacionales una cuestión —la del remedio frente a situaciones de indefensión causadas por vicios procesales advertidos después de que el requerimiento europeo de pago haya adquirido fuerza ejecutiva— a la que debe dar solución el propio RPME.

4. Lenguas aceptables en el Estado miembro de ejecución

67. En caso de que el requerimiento europeo de pago deba ser notificado en otro Estado miembro resultará de aplicación el RN, por lo que, de acuerdo con el artículo 8 de este último, deberá informarse al demandado a través del formulario normalizado del anexo II de su derecho a negarse a aceptar el requerimiento si éste no estuviera redactado o acompañado de una traducción en una lengua que el destinatario entienda o bien una lengua oficial del Estado miembro requerido.

68. Pero dejando de lado este aspecto, ahora nos queremos referir a la cuestión idiomática del art. 21. En este, tras declarar que la ejecución se regirá por el Derecho del Estado miembro de ejecución, dispone que el demandante deberá presentar, además de una copia del requerimiento europeo de pago, si fuera necesario, «una traducción del requerimiento europeo de pago a la lengua oficial del Estado miembro de ejecución o, en caso de que dicho Estado miembro tenga varias lenguas oficiales, a la lengua oficial o a una de las lenguas oficiales de los procedimientos judiciales en el lugar en que deba ejecutarse, conforme al Derecho de dicho Estado miembro, o a otra lengua que el Estado miembro de ejecución

¹⁰⁰ F. GASCÓN INCHAUSTI, «Artículo 18: Normas mínimas para la revisión de la sentencia», *El proceso europeo de escasa cuantía* (coords. F. LÓPEZ SIMÓ y F. GARAU SOBRINO), Dykinson, Madrid, 2010, p. 287.

haya indicado como aceptable» (art. 21.2.b). Se añade como requisito que la traducción sea «certificada por una persona cualificada para ello en uno de los Estados miembros»¹⁰¹.

69. Como hemos señalado, «cada Estado miembro podrá indicar la lengua o lenguas oficiales de las instituciones de la Unión Europea distintas de las propias que pueda aceptar para el requerimiento europeo de pago»; sin embargo, pocos países aceptan lenguas distintas de las propias. Así, por ejemplo, España, Italia y Alemania solo aceptan las propias¹⁰². En cambio, Francia acepta, también, el inglés, el alemán, el español y el italiano. Por ello, simplemente, queríamos abogar por la tendencia seguida en Francia, ya que ello contribuye a disminuir los costes y la duración del proceso provocados por la necesidad de traducciones y, lo que es muy importante también, a vencer los recelos propios del litigante extranjero.

VI. Consideraciones finales

70. En España, en el año 2018, se incoaron un total de 576.846 procesos monitorios. La importancia del proceso monitorio es irrefutable, ya que los monitorios representaron el 43.5% del total de procesos contenciosos iniciados. De estos procesos monitorios, 5884 fueron europeos (1,03 % del total)¹⁰³. Un 7,4% de los procesos monitorios terminaron en pago, 213.689 concluyeron transcurrido el plazo sin que se formulase oposición y 34.910 se transformaron en juicios verbales y 11.406 en ordinarios. El 45,7% terminó debido a la inadmisión de la petición, por imposibilidad de encontrar al deudor o por falta de competencia del juzgado ante el que se presentó la solicitud¹⁰⁴.

71. Creemos que es hora de dotar de fuerza a algún proceso europeo uniforme porque, aunque la repercusión política —y académica— ha sido grande, la verdad es que la relevancia práctica del TEE, el PME y el PEEC ha sido más bien poca¹⁰⁵. Y no será porque el sustrato sea pobre: según datos de la Comisión Europea, en el año 2013, el comercio transfronterizo entre países de la UE fue de 2,8 billones de euros y, según un informe encargado por la misma CE¹⁰⁶, en el año 2018 hubo unos 3,4 millones de litigios civiles o mercantiles con implicaciones transfronterizas. El problema es que existe un gran desconocimiento de estos instrumentos entre los diversos operadores jurídicos, por lo que, sin perjuicio de más formación y difusión, una extensión del ámbito de aplicación a lo puramente interno podría redundar en un mayor conocimiento del instrumento y, por ende, incluso, en un mayor aprovechamiento

¹⁰¹ También podría reconsiderarse tal exigencia, ya que, por ejemplo, si se ha recurrido a un abogado que tiene una competencia profesional completa en la lengua que se requiera, obligar a acudir a un traductor o intérprete supondría incrementar los costes innecesariamente.

¹⁰² Pueden verse las lenguas aceptadas, conforme al artículo 21.2.b, de los diversos países en el *Atlas Judicial Europeo en materia civil* (https://e-justice.europa.eu/content_european_payment_order-353-es.do?clang=es).

¹⁰³ Mientras que en el año 2013 se iniciaron 996 procesos monitorios europeos. *Vid.* la Memoria sobre el estado, funcionamiento y actividades del Consejo General del Poder Judicial y de los juzgados y tribunales en el año 2013, p. 474.

¹⁰⁴ Datos extraídos de la Memoria sobre el estado, funcionamiento y actividades del Consejo General del Poder Judicial y de los juzgados y tribunales en el año 2018, p. 356.

¹⁰⁵ En E. ALINA ONTANU, «Incorporating European Uniform Procedures into National Procedural Systems and Practice: Best Practices a Solution for Harmonious Application», en HESS, B., y KRAMER, X. E. (eds.), *From common rules to best practices in European Civil Procedure*, Nomos, Baden-Baden, 2017, p. 472, pueden encontrarse datos sobre la aplicación del PME y el PEEC hasta 2014 en Inglaterra y Gales, Francia, Italia y Rumania, los cuales son, al igual que los de España, muy bajos. En más profundidad, de la misma autora, *vid.* *Cross-Border Debt Recovery in the EU. A Comparative and Empirical Study on the Use of the European Uniform Procedures*, Intersentia, Cambridge, 2018.

El instrumento que tiene gran relevancia práctica es el RB I bis —igual que la tuvo, también, su antecesor—, ya que se acude al proceso nacional ordinario que corresponda y, luego, si es necesaria, la ejecución de la resolución en otro EM se realiza al amparo de este reglamento.

¹⁰⁶ Estudio económico realizado por Deloitte (JUST/2017/JCOO/FW/CIVI/0087). Este informe ha sido utilizado para la realización del *Commission staff working document impact assessment accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EC) No 1393/2007 of the European Parliament and of the Council on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters (service of documents)*, p. 75, Bruselas, 31.5.2018 SWD (2018) 287 final.

para lo transfronterizo. Si hay que apostar por un proceso realmente uniforme en el ámbito de la Unión Europea, éste debe ser el monitorio. Porque, por una parte, seguramente será el que tendrá un mayor impacto, del que se podrán beneficiar más justiciables; y, por otra, su simplicidad y ser el proceso donde hay menos divergencias, ya sea entre los mismos procesos monitorios nacionales o los nacionales y el europeo, hacen que sea el mejor candidato para que los ordenamientos procesales civiles nacionales puedan asumirlo de forma poco traumática.

72. Una extensión del ámbito de aplicación del proceso monitorio europeo más allá de los litigios transfronterizos, manteniendo su carácter opcional frente al proceso nacional, podría, incluso, ayudar no solo a una mejor aplicación del PME, sino que la *competencia* entre ambos procesos sacaría a relucir las ventajas e inconvenientes de uno y otro, ilustrando, así, al legislador sobre las *best rules and practices* en técnica monitoria.

73. En un escenario de cohabitación entre el proceso monitorio europeo y el nacional, veríamos que las diferencias existentes entre ellos harían decantarse a los acreedores por uno u otro. Dejando de lado el régimen privilegiado de ejecución transfronteriza del PME, veamos algunas de estas diferencias.

74. En el proceso monitorio europeo no se exige al demandado que motive su oposición (art. 16.3 RPME), en cambio, en España, se ha pasado de exigir una alegación sucinta de las razones de la oposición a una alegación fundada y motivada (art. 815.1 LEC). El motivo de esta reforma en España se halla en la adecuación del juicio verbal derivado de la oposición del deudor a la nueva estructura del mismo, exigiéndose tal motivación porque el escrito de oposición pasa a operar como escrito de contestación a la demanda (art. 818.2 LEC). Este es una de las razones por la cual el acreedor podría preferir optar por el monitorio español en lugar del europeo —si estos compartieran ámbito de aplicación¹⁰⁷. Sin embargo, tampoco pasarían inadvertidas las deficiencias que implica el nuevo sistema español de transformación del proceso monitorio en juicio verbal, que sin querer —ni poder— ahondar en ello en este trabajo¹⁰⁸, tan solo pretendemos mostrar como ello afecta, también, a la debida armonización entre el proceso monitorio europeo y el juicio verbal. Imaginemos el siguiente supuesto. Se insta un proceso monitorio en España y, una vez emitido el requerimiento, el deudor formula oposición. El demandante no indicó que, en caso de oposición, el litigio continuara a través del proceso europeo de escasa cuantía. La cantidad reclamada es inferior a 6000 euros, por lo que corresponde que se tramite a través del juicio verbal. ¿Cómo va a servir de contestación a la demanda una oposición sin motivación (art. 16.3 RPME)?

75. En el PME no se exige representación por abogado u otro profesional del Derecho ni para la presentación de la petición inicial de requerimiento europeo de pago ni para formular oposición (art. 24 RPME)¹⁰⁹. Mientras que en el monitorio español no es preceptiva la intervención de abogado y procurador para presentar la petición inicial, sí que lo es para formular oposición cuando la cuantía del requerimiento sea superior a 2000 euros (arts. 818.1; 23.2.1º; y 31.2.1º LEC). Sin embargo, aunque en el PME la asistencia letrada no sea obligatoria, en la práctica se recurre a ella¹¹⁰; lo que puede deberse a una arraigada tradición al recurso al abogado para cualquier tipo de litigio —como sucede en España— o que las dificultades inherentes a la litigación transfronteriza llevan al litigante extranjero a preferir la

¹⁰⁷ Una oposición que resulte genérica o imprecisa comportaría la inadmisión de la misma.

¹⁰⁸ Nos remitimos al interesante análisis de la problemática realizado por J. F. HERRERO PEREZAGUA, en «Cinco preguntas sobre la transformación del monitorio», *op. cit.*, pp. 38 a 40.

¹⁰⁹ Sin olvidar que, salvo lo dispuesto expresamente en el RPME, la ejecución se regirá por el Derecho del Estado miembro de ejecución (Art. 21.1 RPME). Así, en el caso español, «para la ejecución derivada de procesos monitorios en que no haya habido oposición, se requerirá la intervención de abogado y procurador siempre que la cantidad por la que se despache ejecución sea superior a 2000 euros» (539.1 LEC).

¹¹⁰ E. ALINA ONTANU, «Incorporating European Uniform Procedures into National Procedural Systems and Practice: Best Practices a Solution for Harmonious Application», *op. cit.*, pp. 466 y 467, y F. GASCÓN INCHAUSTI; M. REQUEJO ISIDRO, «A Classic cross-border Case: the Usual Situation in the First Instance», en B. HESS y P. ORTOLANI (eds.), *Impediments of National Procedural Law to the Free Movement of Judgments. Luxembourg Report on European Procedural Law*, Vol. I, C.H Beck; Hart; Nomos, Múnich, 2019, p. 45.

asistencia de un abogado. Esto tiene una evidente repercusión en las costas, ya que si la intervención de abogado no es preceptiva, su coste no es incluible en las mismas, por lo que dichos gastos son irre recuperables (arts. 32.5 y 241.1.1º LEC). Por este motivo, tal vez, el legislador europeo tendría que reconsiderar su apuesta contraria a la intervención preceptiva de abogado —que, aun cuando con potentes argumentos a su favor, no ha conseguido tener éxito en la práctica— o, al menos, si no se quiere imponer tal obligación, podría buscar una vía para que la parte vencedora pueda recuperar dichos honorarios —o parte de ellos—¹¹¹.

76. A la vista de todo lo expuesto en este trabajo, para concluir quiero remarcar que no creemos que la creación de un proceso monitorio europeo que alcance, también, los litigios internos sea la panacea. Reconocemos que, por lo menos en un primer momento, algunos de los posibles beneficios de la opción que proponemos serían difícilmente tangibles; como podría ser la facilitación del acceso a la justicia en las mismas condiciones en todo el espacio europeo, lo que coadyuvaría a la cohesión y mejor funcionamiento del mercado interior y del espacio de justicia de la UE. Sin embargo, al mismo tiempo, estamos seguros de que ello no causaría estragos. Por este motivo, abogamos por que se tome esta propuesta como una oportunidad para mejorar la calidad de la tutela judicial del crédito a través de la técnica monitoria en el ámbito europeo.

¹¹¹ Vid. F. GASCÓN INCHAUSTI; M. REQUEJO ISIDRO, «A Classic cross-border Case: the Usual Situation in the First Instance», *op. cit.*, p. 45.

LAS NORMAS DE COMPETENCIA INTERNACIONAL
EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL
EN EL REGLAMENTO (UE) 2019/1111 DEL CONSEJO
DE 25 DE JUNIO DE 2019

THE RULES ON INTERNATIONAL JURISDICTION
IN MATTERS OF PARENTAL RESPONSIBILITY IN COUNCIL
REGULATION (EU) 2019/1111 OF 25 JUNE 2019

ALICIA BERNARDO SAN JOSÉ
*Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid*

Recibido: 14.06.2020 / Aceptado: 03.07.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5671>

Resumen: En este trabajo se efectúa un análisis de las normas de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental del Reglamento (UE) 2019/1111 (Reglamento Bruselas II ter). Estas normas se examinan con el objetivo de detectar las modificaciones y mejoras introducidas por el legislador europeo en el nuevo Reglamento, en comparación con las normas del actual Reglamento (CE) n.º 2201/2003 (Reglamento Bruselas II bis), que quedará derogado a partir del 1 de agosto de 2022. Se realiza, además, un estudio exhaustivo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca del sentido en que deben interpretarse las normas de competencia a efectos del RB II bis, y su aplicabilidad al RB II ter.

Palabras clave: competencia judicial; responsabilidad parental; interés superior del menor; residencia habitual; *forum non conveniens*.

Abstract: This paper analyzes the rules of international jurisdiction on parental responsibility in the Council Regulation (EU) 2019/111 (Brussels II ter Regulation). These rules are examined with a view to identifying the amendments and improvements introduced by the European legislator to the new Regulation, as compared to the rules of the current Council Regulation (EC) n.º 2201/2003 (Brussels II bis Regulation), which will be repealed from 1 August 2022. In addition, a comprehensive study is carried out on the jurisprudence of the European Court of Justice on how the jurisdiction rules must be interpreted within the meaning of BR II bis and their applicability to BR II ter.

Keywords: international jurisdiction; parental responsibility; best interests of the child; habitual residence; *forum non conveniens*.

Sumario: I. Introducción. II. Breve referencia al ámbito de aplicación del RB II ter. III. El concepto de responsabilidad parental según el RB II ter. IV. La materia de responsabilidad parental a la luz de la jurisprudencia del TJUE. 1. Decisión relativa a la guarda de menores y a su acogimiento

* Este trabajo fue preparado para ser defendido en el Seminario «Hacia un proceso civil convergente con Europa: balance de situación», dirigido por los Profs. Fernando Gascón Inchausti y Pilar Peiteado Mariscal, que debería haberse celebrado en la Facultad de Derecho de la UCM el 25 de junio de 2020 y que tuvo que ser suspendido como consecuencia de la pandemia asociada al Covid-19. Es uno de los resultados del proyecto de investigación “Hacia un proceso civil convergente con Europa. Hitos presentes y retos futuros” (PGC2018-094693-B-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

fuera del domicilio familiar. 2. Medidas de protección de menores regidas por el Derecho público. 3. Acogimiento en régimen cerrado en un establecimiento. 4. Aprobación de un acuerdo de reparto sucesorio concluido por el tutor. 5. Viaje de un menor fuera del Estado en que reside y expedición de un pasaporte a su nombre. 6. Autorización para repudiar la herencia del abuelo presentada por los progenitores del menor. 7. Derecho de visita de los abuelos. V. La competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental en el RB II ter. 1. La residencia habitual del menor en un Estado miembro como criterio de aplicación del RB II ter. 2. El interés superior del menor. 3. El sistema de fueros del RB II ter. A) El fuero general: la residencia habitual del menor. B) Concepto de residencia habitual del menor a la luz de la jurisprudencia del TJUE: a) Integración del menor en un entorno social y familiar; b) Duración de la estancia; c) La edad del menor: concepto de residencia habitual de un menor lactante; d) Presencia física del menor; e) La intención de los padres de establecerse con el menor en un Estado miembro; f) Prevalencia de las consideraciones objetivas sobre los vínculos de carácter cultural del menor respecto a un Estado miembro y su nacionalidad. C) Los demás fueros del RB II ter: a) Mantenimiento de la competencia en relación con los derechos de visita; b) Competencia en caso de traslado o retención ilícitos de un menor; c) Elección del órgano jurisdiccional; d) Competencia basada en la presencia del menor; e) Competencia residual. 4. Remisión de competencia a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro mejor situado para valorar el interés superior del menor (*forum non conveniens*). A) Vinculación estrecha del menor con el órgano jurisdiccional del otro Estado miembro. B) Mejor situación del órgano jurisdiccional del otro Estado miembro para valorar el interés superior del menor. C) La remisión de competencia ha de responder al interés superior del menor. D) Procedimiento. E) Prohibición de remisión en caso de competencia exclusiva. 5. Transferencia de competencia solicitada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no tenga competencia. 6. Competencia para adoptar medidas provisionales, incluidas las cautelares, en casos de urgencia. 7. Competencia para conocer de cuestiones incidentales relacionadas con la responsabilidad parental. 8. Comprobación de la competencia. VI. Conclusión.

I. Introducción

1. A partir del 1 de agosto de 2022 se aplicará el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, ya conocido como Reglamento Bruselas II ter (RB II ter, en lo sucesivo)¹, y constituirá desde ese momento la piedra angular de la cooperación judicial de la Unión Europea en materia de Derecho de familia. El RB II ter será de aplicación en todos los Estados miembros de la Unión Europea, con la única excepción de Dinamarca.

2. Este nuevo instrumento jurídico de la Unión conlleva la derogación del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, conocido como Reglamento Bruselas II bis, (RB II bis, en lo sucesivo), directamente aplicable y vinculante en los Estados miembros –salvo Dinamarca– desde hace ya más de quince años².

3. Aunque el RB II bis está funcionando en términos generales satisfactoriamente y ha aportado a los ciudadanos beneficios importantes, desde hace ya algunos años los datos y las opiniones de los expertos han puesto de relieve algunas lagunas y deficiencias en su funcionamiento actual que conviene subsanar, tal y como ya recogía la Comisión en su Informe de 15 de abril de 2014³. Entre los dos ámbitos

¹ Los artículos 92 y 93 del Reglamento, sobre la facultad de la Comisión para adoptar actos delegados, y el artículo 103, sobre la información que deben comunicar los Estados miembros a la Comisión son aplicables desde el pasado 22 de julio de 2019.

² Con la aplicación del RB II ter, las referencias al Reglamento derogado se entenderán hechas al nuevo Reglamento y deberán interpretarse según la tabla de correspondencias que figura en el Anexo X (art. 104.2 RB II ter).

³ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000 (Bruselas, 15.4.2014, COM (2014) 225 final).

cubiertos por el RB II bis, materia matrimonial y responsabilidad parental, parece que es en esta última materia donde se plantean graves problemas que es necesario abordar urgentemente⁴.

4. Dado que debe ser objeto de varias modificaciones, el legislador europeo ha considerado adecuado, en aras de la claridad, refundir dicho Reglamento. El objetivo de la refundición no es otro que seguir desarrollando el espacio europeo de justicia y derechos fundamentales basado en la confianza mutua, suprimiendo los obstáculos que subsisten a la libre circulación de las resoluciones, en consonancia con el principio de reconocimiento mutuo, así como proteger mejor el interés superior del menor mediante la simplificación de los procedimientos y la mejora de su eficacia.

5. Además, durante estos más de quince años de vigencia del RB II bis, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, en lo sucesivo), como tribunal garante de la interpretación uniforme de las normas comunitarias *ex art. 267 TFUE* (antiguo art. 234 TCE), ha dictado numerosas resoluciones sobre el sentido en que han de interpretarse las normas del RB II bis, y resulta aconsejable incorporar la doctrina jurisprudencial a la nueva norma europea.

6. El RB II ter establece normas *uniformes* de competencia relativas al divorcio, la separación legal y la nulidad matrimonial, así como a los litigios sobre responsabilidad parental en situaciones transfronterizas. Facilita la libre circulación de las resoluciones, los documentos públicos y los acuerdos en la Unión, al establecer disposiciones relativas a su reconocimiento y ejecución en otros Estados miembros. Contiene, además, disposiciones que complementan el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, en lo referente a las relaciones entre Estados miembros. Por consiguiente, este Reglamento debe contribuir a reforzar la seguridad jurídica e incrementar la flexibilidad, y a garantizar un mejor acceso a los procesos judiciales y una mayor eficacia de dichos procesos⁵.

7. En este primer trabajo sobre el RB II ter no pretendo analizar el Reglamento en su integridad, antes bien, voy a limitar doblemente su objeto. Por un lado, me centraré en el estudio de las *normas de competencia judicial*, dejando al margen, por tanto, las de reconocimiento y ejecución y, por otro lado, ceñiré el estudio de estas normas a la materia de *responsabilidad parental*, excluyendo la materia matrimonial y la sustracción internacional de menores, salvo las referencias que sean inevitables. Estas normas se examinan con el propósito de detectar las modificaciones introducidas en esta materia por el legislador europeo y así, poder comprobar en qué medida se mejora la normativa vigente. Se efectúa, además, un estudio exhaustivo de la jurisprudencia del TJUE durante la vigencia del RB II bis para conocer de qué modo ha sido incorporada al texto del nuevo Reglamento.

II. Breve referencia al ámbito de aplicación del RB II ter

8. Respecto del ámbito de aplicación del RB II ter hay que distinguir los siguientes aspectos: territorial o espacial, temporal y material.

9. En cuanto al ámbito *territorial*, el RB II ter se aplicará en todos los Estados miembros de la Unión Europea, excepto Dinamarca. La excepción de Dinamarca proviene de las reservas efectuadas por este Estado mediante Protocolo (hoy, Protocolo nº 22 TFUE sobre la posición de Dinamarca), por las que Dinamarca se desvinculaba de la “comunitarización” del “espacio de libertad, seguridad y justicia” del Título V de la Tercera Parte del TFUE⁶.

⁴ Para un examen de las seis cuestiones principales que, según el informe de la Comisión, era preciso abordar, vid. E. RODRÍGUEZ PINAU, “La refundición del Reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Sección ESTUDIOS, Vol. 69/1, enero-junio 2017, Madrid, pp. 139-165.

⁵ Cfr. Considerando 2 RB II ter.

⁶ Cfr. Considerando 96 RB II ter.

10. El RB II *ter sí* se aplicará en Irlanda. Reino Unido e Irlanda no participan plenamente en la “comunitarización” del espacio único de justicia y, en la actualidad, su posición respecto de esta materia se encuentra recogida en el Protocolo nº 21 TFUE. Estos Estados, no obstante, se reservaron la oportunidad de comunicar caso por caso su participación en los instrumentos comunitarios y, en efecto, comunicaron su voluntad de participar en la adopción y aplicación del presente Reglamento (“*opting in*”)⁷. No obstante, como es sabido, el 31 de enero de 2020, el Reino Unido salió de la Unión Europea y dejó de ser “Estado miembro”, por lo que desde esa fecha dejó de estar incluido en el ámbito espacial de aplicación de los instrumentos jurídicos de la Unión Europea en general y del RB II *ter* en particular⁸.

11. Por lo que se refiere al elemento *temporal*, la disposición transitoria primera (art. 100.1 RB II *ter*), señala expresamente que el presente Reglamento solo se aplicará “a los procedimientos incoados, a los documentos públicos formalizados o registrados y a los acuerdos registrados el 1 de agosto de 2022 o después de esa fecha”. Por tanto, en relación con la materia que nos ocupa, desde esa fecha, la determinación de la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión Europea se regirá por los fueros del RB II *ter*.

12. En materia de reconocimiento y ejecución, la disposición transitoria segunda (art. 100.2 RB II *ter*), matiza que el RB II *bis* seguirá aplicándose a “las resoluciones dictadas en procedimientos ya incoados, los documentos públicos formalizados o registrados y los acuerdos que hayan adquirido fuerza ejecutiva en el Estado miembro en el que hayan sido celebrados antes del 1 de agosto de 2022 y que entren dentro del ámbito de aplicación de dicho Reglamento”.

13. El primero de los artículos del RB II *ter* regula su ámbito *material* de aplicación, en un doble sentido, positivo y negativo. En sentido positivo, el apartado 1 del art. 1 RB II *ter* establece que el presente Reglamento se aplica a las *materias civiles* relativas: a) al divorcio, la separación legal y la nulidad matrimonial; b) a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental. En su apartado 3, este mismo artículo señala que los capítulos III y IV del Reglamento relativos a la sustracción internacional de menores y al reconocimiento y ejecución, respectivamente, se aplican en casos de traslado o retención ilícitos de un menor que afecten a más de un Estado miembro, completando la regulación del Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Y añade que el capítulo IV se aplica a resoluciones que ordenen la restitución de un menor a otro Estado miembro de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980 que deban der ejecutadas en un Estado miembro distinto del Estado miembro donde se dictó la resolución.

14. En sentido negativo, el apartado 4 del art. 1 RB II *ter* establece que el Reglamento no se aplica: a) a la determinación y a la impugnación de la filiación; b) a las resoluciones sobre adopción y medidas que la preparan, ni a la anulación y revocación de la adopción; c) al nombre y apellidos del menor; a la emancipación; e) a las obligaciones de alimentos; f) a los fideicomisos y las sucesiones; g) a las medidas adoptadas a consecuencia de infracciones del Derecho Penal cometidas por los menores.

15. Sin duda, cada una de las materias incluidas positivamente en el ámbito de aplicación del Reglamento, así como las exclusiones *ratione materiae*, merecen un examen individualizado. No obstante, comoquiera que el presente trabajo tiene intencionadamente un objeto limitado a las *normas de*

⁷ Cfr. Considerando 95 RB II *ter*.

⁸ Sobre la salida del Reino Unido de la Unión Europea, véase el “Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica”, firmado en Bruselas y Londres el día 24 de enero de 2020, publicado el 31 de enero de 2020 en el Diario Oficial de la Unión Europea, y que entró en vigor el 1 de febrero de 2020. El art. 126 del Acuerdo establece un periodo transitorio o de ejecución que, en principio, finalizará el 31 de diciembre de 2020. El art. 132 dispone que, no obstante lo dispuesto en el art. 126, el Comité Mixto, antes del 1 de julio de 2020, podrá adoptar una decisión única por la que se prorrogue el periodo transitorio hasta un máximo de uno o dos años (vid., en especial, el Título VI del Acuerdo, relativo a la “cooperación judicial en curso en materia civil y mercantil”).

competencia judicial del Reglamento en materia de *responsabilidad parental*, en las páginas que siguen me voy a centrar únicamente en esta materia.

III. El concepto de responsabilidad parental según el RB II ter

16. El art. 1.1.b) RB II ter incluye la responsabilidad parental en el ámbito *material* de aplicación del Reglamento. En concreto, según este precepto, el Reglamento se aplica a todos aquellos asuntos que se refieran a “la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental”.

17. Y es el propio Reglamento, en su art. 2.2.7), el que define la “responsabilidad parental” como el conjunto de “derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor, incluidos, en particular, los derechos de custodia y visita”.

18. El término “responsabilidad parental” ha sido y sigue siendo el elegido por el legislador europeo para referirse a los derechos y obligaciones que les corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes de sus hijos (cfr. RB II y RB II bis). Se trata de un término más amplio que el de “patria potestad” —que aún utiliza nuestro Código Civil—, y desprovisto de cualquier sesgo patriarcal⁹. El vocablo “potestad” se vincula con el *poder* que evoca a la *potestas* del Derecho romano, centrado en la idea de dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerarquizada. Por el contrario, el empleo de la expresión “responsabilidad parental” implica el ejercicio de una función propia de ambos progenitores que se manifiesta en un conjunto de derechos y deberes dirigidos, primordialmente, a satisfacer el interés superior del niño.

19. Nótese, además, que en el concepto de “responsabilidad parental” del Reglamento no solo están comprendidos los progenitores del menor sino cualquier otra persona física o jurídica a la que se le hayan conferido derechos y obligaciones en relación con la persona o bienes del menor. Así, a los efectos del presente Reglamento, se entenderá por “titular de la responsabilidad parental” a cualquier persona, institución u organismo que tenga la responsabilidad parental sobre un menor (art. 2.2.8 RB II ter).

20. La aplicación de las normas en materia de responsabilidad parental se produce con frecuencia en el marco de un proceso matrimonial, de ahí que resulte adecuado contar con un único instrumento jurídico europeo aplicable a las dos materias, la matrimonial y la de responsabilidad parental. Ahora bien, con la finalidad de asegurar la igualdad de todos los menores, estén sus padres casados o no lo estén, el RB II ter se aplica a todas las medidas y resoluciones en materia de responsabilidad parental, incluidas las medidas de protección del menor, con independencia de que estas medidas y resoluciones estén vinculadas o no a un procedimiento matrimonial¹⁰.

21. El RB II ter, a diferencia del RB II bis¹¹, define el concepto de “menor” como toda persona que tenga menos de 18 años (art. 2.2.6), coincidiendo así con el ámbito de aplicación del otro instrumen-

⁹ El término “patria potestad” marca una época con un modelo de familia patriarcal que en la actualidad ha caído en desuso y ha sido reemplazado por un modelo de familia comunicativo y cooperativo. En consecuencia, esto ha llevado a que las legislaciones de muchos países reemplacen la expresión “patria potestad” por “responsabilidad parental” para referirse a los derechos y deberes entre padres e hijos.

¹⁰ Cfr. Considerandos 7 y 8 RB II ter. Téngase en cuenta que en las dos últimas décadas la tasa de hijos nacidos fuera del matrimonio ha aumentado considerablemente en todos los Estados miembros de la Unión Europea. Según los datos publicados por la Oficina estadística europea (Eurostat), existe una tendencia cada vez mayor en toda la Unión Europea de nacimientos fuera del matrimonio. En 2018, la tasa de mujeres europeas que tuvieron hijos sin estar casadas con su pareja llegaba ya al 43%, lo que permite hablar claramente de “un cambio de patrones” en el modelo de familia europeo. Los números apuntan a que, en unos años, más de la mitad de los recién nacidos tendrán padres y madres no casados.

¹¹ El RB II bis no dice qué se entiende por “menor”, por lo que hay que estar a la legislación nacional de cada Estado miembro.

to legal internacional en materia de protección de los niños, el Convenio de La Haya de 1996¹², que “se aplica a los niños a partir de su nacimiento y hasta que alcancen la edad de 18 años” (art. 2)¹³.

22. Hay que señalar, además, que el propio RB II ter, en su considerando 17, especifica que debe aplicarse a todos los menores de 18 años, aunque la persona antes de esa edad haya adquirido plena capacidad de obrar en virtud de su ley personal (por ejemplo, porque está emancipada por matrimonio)¹⁴. Esto evita toda posible superposición o colisión con el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre Protección Internacional de los Adultos, que se aplica a partir de los 18, y al mismo tiempo, evita lagunas entre los dos instrumentos. En el caso de los menores hasta 16 años, debe seguir aplicándose el Convenio de La Haya de 1980 y, por tanto, también el Capítulo III del RB II ter sobre la sustracción internacional de menores, que complementa la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 en las relaciones entre los Estados miembros, de conformidad con el art. 1.3 RB II ter.

23. El RB II ter, en el apartado 2 del art. 1, señala expresamente algunas de las materias que pueden englobarse en la responsabilidad parental, cuya inclusión en el ámbito material del Reglamento no resulta cuestionable. En concreto, enumera las siguientes:

a) El derecho de custodia y el derecho de visita

24. Según el art. 2.2.9) RB II ter, el derecho de custodia “incluye los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en particular, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia”. Este último derecho tiene una enorme importancia, toda vez que, como se verá después, las normas de competencia del Reglamento se articulan alrededor de la residencia habitual del menor. Y el derecho de visita comprende, de conformidad con el art. 2.2.10) RB II ter, “los derechos de visita, incluido el derecho de llevar a un menor a otro lugar diferente al de su residencia habitual por un periodo de tiempo limitado”.

b) La tutela, la curatela y otras instituciones análogas

25. Quedan comprendidas en la materia de responsabilidad parental las instituciones propias de guarda y protección legal de la persona y/o los bienes de los menores como la tutela, la curatela u otras instituciones protectoras similares (p. ej. en nuestro ordenamiento, el defensor judicial y la guarda de hecho).

c) La designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes de un menor, de representarlo o de prestarle asistencia

¹² Convenio de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños.

¹³ Un interesante análisis sobre las modificaciones que se introducen en el RB II ter para mejorar las relaciones con el Convenio de La Haya de 1996, puede verse en B. CAMPUZANO DÍAZ, “El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2020), Vol. 12, Nº 1, pp. 97-117.

¹⁴ En este punto, el RB II ter se aparta del RB II bis, en el que no se hace ninguna referencia a los menores emancipados, y de la *Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis* elaborada por la Comisión Europea en 2015, en la que expresamente se dice que las resoluciones dictadas respecto de los menores emancipados no se consideran en principio materia de responsabilidad parental y, por tanto, no entran en el ámbito de aplicación del Reglamento. A mi juicio, la aplicación del Reglamento a menores emancipados se compadece mejor con el principio del “interés superior del menor” que ha de informar cualquier interpretación y aplicación de las normas en esta materia, por lo que hay que celebrar la decisión del legislador europeo de incluirlos en el ámbito de aplicación del Reglamento. En este sentido ya se ha manifestado P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)”, *La ley. Unión Europea*, núm. 21, 2014, p. 9.

d) El acogimiento de un menor en un establecimiento o un hogar de acogida

26. El ámbito de aplicación del Reglamento incluye cualquier tipo de acogimiento del menor en un hogar de acogida, por una o más personas, o en una institución (p. ej. un orfanato o un centro de acogida de menores). También, el acogimiento con vistas a la adopción o el acogimiento por un progenitor o, cuando corresponda, por cualquier otro pariente cercano, así como los “acogimientos educativos” ordenados por un órgano jurisdiccional o concertados por una autoridad competente con el acuerdo de los progenitores del menor o a petición de estos como consecuencia de un comportamiento anómalo del menor. Sólo quedan excluidos los acogimientos “punitivos” adoptados como consecuencia de infracciones de Derecho penal cometidas por los menores¹⁵.

27. Una de las deficiencias en materia de responsabilidad parental del RB II bis, señalada por la Comisión en su Propuesta de Reglamento de 30 de junio de 2016¹⁶, se refiere, precisamente, al acogimiento del menor en otro Estado miembro. De acuerdo con el art. 56 RB II bis, un órgano jurisdiccional que considere el acogimiento del menor en otro Estado miembro está obligado, antes de ordenarlo, a consultar a la autoridad central de ese otro Estado para conocer si en el mismo se requiere la aprobación de una autoridad competente para los casos internos de acogimiento de menores. En caso afirmativo, la resolución de acogimiento solo podrá adoptarse en el Estado miembro requirente cuando la autoridad competente del Estado miembro requerido haya aprobado dicho acogimiento. Las autoridades centrales han señalado regularmente que a veces transcurren varios meses hasta que se comprueba si se requiere la aprobación en un caso concreto. Cuando es precisa la aprobación, el procedimiento para recabarla ha de seguir y es, al parecer, igual de lento, ya que no existe un plazo en el que las autoridades requeridas deban responder. Como consecuencia de ello, en la práctica, muchas autoridades requirentes ordenan el acogimiento y envían al niño al Estado receptor mientras el procedimiento de consulta sigue pendiente o incluso en el momento en el que empieza, al considerar la urgencia del acogimiento y ser conscientes de la lentitud de los procedimientos. Así, los Estados receptores se han quejado de que a menudo se acoge a los niños antes de que se haya dado la aprobación, lo que les deja en una situación de inseguridad jurídica.

28. Pues bien, el RB II ter pretende subsanar estos problemas simplificando el procedimiento y estableciendo un plazo máximo para que el Estado miembro requerido comunique la resolución por la que aprueba o deniega el acogimiento. Según el nuevo art. 82 RB II ter, el órgano jurisdiccional del Estado miembro requirente debe directamente dirigir a la autoridad central del Estado miembro requerido una solicitud de aprobación, salvo cuando el menor deba ser acogido por un progenitor, o por otros parientes cercanos si el Estado miembro requerido ha decidido que no es necesaria su aprobación para los acogimientos dentro de su propio territorio con determinadas categorías de parientes cercanos además de los progenitores (información que los Estados miembros han de comunicar a la Comisión y esta se encargará de publicar, en particular a través del Portal Europeo de e-Justicia). El Estado miembro requerido debe comunicar a la autoridad central requirente la resolución por la que se otorga o deniega la aprobación en el *plazo máximo de tres meses* desde la recepción de la solicitud, salvo que existan circunstancias excepcionales que lo impidan. El Estado miembro requirente solo podrá ordenar el acogimiento después de que la autoridad competente del Estado miembro requerido lo haya aprobado¹⁷.

¹⁵ Cfr. Considerando 11 RB II ter.

¹⁶ Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición) [Bruselas, 30.6.2016, COM(2016) 411 final, 2016/0190 (CNS)].

¹⁷ En relación con el acogimiento de un menor en otro Estado miembro, el TJUE, en sentencia de 26 de abril de 2012, *Health Service Executive*, C-92/12 PPU, ha hecho declaraciones importantes, a efectos del art. 56 RB II bis, que son extrapolables al art. 82 RB II ter, a saber: 1ª) la aprobación del acogimiento debe darla una autoridad competente de Derecho Público. No basta con que dé su aprobación el establecimiento en el que el menor ha de ser acogido; 2ª) la resolución judicial que ordena el acogimiento forzoso de un menor en régimen cerrado en un establecimiento en otro Estado miembro debe ser declarada ejecutiva en el Estado miembro requerido antes de ejecutarse en dicho Estado. La resolución del órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido sobre la solicitud de declaración de ejecutoriedad debe dictarse con una particular celeridad, careciendo de efecto suspensivo los recursos interpuestos contra tal resolución, con el fin de no privar al Reglamento de su efecto útil; 3ª) la aprobación dada

El tiempo dirá si estas prevenciones contribuyen a solucionar los problemas actuales o si los Estados requeridos siguen retrasando la aprobación amparándose en circunstancias excepcionales.

e) Las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de sus bienes

29. En relación con los bienes del menor, el Reglamento se aplica únicamente a las *medidas de protección del menor*, es decir, a la designación y funciones de la persona o institución que vaya a ocuparse de los bienes del menor, de representarle o de prestarle asistencia, así como a las medidas de administración, conservación o disposición de sus bienes (p.ej. en caso de que exista un litigio entre los padres sobre la administración de los bienes del menor, o si el menor se queda huérfano). En cambio, las medidas relativas a los bienes del menor cuyo objetivo no sea la protección de este no conciernen a la responsabilidad parental y, por tanto, no están cubiertas por el Reglamento, sino que deben seguir rigiéndose por el Reglamento (UE) n° 1215/2012, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil¹⁸. Es competencia de los órganos jurisdiccionales determinar en cada caso si una concreta medida relativa a los bienes del menor constituye o no una medida patrimonial *protectora* del menor, a los efectos de determinar el Reglamento aplicable.

30. Hay que señalar que el listado de materias de responsabilidad parental del art. 1.2 RB II ter no es exhaustivo, sino que esta norma tiene mero valor *ejemplificativo* o *ilustrativo*, como se deduce del empleo de la locución adverbial “en particular” que utiliza el art. 1.2 RB II ter, y como así viene sosteniendo el TJUE¹⁹.

31. La aplicación de las normas en materia de responsabilidad parental se produce con frecuencia en el marco de un proceso matrimonial, de ahí que resulte adecuado contar con un único instrumento jurídico europeo aplicable a las dos materias, la matrimonial y la de responsabilidad parental. Ahora bien, con la finalidad de asegurar la igualdad de todos los menores, estén sus padres casados o no lo estén, el RB II ter se aplica a todas las medidas y resoluciones en materia de responsabilidad parental, incluidas las medidas de protección del menor, con independencia de que estas medidas y resoluciones estén vinculadas o no a un procedimiento matrimonial²⁰.

32. El RB II ter, a diferencia del RB II bis²¹, define el concepto de “menor” como toda persona que tenga menos de 18 años (art. 2.2.6), coincidiendo así con el ámbito de aplicación del otro instrumento legal internacional en materia de protección de los niños, el Convenio de La Haya de 1996²², que “se aplica a los niños a partir de su nacimiento y hasta que alcancen la edad de 18 años” (art. 2)²³.

por un periodo determinado no se aplicará a las resoluciones que tengan por objeto prorrogar la duración del acogimiento, sino que deberá solicitarse una nueva aprobación; y 4ª) una resolución de acogimiento adoptada en un Estado miembro y declarada ejecutiva en otro Estado miembro solo podrá ejecutarse en este último por el periodo indicado en la resolución de acogimiento.

¹⁸ Cfr. Considerando 10 RB II ter.

¹⁹ Cfr. STJUE de 27 de noviembre de 2007, C, C-435/06. En este mismo sentido, vid. STJUE de 26 de abril de 2012, *Health Service Executive*, C-92/12 PPU y STJUE de 21 de octubre de 2015, *Gogova*, C-215/15.

²⁰ Cfr. Considerandos 7 y 8 RB II ter. Téngase en cuenta que en las dos últimas décadas la tasa de hijos nacidos fuera del matrimonio ha aumentado considerablemente en todos los Estados miembros de la Unión Europea. Según los datos publicados por la Oficina estadística europea (Eurostat), existe una tendencia cada vez mayor en toda la Unión Europea de nacimientos fuera del matrimonio. En 2018, la tasa de mujeres europeas que tuvieron hijos sin estar casadas con su pareja llegaba ya al 43%, lo que permite hablar claramente de “un cambio de patrones” en el modelo de familia europeo. Los números apuntan a que, en unos años, más de la mitad de los recién nacidos tendrán padres y madres no casados.

²¹ El RB II bis no dice qué se entiende por “menor”, por lo que hay que estar a la legislación nacional de cada Estado miembro.

²² Convenio de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños.

²³ Un interesante análisis sobre las modificaciones que se introducen en el RB II ter para mejorar las relaciones con el Convenio de La Haya de 1996, puede verse en B. CAMPUZANO DÍAZ, “El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras

33. Hay que señalar, además, que el propio RB II ter, en su considerando 17, especifica que el Reglamento debe aplicarse a todos los menores de 18 años, aunque la persona antes de esa edad haya adquirido plena capacidad de obrar en virtud de su ley personal (por ejemplo, porque está emancipada por matrimonio)²⁴. Esto evita toda posible superposición o colisión con el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre Protección Internacional de los Adultos, que se aplica a partir de los 18, y al mismo tiempo, evita lagunas entre los dos instrumentos. En el caso de los menores hasta 16 años, debe seguir aplicándose el Convenio de La Haya de 1980 y, por tanto, también el Capítulo III del RB II ter sobre la sustracción internacional de menores, que complementa la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 en las relaciones entre los Estados miembros, de conformidad con el art. 1.3 RB II ter.

34. En relación con las *exclusiones materiales* del Reglamento, el art. 1.4 RB II ter excluye expresamente de su ámbito de aplicación una serie de materias, algunas de ellas referidas a obligaciones de carácter asistencial o protector de los menores. Así, el RB II ter no se aplica a: a) las cuestiones relativas a la determinación y la impugnación de la *filiación*; b) las resoluciones sobre *adopción* y las medidas que la preparan, la anulación y revocación de la adopción; c) el *nombre y apellidos* del menor; d) la *emancipación*; e) las *obligaciones de alimentos*; f) los *fideicomisos* y las *sucesiones*, y g) las medidas adoptadas a consecuencia de *infracciones del Derecho penal* cometidas por los menores.

35. Según este listado, el presente Reglamento no debe aplicarse al establecimiento de la *filiación*, que es una cuestión distinta de la responsabilidad parental, ni tampoco a las demás cuestiones ligadas al estado de las personas, como la adopción, el nombre y apellidos y la emancipación²⁵.

36. Quedan excluidas también las obligaciones de alimentos, a pesar de que, sin duda, se trata esta de una materia de responsabilidad parental, puesto que se refiere a la fijación de las obligaciones alimenticias que incumben a uno u otro progenitor respecto de sus hijos con el fin de garantizar que se cubren los gastos de la manutención y la educación de estos. El concepto de responsabilidad parental del RB II ter no incluye, pues, la contribución de los padres a los gastos de manutención y educación del hijo, contribución que está comprendida en el concepto de “obligación de alimentos” y entra dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento nº 4/2009, del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones y la cooperación en materia de alimentos²⁶. No obstante, los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de una acción relativa a la responsabilidad parental tendrán generalmente competencia para conocer de las demandas relativas a las obligaciones de alimentos que sean accesorias de ella, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes (art. 3 d) Reglamento nº 4/2009). Según ha declarado el TJUE, “el juez competente para conocer de las acciones relativas a la responsabilidad parental es quien se halla en mejor situación para apreciar *in concreto* las consecuencias de una demanda relativa a la obligación de alimentos a favor de un hijo, y fijar el importe de dicha obligación, destinado a contribuir a los gastos de manutención y educación de los hijos, adaptándolo, según la modalidad de custodia establecida –compartida o exclusiva–, el derecho de visita, la duración de dicho derecho, y los

en las relaciones con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2020), Vol. 12, Nº 1, pp. 97-117.

²⁴ En este punto, el RB II ter se aparta del RB II bis, en el que no se hace ninguna referencia a los menores emancipados, y de la *Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis* elaborada por la Comisión Europea en 2015, en la que expresamente se dice que las resoluciones dictadas respecto de los menores emancipados no se consideran en principio materia de responsabilidad parental y, por tanto, no entran en el ámbito de aplicación del Reglamento. A mi juicio, la aplicación del Reglamento a menores emancipados se compadece mejor con el principio del “interés superior del menor” que ha de informar cualquier interpretación y aplicación de las normas en esta materia, por lo que hay que celebrar la decisión del legislador europeo de incluirlos en el ámbito de aplicación del Reglamento. En este sentido ya se ha manifestado P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)”, *La ley. Unión Europea*, núm. 21, 2014, p. 9.

²⁵ Vid. Considerando 12 RB II ter.

²⁶ Así lo ha declarado recientemente en TJUE en sentencia de 3 de octubre de 2019, *OF y PG*, C-759/18.

demás elementos de carácter fáctico relativos al ejercicio de la responsabilidad parental de los que dicho juez tenga conocimiento”²⁷.

37. Se excluyen los fideicomisos y las sucesiones. La sucesión por causa de muerte es objeto del Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

38. Por último, se excluyen también las medidas adoptadas para sancionar la comisión de una infracción penal por el menor (por ejemplo, queda excluido el internamiento de un menor que implique privación de libertad cuando dicha medida se ordene no para proteger al menor sino para sancionarlo por la comisión de un acto que, de haber sido cometido por un adulto, sería constitutivo de delito con arreglo al Derecho penal nacional).

IV. La materia de responsabilidad parental a la luz de la jurisprudencia del TJUE

39. Durante los más de quince años de vigencia del RB II bis, son muchas las cuestiones prejudiciales que se han planteado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre cómo ha de interpretarse el concepto de “responsabilidad parental” a efectos del Reglamento. Estas peticiones de decisión prejudicial han servido para formar un cuerpo de doctrina jurisprudencial al respecto que conviene repasar. Obviamente, las resoluciones del TJUE que se exponen a continuación –por orden cronológico– se refieren siempre al RB II bis, pero su doctrina resulta íntegramente aplicable al nuevo RB II ter. Es más, algunas de las declaraciones realizadas por el Tribunal de Justicia en estas resoluciones han sido incorporadas por el legislador europeo en el nuevo Reglamento.

1. Decisión relativa a la *guarda de menores y a su acogimiento fuera del domicilio familiar*

40. La STJUE de 27 de noviembre de 2007, *C*, C-435/06, estableció que la decisión de asumir la *guarda de un menor* con la finalidad de entregarlo en *acogimiento*, aunque no figure expresamente entre las materias enumeradas en el art. 1.2 del Reglamento, constituye una resolución relativa a la responsabilidad parental y, por consiguiente, debe entenderse incluida en su ámbito de aplicación.

41. La cuestión prejudicial que resuelve esta sentencia la planteó el Tribunal Administrativo Supremo finlandés en el marco de un recurso presentado por la madre de los menores contra la resolución del Tribunal Administrativo de Oulu, Finlandia, por la que se confirmaba la orden de la policía finlandesa de entregar a los menores a las autoridades suecas, en cumplimiento de una resolución judicial sueca por la que, en unidad de acto, se asumía la guarda inmediata de los menores con la finalidad de entregarlos en acogimiento a una familia de acogida. El Tribunal finlandés remitente deseaba saber si

²⁷ STJUE de 16 de julio de 2015, *A y B*, C-184/14. En esta sentencia el TJUE declaró que “cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro conoce de una acción de separación o de ruptura del vínculo conyugal entre los padres de un hijo menor de edad y un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro conoce de una acción de responsabilidad parental en relación con ese menor, una demanda relativa a una obligación de alimentos a favor de ese hijo sólo es accesoria a la acción relativa a la responsabilidad parental en el sentido del artículo 3, letra d), de dicho Reglamento”. Esta declaración ha sido posteriormente matizada por el TJUE en el sentido de que “en caso de que ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro se interponga un recurso que comprende tres pretensiones relativas, respectivamente, al divorcio de los progenitores de un menor, a la responsabilidad parental respecto de ese menor y a la obligación de alimentos hacia este, el órgano jurisdiccional que resuelve sobre el divorcio y que se ha declarado incompetente para pronunciarse sobre la pretensión relativa a la responsabilidad parental es competente, sin embargo, para resolver sobre la pretensión relativa a la obligación de alimentos respecto a dicho menor, cuando es también el órgano jurisdiccional de la residencia habitual del demandado o el órgano jurisdiccional ante el que este ha comparecido, sin impugnar su competencia” (STJUE de 5 de septiembre de 2019, *R y P*, C-468/18).

el Reglamento se refiere a la vez a la *guarda* y al *acogimiento de menores* o únicamente a la resolución sobre *acogimiento*, habida cuenta de que en Finlandia la protección de menores requiere la adopción, no de una, sino de varias resoluciones.

42. Las razones esgrimidas por el Tribunal de Luxemburgo para entender comprendida dentro del concepto de responsabilidad parental una resolución por la que, en *unidad de acto*, se decide asumir la guarda inmediata de un menor y ordenar su acogimiento en una familia de acogida son las siguientes: i) el Reglamento –de conformidad con su considerando quinto²⁸ se aplica a todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, *incluidas las medidas de protección del menor*, y la decisión sobre la guarda de un menor “se inscribe, por naturaleza, dentro del marco de una acción pública cuya finalidad es satisfacer las necesidades de protección y asistencia de los menores; ii) en Finlandia, la asunción de la guarda de un menor tiene el efecto de conferir a los servicios sociales de dicho Estado el poder para determinar el lugar de residencia del menor. Dicha medida puede afectar al ejercicio del derecho de custodia que, según dispone el propio Reglamento, comprende el derecho a decidir sobre el lugar de residencia del menor. Por tanto, dicha facultad afecta a la responsabilidad parental, puesto que el derecho de custodia constituye una de las materias relativas a dicha responsabilidad; y iii) la guarda de un menor se encuentra estrechamente vinculada al acogimiento, que forma parte expresamente del elenco de materias relativas a la responsabilidad parental, “en el sentido de que, por una parte, una decisión aislada de asumir la guarda únicamente puede ser adoptada como medida provisional y, por otra parte, el acogimiento de un menor en contra de la voluntad de los padres, únicamente puede llevarse a cabo si la autoridad asume antes la guarda de ese menor. En tales circunstancias, excluir del ámbito de aplicación del Reglamento (...) la decisión de asumir la guarda de un menor comprometería la eficacia de dicho Reglamento en los Estados en los que la protección de los menores, incluido su acogimiento, requiere la adopción de varias decisiones”.

2. Medidas de protección de menores regidas por el *Derecho público*

43. En la cuestión prejudicial anterior, asunto *C*, el órgano jurisdiccional remitente planteó también al Tribunal de Justicia la concreta cuestión de si el Reglamento resulta aplicable a las decisiones de asumir la guarda y ordenar el acogimiento de un menor *que se rigen por el Derecho público*, habida cuenta de que el ámbito de aplicación del Reglamento se circunscribe a las “materias civiles”, según dispone el art. 1.1.

44. El TJUE recuerda primero que, de conformidad con la jurisprudencia ya consolidada del Tribunal de Justicia, el concepto de “materias civiles” que emplea el Reglamento debe ser objeto de una interpretación *autónoma* en Derecho comunitario que debe hacerse a la luz, en primer lugar, de los objetivos que persigue el Reglamento –entre los que figura la igualdad de trato de todos los menores– y, en segundo lugar, de los principios generales que se deducen de todos los sistemas jurídicos nacionales²⁹. Y, a continuación, manifiesta contundentemente que “ni la organización jurisdiccional de los Estados miembros ni la atribución de competencia a las autoridades administrativas pueden influir en el ámbito de aplicación de este Reglamento ni en la interpretación del concepto de “materias civiles” (...), que debe interpretarse en el sentido de que incluso puede englobar medidas que, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico de un Estado miembro, están sometidas al Derecho Público”. De lo contrario, esto es, “si las decisiones de asumir la guarda y de ordenar el acogimiento de un menor que, en determinados Estados miembros, se rijan por el Derecho Público debieran, por este mero motivo, quedar excluidas del ámbito de aplicación de dicho Reglamento, se comprometería manifiestamente el propio objetivo de reconocimiento mutuo y de ejecución de las resoluciones en materia de responsabilidad parental”³⁰.

²⁸ En el mismo sentido se expresa ahora el considerando 7 RB II ter.

²⁹ Por todas, vid. STJUE de 14 de noviembre de 2002, *Baten*, C-271/00 y STJUE de 28 de abril de 2009, *Meletis Apostolides*, C-420/07.

³⁰ Tan solo un año después de planteada la cuestión prejudicial en el asunto *C*, el mismo órgano jurisdiccional remitente, el

45. Esta interpretación jurisprudencial ha sido acogida expresamente en el RB II ter. Así, en su considerando 4, puede leerse lo siguiente: “(...) Por consiguiente, el concepto de materia civil debe interpretarse en el sentido de que también puede abarcar medidas que, desde el punto de vista del sistema jurídico de un Estado miembro, pueden estar sometidas al Derecho público. Debe abarcar en particular todas las demandas, medidas o resoluciones en materia de responsabilidad parental en el sentido del presente Reglamento, de conformidad con sus objetivos».

3. Acogimiento en *régimen cerrado* en un establecimiento

46. En materia de acogimiento, la STJUE de 26 de abril de 2012, *Health Service Executive*, C-92/12 PPU, declaró que el concepto de “acogimiento de un menor en un establecimiento” del art. 1.2.d) del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que incluye el acogimiento en *régimen cerrado* en un establecimiento, siempre que dicho acogimiento se ordene para proteger al menor y no para sancionarlo, es decir, siempre que la privación de libertad del menor sea con fines *terapéuticos y educativos*. Por el contrario, las medidas de internamiento de un menor que sancionen la comisión de una infracción penal quedan excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento *ex art. 1.4 g)*.

47. Efectivamente, cualquier otra interpretación impediría beneficiarse del Reglamento a los menores particularmente vulnerables que necesitan tal acogimiento y sería contraria a la finalidad del Reglamento, que es la de garantizar la igualdad de todos los menores.

48. La doctrina de esta sentencia ha sido recogida por el RB II ter en su considerando 11, en cuya virtud deben incluirse en el ámbito de aplicación del Reglamento “los “acogimientos educativos” ordenados por un órgano jurisdiccional o concertados por una autoridad competente con el acuerdo de los progenitores del menor. Únicamente deben quedar excluidos los casos en que el acogimiento, ya sea educativo o punitivo, haya sido ordenado o concertado como consecuencia de un acto del menor que, de haber sido cometido por un adulto, podría ser constitutivo de delito con arreglo al Derecho penal nacional, con independencia de si en este caso concreto puede conducir a una condena”.

4. Aprobación de un acuerdo de reparto sucesorio concluido por el tutor

49. En la sentencia de 6 de octubre de 2015, *Matoušková*, C-404/14, el TJUE resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo (República Checa), acerca de si la aprobación por el juez de tutelas de un acuerdo de reparto sucesorio concluido entre el cónyuge superviviente y los hijos menores representados por un tutor constituye una medida relativa al ejercicio de la responsabilidad parental, estando, por tanto, incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento o si, por el contrario, constituye una medida relativa a las sucesiones, excluidas expresamente de su ámbito de aplicación.

50. Para el Tribunal de Justicia, la aprobación del acuerdo de reparto sucesorio concluido por el tutor de menores por cuenta de estos –aun cuando haya sido solicitada en un procedimiento sucesorio– es una medida adoptada teniendo en cuenta la *capacidad jurídica* del menor, que constituye una medida de protección y de asistencia del menor relacionada con la administración, la conservación o la disposición de sus bienes en el marco del ejercicio de la autoridad parental y, por consiguiente, debe entenderse incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento.

Tribunal Administrativo Supremo de Finlandia, volvió a plantear la misma cuestión prejudicial redactada exactamente en los mismos términos. La respuesta del TJUE fue exactamente la misma (STJUE de 2 de abril de 2009, *A*, C-523/07).

5. Viaje de un menor fuera del Estado en que reside y expedición de un pasaporte a su nombre

51. En la STJUE de 21 de octubre de 2015, *Gogova*, C-215/15, el Tribunal de Justicia declaró que la acción por la que uno de los progenitores solicita al juez que supla la falta de consentimiento del otro progenitor al viaje de su hijo menor de edad fuera del Estado miembro en que este reside y a la expedición de un pasaporte a su nombre tiene por objeto el ejercicio de la responsabilidad parental sobre el menor y, por tanto, está incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento. Esto es así incluso en el caso de que la resolución que se dicte al término del proceso judicial deba ser tenida en cuenta por las autoridades del Estado miembro del que el menor es nacional en el procedimiento administrativo de expedición de un pasaporte a nombre de dicho menor.

52. No desvirtúa esta conclusión el mero hecho de que la demanda tenga por objeto una resolución judicial concreta relativa a un menor, y no el conjunto de modalidades de ejercicio de la responsabilidad parental. El Reglamento se aplica a todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, tanto si se refieren a un aspecto concreto de dicha responsabilidad como si regulan el ejercicio de la misma con carácter general.

6. Autorización para repudiar la herencia del abuelo presentada por los progenitores del menor

53. Con los mismos argumentos que en el asunto *Matoušková*, la STJUE de 19 de abril de 2018, *Alessandro Saponaro* C-565/16, declaró que una solicitud de autorización destinada a repudiar una herencia presentada por los progenitores de un menor en nombre de este guarda relación con el *estado y la capacidad de la persona* y, por tanto, está comprendida en el ámbito de la responsabilidad parental, y no del Derecho de sucesiones y, por ende, forma parte del ámbito de aplicación del Reglamento.

7. Derecho de visita de los abuelos

54. La Sala Primera del TJUE, en sentencia de 31 de mayo de 2018, *Valcheva*, C-335/17, se ha pronunciado sobre el concepto de “derecho de visita” que el Reglamento incluye de forma expresa en la materia de responsabilidad parental y, en concreto, sobre si este derecho comprende o no el derecho de visita de los abuelos a los nietos.

55. La petición de decisión prejudicial fue presentada por el Tribunal Supremo de Casación (Bulgaria), en el marco de un litigio entre la Sra. Neli Valcheva, residente en Bulgaria, y su ex yerno, residente en Grecia, en relación con el derecho de visita de la abuela a su nieto, menor edad y residente en Grecia bajo la custodia de su padre. La abuela solicitó a un órgano jurisdiccional de primera instancia búlgaro que estableciera el régimen de ejercicio del derecho de visita entre ella y su nieto. El órgano de primera instancia entendió que carecía de competencia internacional para examinar la pretensión por aplicación del RB II bis que, en materia de responsabilidad parental, atribuye la competencia a los tribunales del Estado miembro donde el menor tiene su residencia habitual, es decir, a los tribunales griegos; decisión que fue confirmada por el tribunal de apelación. Interpuesto recurso de casación por la abuela, el Tribunal Supremo búlgaro decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE la cuestión prejudicial acerca de cómo ha de interpretarse el concepto de “derecho de visita” del Reglamento, en el sentido de si se aplica solo a la visita de los progenitores al menor o también a la visita de otros miembros de la familia y, en particular, de los abuelos y abuelas, habida cuenta de que el Reglamento al definir el derecho de visita no lo precisa.

56. El Tribunal de la Unión, teniendo en cuenta que el RB II bis, a diferencia de su predecesor, el Reglamento nº 1347/2000, no está limitado a los litigios en que sean partes los progenitores, sino que toma en consideración todas las resoluciones judiciales relativas a la responsabilidad parental y, por con-

siguiente, al derecho de visita, con independencia de la calidad de las personas que pudieran ejercerlo y sin excluir a los abuelos, ha declarado que el concepto de “derecho de visita” del Reglamento incluye no solo el derecho de visita de los progenitores a sus hijos, sino también el de otras personas con las que resulte importante que el menor mantenga relaciones personales, en particular, sus abuelos, sean o no titulares de la responsabilidad parental.

57. Si el derecho de visita no alcanzara a estas otras personas –señala el TJUE–, no solo podrían dirimir las cuestiones relativas a este derecho el órgano jurisdiccional al que el RB II bis atribuya la competencia, sino también otros órganos jurisdiccionales que pudieran considerarse competentes con arreglo al Derecho internacional privado, con el riesgo evidente de resoluciones contradictorias o incompatibles, pudiendo darse el caso de que el derecho de visita concedido a un allegado del menor fuera contrario al atribuido a un beneficiario de la responsabilidad parental. Comoquiera que la atribución de un derecho de visita a una persona distinta de los progenitores puede interferir en los derechos y deberes de estos, procede, para evitar medidas contradictorias y en interés superior del menor, que sea el mismo órgano jurisdiccional, es decir, el de la residencia habitual del menor, el que se pronuncie sobre los derechos de visita.

58. Sentada esta doctrina por el TJUE, habría resultado adecuado que el legislador europeo hubiese incluido expresamente en el RB II ter el derecho de los menores a tener contacto no solo con sus progenitores, sino también con aquellas personas con quienes tengan lazos familiares, como sus abuelos, en el concepto de “derecho de visita” definido en el art. 2.2.10) del nuevo Reglamento o, al menos, como ha hecho con otras declaraciones del TJUE, en alguno de sus considerandos, pero, lamentablemente, no ha sido así.

V. La competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental en el RB II ter

1. La residencia habitual del menor en un Estado miembro como criterio de aplicación del RB II ter

59. En materia de responsabilidad parental, la aplicación del RB II ter está sujeta a que el menor tenga su residencia habitual en un Estado miembro de la Unión Europea. Si el menor tiene su residencia habitual en un Estado miembro, la aplicación del Reglamento resulta indiscutible y, por consiguiente, los órganos jurisdiccionales de cualquier Estado miembro tendrán que determinar su competencia judicial internacional exclusivamente con arreglo a los foros recogidos en el Reglamento. En este caso, las normas de competencia del Convenio de La Haya de 1996 resultan inaplicables, tal y como establece el art. 97 RB II ter que regula la relación del RB II ter con el Convenio.

60. Por el contrario, si el menor no tiene su residencia habitual en un Estado miembro, bien porque la tenga en un tercer Estado o bien porque no la tenga en ningún país concreto, el RB II ter no resulta, en principio, aplicable –al menos, no en su integridad– y, por tanto, la competencia judicial internacional en cada Estado miembro de la Unión Europea se determinará con arreglo a las normas del Convenio de La Haya de 1996.

61. No obstante, no es esta una cuestión pacífica. Ciertamente, en materia de responsabilidad parental, la aplicación del conjunto de normas de competencia del RB II ter depende de que el menor tenga su residencia habitual en alguno de los Estados miembros de la UE. Sin embargo, cabe plantearse la posibilidad, como veremos después, de que una de sus normas, el art. 10, relativa a la “elección del órgano jurisdiccional”, resulte aplicable aun cuando el menor tenga su residencia habitual en un Estado no comprendido en el ámbito espacial del Reglamento. La cuestión que se plantea en relación con esta norma de competencia, que permite –bajo ciertas condiciones estrictas– a los padres del menor someterse expresamente a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro que no es en el que reside habitualmente el menor, es la de si opera solo cuando el menor reside en un (otro) Estado miembro, o

lo hace “con independencia de la residencia habitual del menor”, es decir, también cuando este reside habitualmente en un tercer Estado³¹.

2. El interés superior del menor

62. Las normas de competencia en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del “interés superior del menor”, y deben aplicarse de acuerdo con este. Cualquier referencia al interés superior del menor debe interpretarse a la luz del art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³² y de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de Niño, aprobada como tratado internacional de derechos humanos el 20 de noviembre de 1989, tal y como son aplicadas por las legislaciones y procedimientos nacionales³³.

63. Tanto el art. 24.2 CDFUE como el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño exigen que en todas las decisiones y medidas concernientes a los niños se atienda siempre al *interés superior del menor* como “consideración primordial”, lo que significa que el interés superior del menor no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones.

64. Sobre el derecho del menor a que su interés superior sea una consideración primordial, resulta altamente recomendable la lectura de la Observación General nº. 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (CRC/GC/2013/14). Mediante esta Observación, el Comité, órgano designado por las Naciones Unidas para interpretar el sentido de los artículos que contiene la Convención de los Derechos del Niño, marca las pautas para entender en profundidad este derecho.

65. El Comité ha determinado que, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo, y el derecho del niño a ser escuchado, la consideración primordial del interés superior del menor constituye uno de los cuatro principios generales de la Convención, lo que pone de relieve que no solo se trata de un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos del niño.

66. En esta Observación, el Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple, a saber: un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo y una norma de procedimiento.

67. “a) Un *derecho sustantivo*: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

68. b) Un *principio jurídico interpretativo fundamental*: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

69. c) Una *norma de procedimiento*: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción

³¹ Vid. *infra*, V. 3. C) c).

³² Considerando 19 RB II ter.

³³ Vid., J.J. VARA PARRA, “El interés del menor en los foros de competencia judicial para las acciones de responsabilidad parental en el Reglamento (CE) Núm. 2201/2003”, R. E.D. L, vol. LVIII (2006).

de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos”.

3. El sistema de fueros del RB II ter

70. Antes de empezar a examinar las normas de competencia judicial en materia de responsabilidad parental del RB II ter, hay que señalar que se trata de normas de *competencia internacional*, es decir, normas que atribuyen competencia judicial internacional a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro de la Unión Europea, sin afectar a la *competencia territorial*, de modo que la ulterior fijación del órgano jurisdiccional territorialmente competente se determina, no por la norma europea, sino por la *lex fori* del tribunal del Estado miembro al que apunta el Reglamento. Es cierto que en los últimos años es tendencia que las normas europeas contengan algunos foros *mixtos* de competencia internacional y de competencia territorial, es decir, normas que determinan no solo los órganos jurisdiccionales de qué Estado miembro son los competentes, sino también, los órganos jurisdiccionales de qué lugar, dentro del territorio de ese Estado, lo son³⁴. Pero hay que hacer notar que en estos casos el legislador europeo siempre utiliza la misma fórmula y se refiere a los órganos jurisdiccionales “del *lugar* del Estado miembro (...)”, y no a los órganos jurisdiccionales “del Estado Miembro (...)”. Así, por ejemplo, el Reglamento (UE) n° 1215/2012 (materia civil y mercantil), contiene foros legales –la mayoría– que son solo de competencia internacional y algunos otros que son de competencia internacional y de competencia territorial (p. ej. casi todos los foros especiales por razón de la materia del art. 7)³⁵. Pues bien, en ninguna de las normas de competencia en materia de responsabilidad parental del RB II ter se hace referencia a los órganos jurisdiccionales *del lugar del Estado miembro*, sino sencillamente a los órganos jurisdiccionales *del Estado miembro*, como regla, del Estado miembro de residencia habitual del menor en el momento en que se acuda al órgano jurisdiccional³⁶.

³⁴ Para algunos autores, esta regulación resulta eficiente y evita que los litigantes tengan que informarse sobre las normas de Derecho Procesal interno de cada Estado miembro para poder determinar los concretos tribunales que son competentes para decidir el litigio internacional (cfr. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, con cita de M. DESANTES REAL / J.L. IGLESIAS BUHIGUES, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, Comares, Granada, 2016, p.127).

³⁵ Vid., también, p. ej. el art. 3 Reglamento (CE) n° 4/2009 (obligaciones de alimentos), que atribuye la competencia al órgano jurisdiccional “del lugar donde el demandado tenga su residencia habitual” o “del lugar donde el acreedor tenga su residencia habitual”.

³⁶ Recientemente, el pasado 22 de enero de 2020, el Juzgado de lo Mercantil n° 2 de Madrid le ha planteado al TJUE una cuestión prejudicial –pendiente de resolución– sobre la interpretación que ha de hacerse del art. 7.2 del Reglamento (UE) n° 1215/2012 que, en materia delictual o cuasidelictual atribuye la competencia al órgano jurisdiccional “del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso”. La pregunta del Juzgado español es la siguiente: “¿debe interpretarse en el sentido de que solo establece la competencia internacional de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde se encuentre dicho lugar, de forma que para la concreción del juez nacional territorialmente competente dentro de ese Estado se hace una remisión a las normas procesales internas, o debe interpretarse como una norma mixta que, por tanto, determina directamente tanto la competencia internacional como la competencia territorial nacional, sin necesidad de efectuar remisiones a la normativa interna? Espero que con la respuesta del TJUE se ponga solución a esta cuestión en el sentido que hemos apuntado, es decir que, en este caso concreto, se trata de una norma de competencia mixta, habida cuenta de que la competencia no se atribuye a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se produjo o pueda producirse el daño, sino a los órganos jurisdiccionales *del lugar* donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso. Y espero, también, que la resolución del TJUE, si se pronuncia en el sentido apuntado, sirva al legislador europeo para cuidar más el lenguaje a la hora de redactar las normas, pues en ocasiones se utilizan estas dos expresiones sin una intención deliberada de marcar la diferencia entre la competencia internacional y la territorial. Así, por ejemplo, sin salirnos del RB II ter, aunque ninguna de sus normas de competencia habla de “el lugar de residencia habitual del menor”, sino “del Estado miembro de residencia habitual del menor”, sí encontramos la referencia al *lugar* de residencia habitual del menor en algunos de sus considerandos (18 y 22, p. ej.).

71. El RB II ter regula la normas de competencia judicial internacional³⁷ relativas a los litigios sobre responsabilidad parental en la Sección 2 del Capítulo II. La distribución de la competencia judicial se realiza a través de un sistema complejo de diversos tipos de *foros* o *fueros*, es decir, criterios jurídicos que atribuyen competencia internacional a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro³⁸. Los fueros utilizados por el RB II ter son los siguientes: a) fuero de la residencia habitual del menor en el momento en que se acude al órgano jurisdiccional (art. 7); b) fuero de la anterior residencia habitual del menor en casos de cambio legal de residencia del menor de un Estado miembro a otro (art. 8), y de traslado o retención ilícitos de un menor (art. 9); c) elección de fuero (art. 10); y d) fuero de la presencia del menor (art. 11). Junto a ellos, el Reglamento contiene dos normas (arts. 12 y 13) que permiten al tribunal competente remitir el asunto a un tribunal de otro Estado miembro mejor situado para valorar el interés superior del menor (*forum non conveniens*), una norma de competencia residual (art. 14), otra que atribuye competencia para adoptar medidas provisionales o cautelares a tribunales de un Estado miembro no competente para conocer del fondo del asunto (art. 15) y, por último, el art. 16 cierra esta Sección 2 con una norma de competencia para conocer de cuestiones incidentales³⁹.

72. Es común, antes de pasar a exponer los fueros de competencia internacional de cualquier Reglamento, clasificarlos y establecer un orden de jerarquía o prelación entre ellos en orden a su aplicación, y exponerlos siguiendo ese orden. En este caso, empero, considero preferible examinar los fueros en el orden en que están recogidos en el Reglamento y fijar después las relaciones que existen entre ellos. Comencemos, pues, por el fuero general, alrededor del cual se articula todo el sistema de fueros del Reglamento.

A) El fuero general: la residencia habitual del menor

73. El art. 7 RB II ter establece el *fuero general*, aplicable en todos los casos, aunque con algunas excepciones. Este fuero general, que sigue el *criterio de proximidad* para salvaguardar el *interés superior del menor*⁴⁰, es el de la “residencia habitual” del menor en el momento en que se acuda al órgano jurisdiccional. Así lo expresa el aptdo.1 del art. 7: “los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se acuda al órgano jurisdiccional”⁴¹.

74. El legislador europeo ha estimado, pues, que el órgano jurisdiccional *geográficamente próximo* a la residencia habitual del menor en el momento en que se acude al órgano jurisdiccional es el mejor situado para apreciar las medidas que han de adoptarse en su interés⁴². En esta elección se mezclan consideraciones de dos tipos: por un lado, la cercanía del tribunal a la fuente de prueba (el menor), lo que facilita las cosas a la hora de, en su caso, practicar prueba sobre el menor y escuchar

³⁷ Empleo las denominaciones generalmente aceptadas de “competencia internacional” o “competencia judicial internacional”, aunque parte de la doctrina considera que las normas que determinan en qué casos deben conocer los órganos jurisdiccionales de un Estado son, propiamente, normas de *jurisdicción*, quedando reservado el término *competencia* para aquellas que designan un órgano jurisdiccional concreto. Sobre el concepto y caracteres de la competencia judicial internacional, vid., A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, cit., p. 131-140.

³⁸ Sobre el concepto, el fundamento y la clasificación de los foros de competencia judicial internacional, vid., nuevamente, A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, cit., p. 160-165.

³⁹ El sistema de fueros del RB II bis puede verse en B. VIDAL FERNÁNDEZ, “Sistema de atribución de competencia”, en A. DE LA OLIVA SANTOS / F. GASCÓN INCHAUSTI (dirs.), *Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 475-486. Vid., también, R. CARO GÁNDARA, “Ámbito de aplicación y reglas de competencia del Reglamento 2201/2003 en materia de responsabilidad parental”, en *AEDPr*, t. V, 2005, pp.391-412.

⁴⁰ Cfr. Considerando 20 RB II ter.

⁴¹ El RB II ter mantiene el fuero general de competencia del RB II bis: el art. 7 RB II ter se corresponde con el art. 8 del RB II bis, según la tabla de correspondencias que figura en el Anexo X del nuevo Reglamento.

⁴² Vid., STJUE de 15 de junio de 2010, *Purruker y Vallés Pérez*, C-256/09, apartado 91.

sus opiniones⁴³; y, por otro lado, de protección del interés superior del menor, en términos de evitar que tenga que desplazarse fuera de su país, relacionarse con personas que probablemente no hablen su idioma materno, etc.

75. La residencia habitual del menor no constituye un punto de conexión innovador del RB II ter en materia de responsabilidad parental. Su predecesor, el RB II bis, actualmente en vigor, ya emplea este concepto como criterio general de competencia judicial internacional en esta materia. De hecho, en los últimos años, los instrumentos jurídicos internacionales y, en especial, los relativos al Derecho de familia, utilizan cada vez más el concepto de “residencia habitual” como punto de conexión suficiente para atribuir a los tribunales de un Estado la competencia judicial internacional⁴⁴.

76. Pese a su innegable importancia para el correcto funcionamiento del sistema de competencia jurisdiccional establecido, el RB II ter, al igual que su predecesor, no contiene ninguna definición del concepto de “residencia habitual” del menor. Del uso del adjetivo *habitual* podría inferirse la exigencia de cierta duración, estabilidad o regularidad de la residencia para que esta pueda calificarse como tal, sin embargo, no ha de descartarse la posibilidad de que un menor, que cambie legalmente de residencia de un Estado miembro a otro, adquiera su residencia habitual en el nuevo Estado miembro el mismo día de su llegada, o poco después. Corresponderá al órgano jurisdiccional determinar en cada caso si un menor tiene o no su residencia habitual en un Estado miembro basándose en los hechos aplicables a la situación concreta de ese menor.

77. Según jurisprudencia reiterada, se desprende de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad, que el tenor de una disposición de Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y alcance, debe ser objeto normalmente en toda la Unión Europea de una *interpretación autónoma y uniforme* que debe buscarse teniendo en cuenta el *contexto* de dicha disposición y el *objetivo* que la normativa de que se trate pretende alcanzar. Así pues, comoquiera que los preceptos del RB II ter en los que se emplea el concepto de residencia habitual no contienen ninguna remisión expresa al Derecho de los Estados miembros, procede definir este concepto con arreglo a los objetivos y fines del Reglamento. No cabe, por tanto, que un tribunal de un Estado miembro acuda a su Derecho nacional para dotar de contenido a este concepto.

78. Este fuero general solo otorga competencia judicial internacional a los órganos jurisdiccionales de un “Estado miembro”. Si en el momento en que se acude a los tribunales el menor tiene su residencia habitual en un Estado no miembro de la Unión Europea, el fuero general del art. 7.1 RB II ter no resulta operativo, y no otorga competencia judicial internacional a ningún tribunal de ningún otro país.

79. La competencia ha de verificarse y determinarse, en cada caso particular, en el momento en que se promueva un procedimiento ante un órgano jurisdiccional. Es, por tanto, el lugar de residencia habitual que tuviere el menor en el momento en que se presenta el escrito de demanda o documento equivalente ante un órgano jurisdiccional el que ha de tenerse en cuenta para determinar la competencia judicial internacional del tribunal⁴⁵. Y la competencia no persiste una vez concluido el procedimiento.

⁴³ El art. 21 RB II ter recoge expresamente el derecho del menor a expresar sus opiniones y el deber de los órganos jurisdiccionales de tenerlas en cuenta, de acuerdo con la edad y madurez del menor, a la hora de valorar el interés superior del menor (vid. Considerando 39 RB II ter).

⁴⁴ Entre los instrumentos internacionales, vid., entre otros, el Convenio de La Haya de 1996, y entre los europeos, vid., p. ej. el Reglamento (UE) n° 650/2012, en materia de sucesiones mortis causa, el Reglamento (UE) 2016/1103, en materia de regímenes matrimoniales y el Reglamento (UE) 2016/1104, en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

⁴⁵ Sobre el momento exacto en que se considera iniciado un procedimiento, vid. Art. 17 RB II ter (art. 16 RB II bis). Y para conocer la doctrina del TJUE acerca de cómo ha de interpretarse la expresión “desde el momento en que se le presente la demanda o documento equivalente [al órgano jurisdiccional]”, vid. ATJUE de 22 de junio de 2016, *M.H. y M.H.*, C-173/16 y ATJUE de 16 de julio de 2015, *P.*, C-507/14, no publicado.

Así, por ejemplo, si se presenta una demanda de modificación de medidas de responsabilidad parental establecidas por resolución firme dictada por los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, la presentación de la demanda de modificación debe considerarse el punto de partida de un nuevo procedimiento, y la competencia para conocer de esa demanda debe determinarse en atención a la residencia habitual del menor en ese momento⁴⁶.

80. Una vez presentada la demanda, los cambios posteriores de residencia habitual del menor no alteran la competencia internacional ya determinada del tribunal. Rige aquí la regla de la *perpetuatio iurisdictionis*, en virtud de la cual resultan irrelevantes en la determinación del tribunal competente los cambios de residencia habitual del menor que sobrevengan una vez iniciado el proceso. En palabras del considerando 23 RB II ter, “para los procedimientos que ya están en curso, la seguridad jurídica y la eficiencia de la justicia justifican el mantenimiento de la competencia hasta que los procedimientos hayan desembocado en una resolución definitiva o hayan concluido de otra forma”⁴⁷.

B) Concepto de residencia habitual del menor a la luz de la jurisprudencia del TJUE

81. El concepto de “residencia habitual del menor” es el concepto jurídico *clave* que utiliza el RB II ter para determinar la competencia en materia de responsabilidad parental. No solo constituye el fuero *general* sino que –como después veremos– en torno a este concepto giran todas las demás normas de competencia del Reglamento, de ahí la enorme importancia de conocer su significado. Sin embargo, como ya se ha dicho, el RB II ter no define este concepto, como, por otra parte, tampoco lo hace el Reglamento actualmente vigente en esta materia. Corresponde, pues, al órgano jurisdiccional que conoce del asunto determinar el lugar en que se encuentra la residencia habitual del menor a la vista de las circunstancias particulares de cada caso.

82. Ante la ausencia de una definición y la variedad de circunstancias fácticas particulares de cada caso, han sido muchos los órganos jurisdiccionales que, suspendiendo el curso del proceso planteado ante ellos, han elevado al TJUE –como garante de la interpretación uniforme de las normas comunitarias– sus dudas de interpretación acerca del concepto de “residencia habitual del menor”⁴⁸. Gracias al planteamiento de estas cuestiones prejudiciales contamos hoy con una abundante doctrina jurisprudencial del TJUE sobre la interpretación que ha de darse a este concepto, a los efectos del RB II bis; doctrina que resulta plenamente aplicable al nuevo instrumento jurídico de la Unión Europea en materia de responsabilidad parental.

83. Antes de pasar a examinar las concretas resoluciones en las que el TJUE se ha pronunciado expresamente sobre la interpretación que ha de darse al concepto de residencia habitual del menor, con-

⁴⁶ En este sentido se pronuncia la STJU de 15 de febrero de 2017, *W/V y X*, C-499/15: “(...) los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro que han adoptado una resolución firme en materia de responsabilidad parental (...) en lo que respecta a un menor de edad, no siguen siendo competentes para conocer de una demanda de modificación de las medidas establecidas en esa resolución en el caso de que la residencia habitual del menor esté situada en el territorio de otro Estado miembro. Los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de esa demanda son los órganos jurisdiccionales de este último Estado miembro”.

⁴⁷ No obstante, como se verá más adelante, el órgano jurisdiccional *competente* para conocer del fondo del asunto ante el que se esté sustanciando el procedimiento está facultado en determinadas circunstancias para transferir la competencia a un órgano jurisdiccional del Estado miembro al que el menor se hubiese trasladado lícitamente después de la presentación de la demanda y en el que hubiese adquirido su residencia habitual (arts. 12 y 13 RB II ter). Vid. *infra*, V. 4 y 5.

⁴⁸ Con frecuencia, los órganos jurisdiccionales que han planteado cuestiones prejudiciales al TJUE en materia de responsabilidad parental han solicitado que sus peticiones se tramiten por el procedimiento de urgencia previsto en el art. 107 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia y, en la mayoría de las ocasiones, el TJUE ha accedido a esta solicitud, especialmente en aquellos casos en que el litigio afecta a menores de corta edad que no tienen comunicación alguna con uno de los progenitores, pues, en estos casos, cualquier retraso en la sustanciación del proceso resulta perjudicial para el interés superior del menor. Y en los pocos casos en que el Tribunal no ha accedido a la solicitud, sí ha acordado dar a la petición de decisión prejudicial un tratamiento prioritario con arreglo al art. 53.3 del citado Reglamento. Es elogiable la apuesta procesal de la protección de interés del menor a través de la aplicación del procedimiento de urgencia, que, a mi juicio, debe ser decisión habitual.

viene subrayar algunas de las cuestiones que el Tribunal de Luxemburgo repite con insistencia prácticamente en todas sus resoluciones sobre la materia, a saber:

84. 1ª) Puesto que el Reglamento no contiene una remisión expresa al ordenamiento jurídico de los Estados miembros para determinar el sentido y alcance del concepto de “residencia habitual del menor”, dicho concepto debe ser objeto en toda la Unión Europea de una interpretación *autónoma y uniforme*, a la vista del *contexto* y del *objetivo* del Reglamento, en especial, del que resulta de su considerando 12 –ahora, considerandos 19 y 20 RB II ter–, según el cual las normas de competencia en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del *interés superior del menor*, y, en particular, en función del *criterio de proximidad*.

85. 2ª) La jurisprudencia del TJUE relativa al concepto de residencia habitual en otros ámbitos del Derecho de la Unión Europea no puede trasladarse directamente al marco de la apreciación de la residencia habitual del menor en el sentido del Reglamento que ahora nos ocupa.

86. 3ª) La residencia habitual del menor debe determinarse sobre la base de un conjunto de circunstancias de *hecho* que son particulares en cada caso, y compete a los órganos jurisdiccionales nacionales determinar dónde está el lugar de residencia habitual del menor teniendo en cuenta un abanico de elementos *facticos* concordantes.

87. Junto a estas consideraciones generales, el TJUE, en las numerosas resoluciones que ha dictado en estos más de quince años de vigencia del RB II bis, ha fijado algunos criterios que sirven para determinar el concepto de “residencia habitual del menor”. Estos criterios delimitadores conforman lo que se denomina la interpretación *autónoma o propia* del concepto jurídico de “residencia habitual del menor” que todo tribunal miembro de la Unión Europea debe realizar, garantizándose así la uniformidad de aplicación y la preeminencia de las normas comunitarias.

88. Por otra parte, hay que señalar que los elementos que definen el concepto de “residencia habitual del menor” son los mismos, cualquiera que sea la disposición del Reglamento aplicable. Como ha dicho el TJUE, el concepto de “residencia habitual del menor” que emplea el Reglamento no puede tener un contenido diferente en función de la disposición que resulte aplicable, sino que debe tener un *significado uniforme* en todo el Reglamento, resulte de aplicación la norma de competencia general, la de competencia en caso de traslado o retención ilícitos de un menor o cualquier otra⁴⁹.

89. Así pues, parece oportuno ahora, al hilo del fuero general y antes de pasar a examinar el resto de fueros del Reglamento, exponer los criterios delimitadores del concepto de “residencia habitual del menor” a efectos del presente Reglamento.

a) Integración del menor en un entorno social y familiar

90. La primera cuestión prejudicial planteada ante el TJUE sobre la interpretación del concepto de “residencia habitual del menor”, a propósito del RB II bis, se refiere a una situación en la que el domicilio fijo de los menores estaba situado en un Estado miembro (Suecia), pero residían en otro (Finlandia), en el que llevaban una vida errante, viviendo en caravanas en diversos campings y sin estar escolarizados. El Tribunal de Justicia, en la sentencia de 2 de abril de 2009, *A*, C-523/07, hace algunas declaraciones importantes sobre este concepto, que encontramos repetidas hasta la saciedad en sentencias posteriores y que, creo, merece la pena reproducir. Así, según se dice en esta sentencia, para determinar la residencia habitual del menor:

⁴⁹ Vid. STJUE de 9 de octubre de 2014, *C y M*, C-376/14 PPU, y STJUE de 8 de junio de 2017, *OL y PQ*, C-111/17 PPU.

“Además de la presencia física del menor en un Estado miembro, deben tenerse en cuenta otros factores que puedan indicar que dicha presencia no tiene en absoluto carácter temporal u ocasional y que la residencia del menor se traduce en una determinada *integración en un entorno social y familiar*.

En particular, han de tenerse en cuenta la *duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos y las relaciones familiares y sociales del menor* en dicho Estado.

(...) la intención de los padres de establecerse con el menor en otro Estado expresada a través de circunstancias externas, como la compra o alquiler de una vivienda en el Estado miembro de destino, pueden ser un *indicio* del traslado de la residencia habitual. Otro indicio puede estar constituido por la solicitud de una vivienda social presentada ante los servicios competentes del referido Estado.

Por el contrario, el hecho de que los menores permanezcan en un Estado miembro en el que llevan una vida errante durante un corto periodo de tiempo puede ser un indicio de que los menores no tienen su residencia habitual en ese Estado”.

b) Duración de la estancia

91. El TJUE se pronunció de nuevo sobre el concepto de “residencia habitual de menor” en sentencia de 22 de diciembre de 2010, *Mercredi*, C-497/10 PPU, a raíz de una petición de decisión prejudicial planteada por la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Reino Unido), en el marco de un litigio entre el Sr. Chaffe, padre de una menor lactante, y la Sra. Mercredi, madre de la niña, sobre el derecho de custodia de la menor, a la que con dos meses de vida su madre había trasladado desde Inglaterra, donde consta que estaba la residencia habitual de la niña antes de su salida hacia la isla de Reunión (Francia), lugar de nacimiento de la madre y donde la niña se encuentra en el momento en que el tribunal remitente plantea la cuestión prejudicial. También consta que el traslado de la niña a la isla de Reunión era lícito, pues, cuando tuvo lugar, la madre era la única persona que disponía de un “derecho de custodia” a los efectos del Reglamento.

92. En esta resolución, el TJUE, después de reiterar la doctrina de la sentencia anterior (asunto *A*), se pronuncia en los siguientes términos sobre el peso de la *duración de la estancia* a la hora de determinar la residencia habitual del menor:

“Se debe poner de relieve al respecto que para distinguir la residencia habitual de una mera presencia temporal, la referida residencia debe ser en principio de cierta duración, para que revele una estabilidad suficiente. El Reglamento no prevé sin embargo una duración mínima. En efecto, para el traslado de la residencia habitual al Estado miembro de acogida importa ante todo la voluntad del interesado de fijar en ese Estado el centro permanente o habitual de sus intereses con la intención de conferirle un carácter estable. Así pues, la duración de una estancia solo puede servir como indicio en la evaluación de la estabilidad de la residencia, que debe realizarse a la luz de la totalidad de las circunstancias de hecho específicas de cada caso”.

c) La edad del menor: residencia habitual de un menor lactante

93. En la sentencia anterior (asunto *Mercredi*), el TJUE declara también que la *edad del menor* puede revestir además una importancia especial. En concreto, cuando el menor es un *lactante*, el Tribunal de Justicia señala que su entorno es, en esencia, un entorno familiar, determinado por la persona o personas de referencia con las que vive a diario –por norma general, sus padres–, que lo guardan efectivamente y cuidan de él, y que comparte necesariamente el entorno social y familiar de esa o esas personas. En este sentido, puede leerse lo que sigue:

“En efecto, el entorno social y familiar del menor, esencial para la determinación del lugar de su residencia habitual, se compone de diferentes factores, variables según la edad del menor. De esa forma, los

factores que deben considerarse en el caso de un menor en edad escolar difieren de los que hay que valorar si se trata de un menor que haya terminado sus estudios, o de los pertinentes en relación con un lactante.

Como regla general, el entorno de un menor de corta edad es en esencia un entorno familiar, determinado por la persona o las personas de referencia con las que vive el menor, que lo guardan efectivamente y cuidan de él.

Ello sucede así *a fortiori* cuando el menor afectado es un *lactante*. Éste comparte necesariamente el entorno social y familiar de la o las personas de las que depende. En consecuencia, cuando, como ocurre en el asunto principal, el lactante está efectivamente bajo la guardia de su madre, debe evaluarse la integración de esta en su entorno social y familiar. En ese aspecto pueden tenerse en cuenta los criterios enunciados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, como las razones del traslado de la madre del menor a otro Estado miembro, los conocimientos lingüísticos de ésta o también sus orígenes geográficos y familiares.

De cuanto precede se deduce que procede responder a la primera cuestión que el concepto de «residencia habitual» a efectos de los artículos 8 y 10 del Reglamento (CE) nº 2201/2003 (...) debe interpretarse en el sentido de que esa residencia corresponde al lugar que revela una cierta integración del menor en un entorno social y familiar. A tal fin, y cuando se trata de la situación de un lactante que se encuentra con su madre tan sólo desde algunos días antes en un Estado miembro distinto del de su residencia habitual, al que ha sido trasladado, deben considerarse en especial la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la estancia en el territorio de ese Estado miembro y del traslado de la madre a este último Estado, por una parte, y por otra, a causa en particular de la edad del menor, los orígenes geográficos y familiares de la madre, así como las relaciones familiares y sociales que mantienen ésta y el menor en el mismo Estado miembro. Incumbe al órgano jurisdiccional nacional determinar la residencia habitual del menor teniendo en cuenta la totalidad de las circunstancias de hecho específicas de cada caso”⁵⁰.

d) *Presencia física del menor*

94. La STJUE de 15 de febrero de 2017, *W, V y X*, C-499/15, contiene una declaración que no por elemental está de más, a saber: la *presencia física* del menor en un Estado miembro es un requisito previo para demostrar la residencia en dicho Estado. En palabras del TJUE: “la determinación de la residencia habitual de un menor en un Estado miembro requiere, como mínimo, que el menor haya estado físicamente presente en ese Estado miembro. El mero hecho de que una de las nacionalidades del menor sea la de dicho Estado miembro no basta para considerar que este menor tenga en él su residencia habitual, en el sentido del Reglamento”.

95. Y esta misma exigencia acerca de la presencia física del menor en un Estado miembro para determinar su residencia habitual en él ha sido reiterada en sentencia de 17 de octubre de 2018, *UD y XB*, C-393/18 PPU, en la que el Tribunal declara que “el art. 8.1 del Reglamento nº 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que un menor debe haber estado *físicamente presente* en un Estado miembro para que pueda considerarse que reside habitualmente en él, en el sentido de esta disposición”. El Tribunal europeo hace esta declaración en un caso como el del litigio principal en el que la madre fundamentaba la competencia del órgano jurisdiccional remitente [Tribunal Superior de Justicia (Inglaterra y Gales), División de familia, Reino Unido] en la residencia habitual del menor, a pesar de que este nunca había estado presente en ese Estado miembro. Para el TJUE, “circunstancias como las controvertidas en el litigio principal, en caso de quedar demostradas —a saber, por un lado, presiones ejercidas por el padre sobre la madre, que tuvieron como consecuencia que esta diera a luz a la menor en un Estado tercero y permaneciera en dicho Estado desde su nacimiento, y, por otro lado, la vulneración de los derechos fundamentales de la madre o de la menor—, carecen de pertinencia a este respecto”⁵¹.

⁵⁰ Sobre el concepto de residencia habitual de un menor *lactante* ha vuelto a pronunciarse el TJUE en sentencia de 8 de junio de 2017, *OL y PQ*, C-111/17 PPU y sentencia de 28 de junio de 2018, *HR*, C-512/17.

⁵¹ L.A. PÉREZ MARTÍN realiza un interesante comentario de esta sentencia del TJUE (“Residencia habitual de los menores y vulneración de derechos fundamentales”, en *La Ley Unión Europea* nº 66, enero 2019). Vid., también B. CAMPUZANO DÍAZ, “Una nueva sentencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento 2201/2003: sentencia de

e) La intención de los padres de establecerse con el menor en un Estado miembro

96. El TJUE, en sentencia de 8 de junio de 2017, *OL y PQ*, C-111/17 PPU, se pronuncia sobre el peso de la *intención de los padres* como criterio para determinar el lugar de residencia habitual del menor. En esta sentencia, el Tribunal de Justicia resuelve una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia de Atenas (Grecia), en relación con una demanda presentada por el padre en la que solicita la restitución de la menor –que se haya en Grecia, Estado miembro en el que nació, por voluntad común de sus padres, y en el que permanece con su madre– a Italia, donde se encontraba la residencia habitual de la pareja antes del nacimiento de la niña, y donde inicialmente era intención común de los padres que regresara la madre con la menor.

97. Al hilo de este asunto, el Tribunal de Justicia declara que la intención de los padres de establecerse con el menor en un Estado miembro no puede, en principio, ser decisiva por sí sola para determinar la residencia habitual de un menor, pero constituye un *indicio* que puede venir a completar un abanico de otros elementos concordantes⁵². Obviamente, el peso que quepa acordar al anterior criterio con el fin de determinar el lugar de residencia habitual del menor dependerá de las circunstancias propias de cada caso. Según el Tribunal de Justicia, “adoptar como criterio preponderante la intención inicial de los progenitores de que la madre regresase a acompañada de la menor a un segundo Estado miembro, que era el de la residencia habitual de aquellos antes del nacimiento de la menor, estableciendo con ello de hecho una regla general y abstracta de que la residencia habitual de un lactante es necesariamente la de sus padres, iría más allá de los límites del concepto de residencia habitual, en el sentido del Reglamento nº 2201/2003, y sería contrario a la lógica interna, a la eficacia y a la finalidad del procedimiento de restitución”.

98. La STJUE de 28 de junio de 2018, *HR*, C-512-17, vuelve a insistir en que la determinación del lugar en que se sitúa la residencia habitual del menor, en el sentido del Reglamento nº 2201/2003, se basa esencialmente en *circunstancias objetivas* y que, por tanto, la intención de los padres no es por sí sola decisiva a estos efectos.

f) Prevalencia de las consideraciones objetivas sobre los vínculos de carácter cultural del menor respecto a un Estado miembro y su nacionalidad

99. En el mismo asunto anterior, (asunto *HR*), el TJUE declara que para interpretar el concepto de residencia habitual del menor no puede concederse una importancia preponderante a los *vínculos de carácter cultural* del menor o a su *nacionalidad* en perjuicio de consideraciones geográficas objetivas, a menos que se pase por alto la intención del legislador de la Unión. Para el TJUE, los orígenes geográficos del progenitor que ejerce efectivamente la guarda y custodia del menor y las relaciones que el menor mantiene con los miembros de su familia residentes en dicho Estado, así como el hecho de que la menor comparta la cultura de dicho Estado –lo que pone de manifiesto, en particular, la lengua en la que se expresa principalmente y el hecho de que fue bautizada en ese Estado– no pueden ocultar, a efectos de determinar el lugar en que está situado el *centro de vida* del menor, *las circunstancias objetivas* que indican que este residía de manera estable con dicho progenitor en otro Estado miembro en la fecha de interposición de la demanda relativa a la responsabilidad parental. En palabras del TJUE “constituyen, conjuntamente, circunstancias determinantes: el hecho de que el menor haya residido, desde su nacimiento hasta la separación de sus padres, generalmente con ellos en un lugar determinado; la circunstancias

17 de octubre de 2018, UD y XB, AS. 393/18 PPU”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2019), Vol. 11, Nº 2, pp. 462-471.

⁵² Según el TJUE, la intención de los padres de establecerse con un menor en un Estado miembro determinado puede tomarse en cuenta cuando se expresa a través de determinadas circunstancias externas, como la compra o el alquiler de una vivienda en el Estado miembro de destino (cfr. STJUE de 2 de abril de 2009, *A*, C-523/07).

de que el progenitor que, desde la separación de la pareja, ejercer en la práctica la guarda y custodia del menor siga residiendo a diario con este y ejerza en ese lugar su actividad profesional en una relación laboral por tiempo indefinido, y el hecho de que el menor mantenga, en dicho lugar, un contacto regular con su otro progenitor, que sigue residiendo en ese mismo lugar. En cambio, (...) no se pueden considerar circunstancias determinantes: las estancias que el progenitor que ejerce en la práctica la guarda y custodia del menor ha efectuado, en el pasado, con este, en el territorio del Estado miembro del que es nacional dicho progenitor en el marco de sus permisos parentales o periodos festivos; los orígenes del progenitor de que se trata, los vínculos de índole cultural del menor respecto a dicho Estado miembro derivados de tales orígenes y sus relaciones con su familia residente en dicho Estado miembro, y la eventual intención de dicho progenitor de establecerse con el menor, en el futuro en ese mismo Estado miembro”.

C) Los demás fueros del RB II ter

100. El fuero de la residencia habitual del menor es el fuero *general* pero no el único del RB II ter que sirve para determinar el tribunal internacionalmente competente en el espacio judicial europeo en materia de responsabilidad parental. Este fuero, enunciado en el art. 7, debe completarse con el resto de normas de competencia de la Sección 2 del Capítulo II del Reglamento (arts. 8 a 16), que se analizan a continuación. Como veremos, algunos de estos fueros *desplazan* al fuero general (arts. 8, 9, y 10); uno tiene carácter *subsidiario* (art. 11), otro solo se aplica de forma *residual* (art. 14), y los demás, sencillamente, están al margen del fuero general (arts. 12 y 13). Por último, los arts. 15 y 16 establecen un fuero de competencia para la adopción de medidas cautelares y para la resolución de cuestiones incidentales, respectivamente.

a) Mantenimiento de la competencia en relación con los derechos de visita

101. Como regla, cuando un menor se traslada de un Estado miembro a otro –cuando aún no hay procedimientos en curso– la competencia debe seguirle, con el fin de mantener el criterio de *proximidad* y así salvaguardar el *interés superior del menor*. Por tanto, desde el momento en que el menor cambie de residencia de un Estado a otro y adquiera una nueva residencia habitual en dicho Estado, los órganos jurisdiccionales del nuevo Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto del menor, por aplicación de la norma general de competencia del art. 7.1 RB II ter.

102. No obstante, a menudo en estos casos de cambio de residencia es necesario revisar el derecho de visita para adaptarlo a las nuevas circunstancias. En caso de que los progenitores no convengan los ajustes necesarios del derecho de visita y el titular de ese derecho se vea abocado a acudir a los órganos jurisdiccionales, el art. 8.1 RB II ter, bajo ciertas condiciones, otorga competencia en relación con el derecho de visita a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor antes del cambio de residencia⁵³.

103. Las condiciones que impone el art. 8.1 RB II ter para que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor *mantengan* su competencia en relación con los derechos de visita son las siguientes:

104. 1ª) El cambio de residencia habitual del menor tiene que ser *legal*. El art. 8.1 RB II ter no se aplica en caso de traslado o retención ilícitos de un menor (en ese caso, entra en juego el art. 9 RB II ter). Para determinar el carácter lícito o ilícito del traslado o retención hay que estar a la definición de este concepto del art. 2.2.11) RB II ter.

⁵³ El art. 8 RB II ter se corresponde con el art. 9 RB II bis, según la tabla de correspondencias que figura en el Anexo X.

105. 2ª) El derecho visita que se quiere modificar tiene que haber sido adquirido por *resolución* previa dictada por los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor.

106. 3ª) Los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor solo mantienen su competencia en relación con los derechos de visita durante los *tres meses* siguientes al cambio de residencia⁵⁴. Transcurrido este plazo, la pierden. El plazo de tres meses empieza a contar desde el momento en que se produce el traslado y la llegada del menor al nuevo Estado miembro.

107. 4ª) El menor debe haber adquirido la residencia habitual en el nuevo Estado miembro durante el periodo de tres meses desde que tuvo lugar el traslado. Si después de tres meses desde el traslado el menor aún sigue teniendo su residencia habitual en el Estado miembro de origen, los órganos jurisdiccionales de ese Estado siguen siendo competentes, de conformidad con el art. 7.1 RB II ter. Corresponde al órgano jurisdiccional determinar en cada caso si un menor tiene o no su residencia habitual en un Estado miembro basándose en los hechos aplicables a la situación concreta de ese menor. Aunque del adjetivo habitual puede inferirse la exigencia de cierta duración de la residencia para que esta pueda calificarse de *habitual*, no ha de descartarse la posibilidad de que un menor adquiera su residencia habitual en el nuevo Estado miembro el mismo día de su llegada, o poco después.

108. 5ª) El titular del derecho de visita debe continuar residiendo habitualmente en el Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor.

109. En principio, si concurren estas cinco condiciones, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor antes del cambio legal de residencia de un Estado a otro seguirán siendo competentes en relación con los derechos de visita respecto de ese menor. De esta forma se garantiza que el titular del derecho de visita pueda seguir acudiendo a los órganos jurisdiccionales de su Estado miembro de residencia habitual durante los tres meses siguientes al desplazamiento del menor al nuevo Estado.

110. No obstante, según el apartado 2 del art. 8 RB II ter, lo previsto en el apartado 1 “no se aplicará si el titular del derecho de visita a que se refiere el apartado 1 ha aceptado la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nueva residencia habitual del menor al participar en un procedimiento ante dichos órganos sin impugnar su competencia”. Esta disposición no hace sino añadir una sexta condición a las anteriores, a saber: el titular del derecho de visita no debe haber aceptado el cambio de competencia. Y se entiende que el titular del derecho de visita acepta la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nueva residencia habitual del menor si participa en un procedimiento ante dichos órganos sin impugnar la competencia (sumisión tácita). En tal caso, el art. 8.1 RB II ter no se aplica y el órgano jurisdiccional del nuevo Estado miembro ejerce su competencia en virtud del art. 7.1 RB II ter. Por consiguiente, el art. 8 RB II ter no impide que el titular del derecho de visita acuda a los órganos jurisdiccionales del nuevo Estado miembro para examinar la cuestión del derecho de visita.

111. Nótese, además, que el mantenimiento de la competencia de los órganos jurisdiccionales de la anterior residencia habitual del menor solo alcanza a los derechos de visita, pero no a otras cuestiones propias de la responsabilidad parental (p. ej. el derecho de custodia). Por tanto, el art. 8 RB II ter no impide que durante los tres meses siguientes al cambio de residencia, el titular de la responsabilidad parental que se haya trasladado con el menor al nuevo Estado miembro acuda a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado con cualquier otra demanda en materia de responsabilidad parental.

⁵⁴ Según el Consejo de la Abogacía Europea (CCBE), “este periodo de tres meses no es suficientemente largo. La extensión del periodo a seis meses sería oportuna. Permitiría verificar que el derecho de visita y de alojamiento es correctamente aplicado” (Informe del CCBE sobre la propuesta de la Comisión de revisión del Reglamento Bruselas II bis, 02/12/2016).

b) Competencia en caso de traslado o retención ilícitos de un menor

112. Aunque la materia de sustracción internacional de menores, regulada en el Capítulo III del RB II ter queda fuera del objeto de este trabajo, creo oportuno examinar, siquiera brevemente, la norma de competencia en caso de traslado o retención ilícitos de un menor del art. 9 RB II ter, incluida en la Sección 2 del Capítulo II dedicada a las normas de competencia en materia de responsabilidad parental⁵⁵.

113. Con respecto a esta materia, cabe señalar que el Reglamento pretende impedir la sustracción de menores entre Estados miembros y, en caso de sustracción, conseguir que la restitución del menor se produzca sin demora. De ello se sigue que la sustracción ilícita de un menor no debería, en principio, tener la consecuencia de transferir la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes de su traslado a los del Estado miembro al que el menor ha sido trasladado, ni siquiera en el supuesto de que, a raíz del traslado, el menor haya adquirido una residencia habitual en este último.

114. Para evitar este traslado de competencia, el art. 9 RB II ter garantiza que, en caso de traslado o retención ilícitos de un menor, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes del traslado o retención *mantengan* o *conserven* su competencia para conocer del fondo del asunto también a partir de ese momento. Los órganos jurisdiccionales del Estado miembro al que el menor ha sido trasladado o en el que se encuentra retenido de forma ilícita solo adquieren competencia en dos situaciones que, según el TJUE, procede interpretar de manera restrictiva⁵⁶, a saber:

115. 1ª) El menor ha adquirido una residencia habitual en ese Estado miembro y el titular del derecho de custodia ha dado su conformidad al traslado o a la retención.

116. 2ª) El menor ha adquirido una residencia habitual en ese Estado miembro, ha residido en él durante un periodo mínimo de un año desde que el titular del derecho de custodia ha tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, está integrado en su nuevo entorno y, además, se cumple alguna de las siguientes condiciones:

- “i) En el plazo de un año desde que el titular del derecho de custodia ha tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, no se ha presentado ninguna demanda de restitución ante las autoridades competentes del Estado miembro en el que se encuentra el menor.
- ii) El titular del derecho de custodia presentó una demanda de restitución pero desistió y no se ha presentado una nueva demanda dentro de ese año.
- iii) Un órgano jurisdiccional de un Estado miembro ha denegado una demanda de restitución presentada por el titular del derecho de custodia por motivos distintos de los contemplados en el artículo 13, apartado 1, letra b), o el artículo 13, apartado 2, del Convenio de La Haya de 1980 y la resolución ya no es susceptible de recurso ordinario.
- iv) No se ha acudido a ningún órgano jurisdiccional según lo dispuesto en el artículo 29, apartados 3 y 5, en el Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos.
- v) Los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos han dictado una resolución sobre los derechos de custodia que no implica la restitución del menor”⁵⁷.

⁵⁵ El art. 9 RB II ter se corresponde con el art. 10 RB II *bis*, según la tabla de correspondencias que figura en el Anexo X.

⁵⁶ Cfr. STJUE de 1 de julio de 2010, *Povse*, C-211/10 y STJUE de 10 de abril de 2018, *CV y DU*, C-85/18 PPU.

⁵⁷ El TJUE ha declarado que esta condición debe interpretarse de manera restrictiva. Así, ha sostenido que “una «resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor» es una *resolución definitiva*, adoptada sobre la base de un examen completo del conjunto de elementos pertinentes, mediante la cual el órgano jurisdiccional competente se pronuncia sobre la custodia del menor y que no está ya sujeta a otras resoluciones administrativas o judiciales (...). Por tanto, una *medida provisional* sobre la custodia del menor no constituye una «resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor», y

117. Tal y como señala el propio art. 9 RB II ter, esta norma de competencia en caso de traslado o retención ilícitos de un menor se aplica “sin perjuicio del artículo 10”, esto es, dejando a salvo la posibilidad de elección del órgano jurisdiccional por las partes. Aunque poco probable, cabe que las partes convengan libremente o acepten expresamente la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro al que el menor ha sido trasladado o en el que se encuentra retenido de forma ilícita.

c) Elección del órgano jurisdiccional

118. El art. 10 RB II ter, bajo la rúbrica “Elección del órgano jurisdiccional” reconoce cierta autonomía a las partes en materia de responsabilidad parental⁵⁸. En este precepto, el Reglamento admite que, bajo ciertas condiciones, las partes pueden atribuir competencia para conocer de un litigio en materia de responsabilidad parental a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro en el que el menor no tiene su residencia habitual.

119. Antes de pasar a examinar las condiciones o requisitos que el Reglamento impone para la elección de foro, resulta oportuno advertir que el art. 10 RB II ter no condiciona en absoluto la elección de foro a que el procedimiento en materia de responsabilidad parental tenga conexión con otro procedimiento que esté pendiente ante el tribunal al que se pretende atribuir la competencia por elección. En este punto, el RB II ter, a diferencia de su predecesor, el RB II bis, no deja lugar a ninguna duda.

120. En efecto, el art. 12 del RB II bis distingue dos situaciones distintas en relación con la denominada “prórroga de la competencia” en materia de responsabilidad parental: de un lado, el aptdo. 1 contempla la posibilidad de prorrogar la competencia en favor de “los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que se ejerza la competencia con arreglo al artículo 3 en una demanda de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial”, y, de otro lado, el aptdo. 3 prevé la prórroga de competencia en favor de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro “en procedimientos distintos de los contemplados en el apartado 1”. Así las cosas, el RB II bis plantea la duda de si esta disposición permite o no fundamentar la competencia de un tribunal de un Estado miembro que no es el de la residencia habitual del menor, aun cuando no exista ningún otro procedimiento conexo pendiente ante el tribunal elegido.

121. Pues bien, sobre esta cuestión ya se ha pronunciado el TJUE en sentencia de 12 de noviembre de 2014, *L y M*, C-656/13, en el sentido de que para prorrogar la competencia no es necesario que el tribunal al que se pretende acudir esté ya conociendo de otro procedimiento. Para el Tribunal de Luxemburgo, circunscribir el ámbito de aplicación de esta disposición a los supuestos en los que el procedimiento en materia de responsabilidad parental tenga conexión con otro procedimiento ya pendiente “reduciría notablemente las posibilidades de aplicar la referida extensión de la competencia, teniendo en cuenta que la necesidad de incoar un procedimiento en materia de responsabilidad parental puede surgir con independencia de cualquier otro procedimiento”, y “excluiría la posibilidad de aplicar la referida extensión de la competencia en numerosas situaciones, aun cuando la misma pudiera responder al interés superior del menor de que se trate”.

no puede servir de fundamento para transferir la competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro al que el menor ha sido trasladado ilícitamente. Esta conclusión se desprende del sistema del Reglamento y responde también a los intereses del menor. En efecto, en el caso de que una resolución provisional condujera a la pérdida de la competencia sobre la cuestión de la custodia del menor, el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de la residencia habitual anterior del menor correría el riesgo de verse disuadido a adoptar tal decisión provisional, aun cuando los intereses del menor lo exigieran (STJUE de 1 de julio de 2010, *Povse*, C-211/10).

⁵⁸ Aunque con algunos cambios importantes, el art. 10 RB II ter mantiene la esencia del art. 12 RB II bis dedicado a la “prórroga de la competencia”. Quizás sea precisamente por esos cambios por lo que no aparece la correspondencia entre estos dos preceptos en la tabla de correspondencias que figura en el Anexo X del nuevo Reglamento.

122. El legislador europeo ha tenido en cuenta esta jurisprudencia del TJUE y la ha incorporado en el art. 10 RB II ter. En este precepto ya no se vincula en absoluto la elección de foro a la existencia de un proceso conexo pendiente ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro elegido, ni matrimonial ni de ningún otro tipo.

123. Las condiciones que impone el art. 10.1 RB II ter para la elección de foro son las siguientes:

124. a) Que el menor esté estrechamente vinculado al Estado miembro elegido, en especial, por el hecho de que: i) al menos, uno de los titulares de la responsabilidad parental tenga en ese Estado su residencia habitual; ii) dicho Estado es la antigua residencia habitual del menor, o iii) el menor es nacional de dicho Estado⁵⁹.

125. b) Que las partes, así como cualquier otro titular de la responsabilidad parental: i) han convenido libremente en la competencia, al menos en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional; o ii) han aceptado expresamente la competencia durante dicho procedimiento y el órgano jurisdiccional se ha asegurado de que todas las partes han sido informadas de su derecho a no aceptar la competencia.

126. Con esta segunda condición se exige bien que exista, a más tardar en el momento en que se presenta la demanda, un *acuerdo de elección* de foro convenido libremente por las partes en favor de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro (pacto de sumisión expresa), bien que el demandado haya *aceptado expresamente* la competencia del órgano jurisdiccional elegido por el demandante durante dicho procedimiento, después de haber sido informado por el órgano jurisdiccional de su derecho a impugnar la competencia. Dada la sensibilidad de la materia que nos ocupa, el RB II ter quiere a toda costa evitar que una parte pueda aprovecharse de las dificultades o la vulnerabilidad de la otra y, por ello, no permite que el tribunal elegido por el actor pueda fundar su competencia en la sumisión tácita de las partes de una manera automática, por el solo hecho de que el demandado haya comparecido en el procedimiento sin impugnar la competencia. De ahí la *nueva* exigencia del RB II ter de que el órgano jurisdiccional, antes de asumir la competencia, se asegure de que se ha informado debidamente al demandado de su derecho a impugnar la competencia y de las consecuencias de no hacerlo⁶⁰. En este caso, quizás, podría hablarse de una suerte de sumisión tácita *confirmada o ratificada*.

127. Se trata de una exigencia *nueva* en materia de responsabilidad parental que el RB II bis actualmente en vigor no impone, pero que no resulta extraña. El RB II ter no hace sino seguir en este punto lo que ya prevé el Reglamento (UE) n°. 1215/2012, en relación con la prórroga tácita de competencia en materia de seguros, contratos celebrados con consumidores y usuarios y contratos individuales de trabajo. En estas materias, habida cuenta de la necesidad de proteger a la parte “débil” de la relación jurídica, el Reglamento establece que el tribunal de un Estado miembro solo podrá fundar su competencia en la sumisión tácita de las partes si previamente se ha asegurado de que el demandado ha sido informado de su derecho a impugnar la competencia y de las consecuencias de comparecer o no⁶¹.

128. En cuanto a la forma, el acuerdo de elección de foro debe constar por escrito, fechado y firmado por las partes afectadas, o hacerlo constar en el acta judicial con arreglo al Derecho y el procedimiento nacionales. Se considerará realizada por escrito toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo (art. 10.2 párr. 1º RB II ter).

129. Por último, en relación con esta segunda condición, el párr. 2º del art. 10.2 RB II ter indica que “las personas que pasen a ser partes en el procedimiento tras la presentación de la demanda

⁵⁹ Nótese que el hecho de que el legislador emplee la expresión “en especial” implica que la estrecha vinculación del menor con un Estado miembro puede obedecer a causas distintas de las tres expresamente previstas.

⁶⁰ Vid. Considerando 23 RB II ter.

⁶¹ Cfr. art. 26 RB I bis.

podrán dar su consentimiento con posterioridad. De no haber oposición expresa, se considerará que existe consentimiento implícito”. Con esta disposición, el legislador europeo no hace más que acoger la doctrina sentada por el TJUE en sentencia de 19 de abril de 2018, *Alessandro Saponaro*, C-565/16, en la que se declara que en los procesos en los que, conforme al Derecho nacional, haya de intervenir como parte un *fiscal* en interés del menor, es preciso que el fiscal acepte la prórroga de competencia. En palabras de TJUE:

“(…) un fiscal que, según el Derecho nacional, es parte de pleno derecho en el procedimiento iniciado por los progenitores constituye una «parte en el procedimiento» (...). La oposición expresada por esa parte respecto a la elección del órgano jurisdiccional efectuada por los progenitores del menor después del momento en que se presentó el asunto ante el órgano jurisdiccional impide que pueda considerarse aceptada la prórroga de la competencia por todas las partes en el procedimiento en ese momento. A falta de tal oposición, puede considerarse que el consentimiento de dicha parte es implícito y que concurre el requisito de aceptación de la prórroga de la competencia de forma inequívoca por todas las partes en el procedimiento en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional»⁶².

130. En relación con el cumplimiento de este segundo requisito o condición, el TJUE se ha pronunciado en varias ocasiones. En sentido positivo, la sentencia anterior (asunto *Alessandro Saponaro*), afirma que se cumple con esta condición cuando los dos progenitores del menor presentan *conjuntamente* una solicitud ante el mismo órgano jurisdiccional. En sentido negativo encontramos varios pronunciamientos. Así, en sentencia de 12 de noviembre de 2014, *L y M*, C-656/13, el TJUE declara que no puede considerarse “aceptada expresamente” la competencia del tribunal ante el que una parte insta la sustanciación de un procedimiento en materia de responsabilidad parental “cuando la parte demandada en este primer procedimiento inicie posteriormente un segundo procedimiento ante el mismo tribunal y alegue, con ocasión de la primera actuación que le incumba en el primer procedimiento, la incompetencia del tribunal”. Por su parte, la STJUE de 21 de octubre de 2015, *Gogova*, C-215/15, establece que la competencia de los tribunales para conocer de una demanda de responsabilidad parental presentada ante ellos no puede considerarse, en el sentido del art. 12.3 RB II bis, “aceptada expresamente” por el demandado ausente –al que no se ha notificado el escrito de demanda y que ignora el procedimiento–, “por el simple motivo de que el mandatario *ad litem* que representa al demandado, designado de oficio por esos tribunales ante la imposibilidad de notificar a este último el escrito de demanda, no haya alegado la falta de competencia de los citados tribunales”. Y el ATJUE de 3 de octubre de 2019, *OF y PG*, C-759/18, señala que cuando un tribunal del Estado miembro de la nacionalidad común de los cónyuges, al que el demandante ha presentado una demanda de divorcio, es competente para pronunciarse en materia de divorcio en virtud del art. 3.1 b RB II bis, “no puede considerarse que concurra el requisito relativo a la aceptación de la competencia previsto en el art. 12.1 b, desde el momento en que el procedimiento no tiene por objeto la responsabilidad parental y la parte demandada no ha comparecido. En tales circunstancias, el tribunal al que se ha sometido el asunto, que es competente para pronunciarse sobre el divorcio de los cónyuges, no lo es (...) para pronunciarse sobre cuestiones relativas a la responsabilidad parental y a la obligación de alimentos en favor del menor afectado”.

131. c) Que el ejercicio de la competencia responde al interés superior del menor. El órgano jurisdiccional *acordado* o *aceptado* por las partes ha de cerciorarse, a la vista de las circunstancias concretas del asunto, de que el acuerdo de elección de foro responde al interés superior del menor. Así, en el asunto *Alessandro Saponaro*, anteriormente referido, en el que los dos progenitores de una menor y por cuenta de esta solicitan conjuntamente a un tribunal griego autorización para repudiar la herencia del abuelo materno de la menor fallecido en Grecia, a pesar de que ambos progenitores así como la menor tienen su residencia habitual en Italia, el TJUE considera que “la circunstancia de que la residencia del causante en el momento de su fallecimiento, su patrimonio, objeto de la sucesión, y el pasivo de la herencia estuvieran situados en el Estado miembro del órgano jurisdiccional elegido permite considerar,

⁶² Vid., también, considerando 23 RB II ter.

a falta de elementos que demuestren que la prórroga de la competencia podría incidir negativamente sobre la situación del menor, que tal prórroga de la competencia responde al interés superior del menor”.

132. En estos casos de acuerdo entre las partes, puede resultar muy útil que el órgano jurisdiccional, de conformidad con lo previsto en el art. 21 RB II ter, dé al menor –siempre que tenga capacidad para formarse sus propios juicios– la posibilidad real y efectiva de expresar libremente su opinión y tenerla debidamente en cuenta a la hora de valorar el interés superior del menor, de acuerdo con su edad y madurez.

133. Nótese que estas tres condiciones han de concurrir de forma simultánea. Es preciso, por tanto, que la competencia *acordada* o *aceptada* por las partes se otorgue necesariamente a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro con el que el menor tenga una *estrecha vinculación*, y que el órgano jurisdiccional se cerciore, a la vista de las circunstancias específicas de cada caso, que la elección del órgano jurisdiccional respeta el *interés superior del menor*.

134. Con el fin de respetar la exigencia de proximidad para cualquier nuevo procedimiento en el futuro, el aptdo. 3 del art. 10 RB II ter establece que la competencia acordada o aceptada por las partes, a menos que estas acuerden otra cosa, *cesará*: a) en cuanto la resolución dictada en el procedimiento ya no sea susceptible de recurso ordinario; o b) en cuanto haya concluido el procedimiento por otro motivo.

135. Así pues, la prórroga de competencia surte efectos hasta que concluye el procedimiento que originó esa prórroga, pero esos efectos no se mantienen más allá. En este sentido ya se ha pronunciado expresamente el TJUE en sentencia de 1 de octubre de 2014, *E. y B.*, C-436/13, en la que declara que “una prórroga de la competencia basada en el art. 12, apartado 3, del Reglamento nº 2201/2003 únicamente es válida para el procedimiento específico incoado ante el órgano jurisdiccional cuya competencia se prorroga, y que esa competencia decae en favor del órgano jurisdiccional que ostenta una competencia general en virtud del art. 8, apartado 1, de dicho Reglamento, con la conclusión definitiva del procedimiento que motivó la prórroga de la competencia”. En concreto, para el TJUE la competencia prorrogada en favor de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que los titulares de la responsabilidad parental han incoado de común acuerdo un procedimiento, “se extingue al recaer una resolución firme en el marco de dicho procedimiento”⁶³.

136. El aptdo. 4 del art. 10 RB II ter termina señalando que “la competencia otorgada en el aptdo. 1, letra b), inciso ii, será exclusiva”, lo que significa que este fuero excluye la aplicación de cualquier otra regla de competencia. Aunque esta disposición solo atribuya el carácter de exclusiva a la competencia otorgada en virtud del aptdo. 1, letra b), inciso ii del art. 10, que particularmente se refiere a la competencia *aceptada expresamente* por las partes durante el procedimiento, parece más razonable entender que la competencia se ejercerá con carácter exclusivo siempre que se haya determinado de conformidad con el art. 10 RB II ter, también cuando se trate de una competencia *convenida libremente* por la partes a la que se refiere el aptdo. 1, letra b) inciso i). Así se deduce del resto de normas del Reglamento que hacen referencia a la determinación de la competencia exclusiva del órgano jurisdiccional de conformidad con el art. 10 (arts. 12.5 y 20.4 y 5).

137. Deliberadamente, he dejado para el final una cuestión, ya apuntada, que no resulta fácil de resolver. Se trata de determinar si el art. 10 RB II ter solo resulta aplicable si el menor tiene su residencia habitual en un (otro) Estado miembro, o si se aplica también aun cuando el menor resida habitualmente en un tercer Estado. Como ya señalé, algunos autores sostienen, a propósito del RB II bis, cuyo art. 12 también prevé la prórroga de competencia en favor de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro en el que el menor no reside habitualmente, que la determinación de la competencia judicial con arreglo a los fueros del Reglamento solo es posible si el menor tiene su residencia habitual en un Estado

⁶³ En este mismo sentido, *vid.*, STJUE de 12 de noviembre de 2014, *L y M*, C-656/13 y STJUE de 15 de febrero de 2017, *W, V y X*, C-499/15.

miembro. Si la tiene en un tercer Estado o no tiene una residencia habitual en ningún país concreto, el Reglamento, sencillamente, no es aplicable, y la determinación de la competencia tendrá que realizarse con arreglo al Convenio de La Haya de 1996⁶⁴.

138. A mi juicio, sin embargo, se trata esta de una cuestión que merece la pena repensar. Desde luego, la aplicación del conjunto de normas de competencia en materia de responsabilidad parental del RB II ter está sujeta a que el menor tenga su residencia habitual en un Estado miembro. Me planteo, sin embargo, una única excepción: la norma de competencia del art. 10. Creo que la aplicabilidad del art. 10 no debe necesariamente condicionarse a que el menor tenga su residencia habitual en un Estado miembro de la Unión Europea –distinto de aquél en el que tiene su residencia habitual–; antes bien, puede sostenerse que el acuerdo de elección de foro opera aun cuando el menor resida habitualmente en un tercer Estado, siempre que las partes hayan convenido o aceptado expresamente la competencia, el menor tenga un vínculo estrecho con el Estado miembro elegido por las partes (p. ej. porque el menor es nacional de dicho Estado), y siempre que el ejercicio de la competencia responda al interés superior del menor⁶⁵. En definitiva, siempre que se cumplan las exigencias del art. 10.

139. Que un Reglamento resulte aplicable –*rectius*, algunas de sus normas–, aun cuando no concurra el requisito señalado por el Reglamento como criterio de delimitación espacial del mismo, es algo que no debe resultar extraño. En efecto, el Reglamento (UE) n° 1215/2012 (materia civil y mercantil), se aplica íntegramente si el demandado tiene su domicilio en un Estado miembro, y si el demandado no tiene su domicilio en un Estado miembro, aún así deben ser aplicadas, en todo caso, las normas que regulan las denominadas competencias exclusivas (art. 24); las que regulan la llamada prórroga de la competencia (arts. 25 y 26); y los arts. 18.1 y 21.2 en materia de consumidores y contratos de trabajo, respectivamente.

140. Nótese que uno de los fueros del RB I bis aplicable aunque el demandado tenga su domicilio en un Estado no comprendido en el ámbito espacial del Reglamento es, precisamente, el fuero de sumisión expresa. Según el art. 25 RB I bis, “si las partes, *con independencia de su domicilio*, han acordado que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes para conocer (...), tales órganos jurisdiccionales serán competentes (...)”. Y, de ordinario, la expresión “con independencia de su domicilio” de esta disposición se interpreta en el sentido de que este fuero es aplicable aun cuando el demandado tenga su domicilio en un Estado que no sea miembro de la Unión Europea.

141. Pues bien, en la materia que ahora nos ocupa, puede sostenerse también que el fuero de elección del órgano jurisdiccional del art. 10 RB II ter opera “con independencia de la residencia habitual del menor” o “sin consideración de la residencia habitual del menor”, es decir, aunque el menor resida habitualmente en un tercer Estado. Como hemos visto, el legislador europeo prevé, como excepción al fuero general, la posibilidad de que las partes expresamente atribuyan competencia a los tribunales de un Estado miembro distinto del de la residencia habitual del menor *solo* si esa atribución de competencia responde al interés superior del menor. Lo verdaderamente relevante para la aplicación de esta norma es, pues, la protección del interés superior del menor como “consideración primordial” a tener en cuenta en todas las medidas que se tomen en relación con los niños, con independencia de donde tenga el menor su residencia habitual. Por tanto, si el órgano jurisdiccional de un Estado miembro al que han acudido libremente las partes considera que existe un vínculo estrecho entre el menor y el Estado miembro elegido, y que el ejercicio de su competencia responde al interés superior del menor podrá fundar su competencia en el fuero del art. 10 RB II ter, aunque el lugar de residencia habitual del menor esté en un tercer Estado⁶⁶. Y creo que esta conclusión vale tanto si el menor tiene su residencia habitual en el territorio de

⁶⁴ Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, cit., p. 485.

⁶⁵ Esta posición es sostenida por F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, Civitas, 3ª ed., 2016, p. 158.

⁶⁶ A esta misma conclusión se llega con el actual art. 12 RB II bis. De hecho, en la mayoría de los informes internacionales sobre el RB II bis elaborados por expertos se parte de esta consideración, esto es, de que si un menor tiene su residencia habitual

un tercer Estado que no sea parte del Convenio de La Haya de 1996 como en un tercer Estado parte del Convenio⁶⁷. Quizás, en relación con los terceros Estados que no son parte contratante del Convenio de La Haya, habría estado bien que el art. 10 RB II ter incluyera la previsión contenida en el actual art. 12 RB II bis de que en estos casos “se presumirá que la competencia basada en este artículo es en beneficio del menor, en especial cuando un procedimiento resulte imposible en el tercer Estado de que se trata”.

142. A mayor abundamiento, el art. 14 RB II ter, que se analizará más adelante, establece una norma de competencia residual “si de los arts. 7 a 11 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro”, en cuya virtud la competencia se determinará con arreglo a la legislación de cada Estado miembro. Pues bien, si entendemos que el Reglamento solo se aplica respecto de menores que tienen su residencia habitual en un Estado miembro, esta norma resultaría inaplicable, pues siempre existiría un Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales serían competentes para conocer del fondo del asunto en virtud del art. 7.1⁶⁸. Creo, sin embargo, que esta norma puede estar pensada, precisamente, para supuestos en que el menor reside habitualmente en un tercer Estado y la competencia de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro tampoco puede determinarse con base en un acuerdo de elección de foro del art. 10. De ser así, el RB II ter sujeta la competencia a la legislación de cada Estado miembro.

d) Competencia basada en la presencia del menor

143. El art. 11 RB II ter atribuye la competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que esté presente el menor⁶⁹. Se trata de una norma de competencia *subsidiaria* que solo entra en juego cuando no puede determinarse la residencia habitual del menor y tampoco puede determinarse la competencia sobre la base de un acuerdo de elección de foro del art. 10 RB II ter. En estos casos, la determinación del órgano jurisdiccional competente debe realizarse conforme al criterio de “la presencia del menor”. Lógicamente, en caso de que el menor se encuentre en un tercer Estado, este foro no opera.

144. Nótese que este foro se activa cuando *no puede* determinarse la residencia habitual del menor, es decir, cuando el órgano jurisdiccional de un Estado miembro, atendidas todas las circunstancias de hecho particulares del caso, llega a la conclusión de que no puede identificarse la residencia habitual del menor⁷⁰. Por tanto, la mera presencia del menor en un Estado miembro no es punto de conexión comunitaria suficiente para atribuir competencia judicial internacional a sus tribunales si la residencia habitual del menor está identificada en otro Estado: si el menor reside en otro Estado miembro, los tribunales de ese Estado serán los competentes por aplicación de la norma de competencia general del RB II ter (art. 7.1), y si el menor reside en un tercer Estado, la competencia se determinará con arreglo al Convenio de La Haya de 1996, sin perjuicio del art. 10 RB II ter.

145. Esta norma de competencia basada en la presencia del menor también debe aplicarse a los menores refugiados y a los desplazados internacionalmente a causa de disturbios ocurridos en su Estado miembro de residencia habitual *ex* art. 11.2 RB II ter. No obstante, esta norma solo debe aplicarse a los

en un tercer Estado, la tramitación de un procedimiento en materia de responsabilidad parental ante un tribunal de un Estado miembro solo será posible si los padres están de acuerdo (cfr. A. NUYTS, “Study on residual jurisdiction (Review of the Member States’ Rules concerning the “Residual Jurisdiction” of their courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulations)”, General Report (final versión dated 3 September 2007), pp. 92-94.

⁶⁷ Nótese que el art. 10 del Convenio de La Haya contempla la prórroga de competencia de una forma mucho más limitada que el art. 10 RB II ter, solo en favor de las autoridades de un Estado contratante que estén conociendo de una demanda matrimonial.

⁶⁸ Coherente con su posición, en este sentido se pronuncia A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (*Derecho Internacional Privado*, Vol. II, cit., p. 484), en relación con la norma de competencia residual del art. 14 RB II bis.

⁶⁹ El art. 11 RB II ter se corresponde con el art. 13 RB II bis, según la tabla de correspondencias que figura en el Anexo X.

⁷⁰ Cfr. STJUE de 22 de diciembre de 2010, *Mercredi*, C-497/10 PPU.

menores que antes del desplazamiento tuvieran su residencia habitual en un Estado miembro. Si la residencia habitual del menor antes del desplazamiento se encontraba en un tercer Estado, debe aplicarse la norma de competencia relativa a los menores refugiados e internacionalmente desplazados que figura en el art. 6 del Convenio de La Haya de 1996 que, al igual que el Reglamento, atribuye la competencia para adoptar las medidas para la protección de su persona o de sus bienes a “las autoridades del Estado contratante en cuyo territorio se encuentran”. Esta norma se aplica también a los niños cuya residencia habitual no pueda determinarse⁷¹.

e) Competencia residual

146. El art. 14 RB II ter establece una norma de competencia de carácter *residual*, aplicable solo cuando de los arts. 7 a 11 del Reglamento no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro⁷². En estos casos, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, “con arreglo a las leyes de dicho Estado miembro”⁷³.

147. La remisión a “las leyes de dicho Estado miembro” debe incluir no solo sus leyes nacionales, sino también los instrumentos internacionales que estén en vigor en dicho Estado⁷⁴, cuyas normas deben ser aplicadas con preferencia a las normas internas⁷⁵. Así, cuando el menor tenga su residencia habitual en un Estado parte del Convenio de La Haya de 1996 relativo a la Competencia (...) en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro que no tengan competencia conforme al RB II ter, antes de aplicar sus normas internas, tendrán que comprobar si tienen competencia –o si esta corresponde a otro Estado parte–, conforme al Convenio de La Haya. Solo cuando el menor tenga su residencia habitual en un tercer Estado que no es parte del Convenio de La Haya, la competencia se determinará conforme al régimen legal interno de cada Estado miembro⁷⁶.

148. Como ya se ha dicho, de acuerdo con las normas del RB II ter, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro solo tienen competencia para conocer en materia de responsabilidad parental respecto de un menor residente habitual fuera de la Unión Europea, si los padres –o cualquier otro titular de la responsabilidad parental– están de acuerdo (art. 10). En caso de que no lo estén, la posibilidad de iniciar un procedimiento ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro está sujeta a esta norma de competencia residual del art. 14 que conduce a aplicación de los convenios internacionales y, en su defecto, de la legislación nacional de cada uno de los Estados miembros.

149. Si atendemos al Estudio sobre la competencia residual (*residual jurisdiction*) realizado por el Prof. Nuyts en 2007 a propósito del RB II bis⁷⁷, el examen de esas normas de competencia residual muestra que los ciudadanos de la Unión tienen un acceso desigual a la justicia, toda vez que las normas internas de los Estados miembros se basan en criterios diferentes y no siempre garantizan el acceso efectivo a los tribunales, a pesar de la estrecha relación de alguna de las partes con un Estado miembro.

⁷¹ Cfr. Considerando 25 RB II ter.

⁷² El art. 14 RB II ter se corresponde con el art. 14 RB II bis, según la tabla de correspondencias que figura en el Anexo X.

⁷³ Una interesante reflexión crítica sobre el enfoque erróneo de las normas europeas de competencia residual puede leerse en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, cit., p.129.

⁷⁴ Considerando 29 RB II ter.

⁷⁵ En España, la determinación de la competencia internacional de los órganos jurisdiccionales civiles se determina con arreglo a los arts. 22 a 22 nonies LOPJ. Estos artículos siguen la estructura de foros del Reglamento 1215/2012 (RB I bis), en el que claramente se inspiran. En materia de responsabilidad parental, véase, en particular, la letra d) del art. 22 quater LOPJ. No obstante, la aplicación real de estas normas resulta, en la práctica, muy marginal.

⁷⁶ En este mismo sentido, vid., P. PEITEADO MARISCAL, *Procesos matrimoniales y resolución extrajudicial de la crisis del matrimonio y de la pareja*, Colección 20 años LEC 2000, La Ley, Madrid, 2019, pág. 121.

⁷⁷ Vid. A. NUYTS, “Study on residual jurisdiction...” cit., pp. 92-94.

150. Así, en nueve Estados miembros la nacionalidad del menor es un punto de conexión comunitaria suficiente para atribuir a los tribunales la competencia judicial internacional. En otros cinco Estados miembros, la competencia puede fundarse en la nacionalidad de cualquiera de los padres, que con frecuencia coincide con la del menor⁷⁸. En la práctica, eso significa que para los ciudadanos de catorce Estados miembros la competencia puede en general establecerse en la Unión Europea incluso cuando el menor (y sus padres) residen habitualmente en un tercer Estado.

151. Para los ciudadanos de los trece Estados miembros restantes solo habrá competencia residual en la Unión Europea si la situación presenta otro punto de conexión suficiente en virtud de la legislación nacional. Estos otros puntos de conexión están bastante diversificados y no tienen ninguna aplicación general. En algunos Estados miembros la materia de responsabilidad parental puede someterse al tribunal que se ocupa de cualquier procedimiento matrimonial (a menudo esta competencia existe incluso si no hay acuerdo entre las partes). Pero esto supone, por supuesto, que la competencia existe con respecto a los procedimientos matrimoniales y que tales procedimientos se inician en el Estado miembro pertinente. En otros Estados miembros, la competencia se establece con base en el domicilio o residencia habitual en el Estado del foro de una de las partes (unas veces el demandante, otras el demandado y otras cualquiera de ellos). Finalmente, en otros Estados miembros, la competencia con respecto a los menores que residen habitualmente en un tercer Estado puede establecerse en virtud de un *forum necessitatis*. En los Países Bajos hay una disposición específica que establece que los tribunales holandeses tienen competencia cuando el caso tiene conexión con el sistema legal holandés y el tribunal considera que está en una posición adecuada para evaluar el interés superior del menor. En otros países se aplica la norma general del *forum necessitatis*.

152. Así las cosas, pueden darse situaciones en las que ni un Estado miembro ni un tercer país sean competentes en materia de responsabilidad parental. Nótese, además, que a diferencia de otros instrumentos jurídicos de la Unión –p, ej. los últimos Reglamentos en Derecho de familia⁷⁹–, el RB II ter no establece un *forum necessitatis* que permita a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, con carácter excepcional, conocer de las cuestiones de responsabilidad parental si el proceso no pudiese incoarse o desarrollarse razonablemente o si resultare imposible en un tercer Estado con el que el asunto tuviese una conexión estrecha. Tradicionalmente se considera que esta competencia “de necesidad” se basa en el derecho a un juicio justo (o incluso viene impuesta por él mismo) en virtud del art. 6.1 CEDH⁸⁰.

4. Remisión de competencia a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro mejor situado para valorar el interés superior del menor (*forum non conveniens*)

153. El art. 12 RB II ter, bajo la rúbrica “remisión de competencia a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro”, establece una regla de competencia *especial y excepcional* respecto de la norma de competencia general del art. 7.1 RB II ter que designa a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la residencia habitual del menor como los órganos competentes para conocer del fondo en los asuntos de responsabilidad parental. En virtud de esta regla especial, el Reglamento permite que el

⁷⁸ En España, en materia de responsabilidad parental, aparte de la residencia habitual del menor en España al tiempo de la interposición de la demanda, la nacionalidad española del demandante o su residencia habitual en España o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda son puntos de conexión suficiente para fundar la competencia internacional de los tribunales españoles (art. 22 quater LOPJ).

⁷⁹ *Vid.* Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes matrimoniales (art. 11), y Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (art. 11).

⁸⁰ Cfr. A. NUYTS, “Study on residual jurisdiction...” cit., p. 64.

órgano jurisdiccional *competente* para conocer el fondo del asunto decline su competencia en favor de un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro⁸¹.

154. Este precepto no hace sino acoger en el ámbito de aplicación propio del Reglamento la doctrina del denominado *forum non conveniens*. Se trata de una doctrina desconocida en los sistemas de *civil law* como el nuestro, pero frecuente en los sistemas de *common law* que permite al tribunal legalmente competente abstenerse de ejercer su competencia por reputarse *menos adecuado* o *non conveniens* en comparación con otro tribunal que, por tener mayor vinculación o puntos de conexión con el asunto planteado, reputa *adecuado* o *conveniens*⁸².

155. Aunque poco frecuente en el conjunto de las normas de competencia judicial civil en el ámbito de la Unión Europea, en el que, como regla, la determinación del tribunal competente se hace con arreglo a criterios prefijados de carácter *legal*, sin que ninguna disposición permita al tribunal competente declinar su competencia so pretexto de que existe un fuero de competencia más apropiado para conocer del litigio que aquel al que apunta la norma comunitaria, el art. 12 RB II ter no constituye en absoluto una disposición innovadora. Su predecesor, el art. 15 RB II bis, bajo la rúbrica “remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto” ya contempla esta excepción, tomada a su vez de los arts. 8 y 9 del Convenio de La Haya de 1996⁸³.

156. La naturaleza *excepcional* de esta norma de competencia respecto de la norma de competencia general del art. 7.1 RB II ter resulta incuestionable, toda vez que el propio art. 12 RB II ter –y el considerando 26– establece expresamente que se aplicará “en circunstancias excepcionales”. Además, el TJUE, siempre que ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la interpretación de esta norma (art. 15 del RB II bis), aunque no siempre se le preguntara expresamente por ello, ha declarado que la remisión de competencia que permite esta norma debe producirse “únicamente con carácter excepcional” y, en consecuencia, “debe ser interpretada estrictamente”⁸⁴. Así, en el Auto de 10 de julio de 2019, *EP y FO*, C-530/18, el TJUE, respondiendo a una cuestión prejudicial en la que se le preguntaba expresamente por esta cuestión, dice así: “procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 15 del Reglamento n.º 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que establece una excepción a la regla de competencia general del artículo 8 de dicho Reglamento n.º 2201/2003, según la cual la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros se determina en función del lugar de residencia habitual del menor en el momento de la presentación de la demanda”. Por tanto, para poder

⁸¹ Nótese que el art. 12 RB II ter solo permite que el órgano jurisdiccional competente decline su competencia en favor de un órgano jurisdiccional de otro *Estado miembro*, pero no en favor de un órgano jurisdiccional de un tercer país, lo que genera una considerable incertidumbre, especialmente cuando ese tercer Estado no es parte contratante del Convenio de La Haya de 1996, cuyo art. 8 contempla también la declinación de competencia en favor de un Estado contratante en mejor situación. Sobre la necesidad de abordar la posibilidad de declinar la competencia en favor de los órganos jurisdiccionales de un tercer Estado, vid., nuevamente, A. NUYTS, “Study on residual jurisdiction...” cit., pp. 141-145 y 154.

⁸² Sobre el *forum non conveniens*, recomendamos la lectura del trabajo de B. SÁNCHEZ LÓPEZ, “La responsabilidad parental y la aplicación del *forum non conveniens* de carácter reglado del artículo 15 del Reglamento (CE) N° 2201/2003: la sentencia del 27 de octubre de 2016”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2018), Vol. 10, N° 1, pp. 639-656. En este trabajo, a propósito del comentario de una sentencia del TJUE, la autora examina la función de esta doctrina en los sistemas de *common law* y los graves inconvenientes de su aplicación en el espacio UE. En la primera cita del trabajo, además, se cita abundante bibliografía sobre el *forum non conveniens* en coordenadas o en idioma español. También, de la misma autora, vid. “Cómo opera el procedimiento de *forum non conveniens* en la determinación de la competencia judicial europea en materia de responsabilidad parental”, en A. RUDA GONZÁLEZ / C. JEREZ DELGADO (dirs.), *Estudios sobre Jurisprudencia Europea, Materiales del III Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*, Sepin, Madrid, 2019, pp. 643-655.

⁸³ Otro ejemplo de *forum non conveniens* en la Unión Europea lo proporciona el art. 6.a) del Reglamento (UE) n° 650/2012, en materia de sucesiones mortis causa, en cuya virtud el tribunal con competencia para resolver la sucesión “podrá abstenerse de conocer, a instancia de una de las partes en el procedimiento, si considera que los tribunales del Estado miembro cuya ley fue elegida están en mejor situación para pronunciarse sobre la sucesión, habida cuenta de las circunstancias prácticas de esta, tales como la residencia habitual de las partes y la ubicación de los bienes”.

⁸⁴ Sobre la naturaleza excepcional de la remisión de competencia y su interpretación restrictiva, vid. SSTJUE de 27 de octubre de 2016 (asunto *Child and Family*), y de 4 de octubre de 2018 (asunto *IQ y JP*).

remitir la competencia a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, será necesario que el órgano jurisdiccional competente para conocer el fondo del asunto desvirtúe la fuerte presunción a favor del mantenimiento de su propia competencia.

157. El art. 12 RB II ter, al igual que su predecesor, ha adoptado una fórmula *reglada de forum non conveniens* en cuanto a la predeterminación de los requisitos que han de concurrir para que pueda operar esta norma excepcional y al abanico de órganos jurisdiccionales que pueden ser considerados *conveniens*. Los requisitos que exige el art. 12 RB II ter para que el órgano jurisdiccional *competente* decline su competencia en favor del órgano jurisdiccional de otro Estado miembro son : 1º) que el menor tenga un “vínculo estrecho” con ese otro Estado miembro; 2º) que el órgano jurisdiccional de ese otro Estado miembro “esté mejor situado” para conocer del asunto –o de una parte específica– que él; y 3º) que la remisión de competencia responda al “interés superior del menor”. Solo entonces puede el órgano jurisdiccional *competente* suspender el procedimiento y dar comienzo al incidente dirigido a declinar su competencia en favor de un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro.

158. Hay que señalar, antes de pasar a examinar estos tres requisitos, que el órgano jurisdiccional del otro Estado miembro con el que el menor tiene un vínculo estrecho y que está mejor situado para conocer del asunto, no puede ser el órgano jurisdiccional *normalmente competente* para conocer del fondo del asunto sobre la base de los arts. 7 o 10 RB II ter. En este sentido, el TJUE, en sentencia de 4 de octubre de 2018, *IQ y JP*, C-478/17, señaló que el art. 15 RB II bis –ahora, art. 12 RB II ter– “debe interpretarse en el sentido de que no es aplicable en una situación (...) en la que los dos órganos jurisdiccionales a los que se ha sometido el asunto son competentes para conocer del fondo del mismo en virtud, respectivamente, de los artículos 12 [prórroga de competencia] y 8 [competencia general] de dicho Reglamento”⁸⁵.

A) Vinculación estrecha del menor con el órgano jurisdiccional del otro Estado miembro

159. En primer lugar, es requisito necesario para que el órgano jurisdiccional *competente* pueda declinar su competencia en favor de un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro que el menor tenga un “vínculo estrecho” con ese Estado. Así lo pide el aptdo. 1 del art. 12 RB II ter, y el aptdo. 4 de este mismo precepto establece en qué ha de consistir este vínculo estrecho⁸⁶. Así, para el legislador europeo este vínculo estrecho entre el menor y los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro se da en las

⁸⁵ Para el TJUE, interpretar el art. 15 en el sentido de que autoriza la remisión de un asunto a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro competente para conocer del fondo del asunto “privaría de sentido al artículo 19, apartado 2, (...), que pretende resolver, en materia de responsabilidad parental, las situaciones en las que son competentes órganos jurisdiccionales situados en distintos Estados miembros. En efecto, esta disposición establece que, cuando se presentaren demandas relativas a la responsabilidad parental sobre un menor que tengan el mismo objeto y la misma causa ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros, el órgano jurisdiccional ante el que se hubiere presentado la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se establezca la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera”. Nótese, no obstante, que con el RB II ter la competencia fundada en el art. 10, esto es, la competencia convenida libremente o aceptada expresamente por las partes, pasa a ser una competencia *exclusiva*, de ahí que los apartados 4 y 5 del art. 20 RB II ter, relativo a la litispendencia, señale lo siguiente: “cuando se haya iniciado un procedimiento ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que tenga competencia exclusiva como consecuencia de la aceptación de competencia a que se hace referencia en el art. 10, los órganos jurisdiccionales de otros Estados miembros suspenderán el procedimiento hasta tanto el órgano jurisdiccional ante el que se haya interpuesto el procedimiento en virtud del acuerdo o aceptación declare que no tiene competencia con arreglo al acuerdo o aceptación. En los casos y en la medida en que el órgano jurisdiccional haya establecido su competencia exclusiva de conformidad con una aceptación de competencia a que se hace referencia en el artículo 10, cualquier órgano jurisdiccional de los demás Estados miembros deberán inhibirse en favor de aquél”. Un comentario crítico a los argumentos de esta sentencia puede leerse en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “De nuevo sobre la interpretación y alcance del artículo 15 del Reglamento Bruselas II bis. (Una alternativa efímera a la STJ de 4 de octubre de 2018), en *La Ley Unión Europea* n° 66, enero 2019.

⁸⁶ El art. 15 RB II bis habla de “vinculación especial”, en vez de “vínculo estrecho”, pero el contenido de ambas expresiones es exactamente el mismo.

siguientes situaciones: a) dicho Estado miembro se ha convertido en el de residencia habitual del menor después de la presentación de la demanda⁸⁷; b) el menor ha residido de manera habitual en dicho Estado miembro (pero ya no lo hace); c) el menor es nacional de dicho Estado; d) dicho Estado miembro es el de residencia habitual de uno de los titulares de la responsabilidad parental; o e) el asunto se refiere a las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de los bienes de este que se encuentran en el territorio de dicho Estado miembro.

160. Como ha señalado el TJUE, la enumeración de los supuestos en lo que existe un vínculo estrecho del menor con otro Estado miembro que recoge el aptdo. 4 del art. 12 RB II ter, a diferencia de lo previsto en el art. 10 para la elección de foro⁸⁸, no es meramente ejemplificativa y abierta, sino *tasada* o *exhaustiva*. Se trata de “elementos enumerados, con carácter exhaustivo (...). Por consiguiente, de entrada se excluyen del mecanismo de remisión los asuntos en los que no se aprecien dichos elementos”⁸⁹.

161. Nótese que los cinco elementos que menciona el art. 12.4 RB II ter testimonian, si no expresamente, al menos en esencia, la existencia de una *proximidad* entre el menor afectado y un Estado miembro diferente del Estado miembro del órgano jurisdiccional competente para conocer del asunto con arreglo al art. 7.1 RB II ter. Los dos primeros elementos se refieren a la residencia del menor afectado en el otro Estado miembro, adquirida bien anteriormente, bien con posterioridad a la presentación de la demanda ante el órgano competente. El tercer elemento hace referencia a la nacionalidad del menor. El cuarto crea la proximidad del menor con el otro Estado miembro a través de la residencia habitual de uno de los titulares de la responsabilidad parental en dicho Estado y, el quinto se refiere a la presencia de los bienes del menor en este otro Estado miembro.

162. Como ha dicho el TJUE, puesto que es común a todos los elementos enumerados la presencia de un criterio de proximidad entre el menor y el Estado miembro diferente al que apunta la norma de competencia general, el órgano jurisdiccional competente que pretenda remitir su competencia a los tribunales de otro Estado miembro “debe comparar la importancia y la intensidad del vínculo de proximidad «general» que une al menor afectado, con arreglo al artículo 8, apartado 1, de este Reglamento, con la importancia y la intensidad del vínculo de proximidad «especial» demostrado por uno o varios de los elementos enunciados en el artículo 15, apartado 3, de dicho Reglamento y que exista, en el caso concreto, entre el menor y otros Estados miembros”. No obstante, “la existencia de una «vinculación especial» (...) en sí misma no prejuzga necesariamente la cuestión de si un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro está «mejor situado para conocer del asunto» (...), así como tampoco (...) la relativa a si la remisión del asunto a este último órgano jurisdiccional responde al interés superior del menor. Por consiguiente, también corresponde al órgano jurisdiccional competente determinar, en segundo lugar, si en el otro Estado miembro con el que el menor tenga una vinculación especial, existe un órgano mejor situado para conocer del asunto”⁹⁰.

⁸⁷ Como ya se adelantó, como regla, los cambios de residencia habitual del menor posteriores a la presentación de la demanda no alteran la competencia ya determinada del tribunal, por aplicación de la regla de la *perpetuatio iurisdictionis*. No obstante, en virtud del art. 12 RB II ter, si el menor cambia su residencia habitual a otro Estado miembro después de presentada la demanda, cabe la posibilidad de que el tribunal que conoce del asunto considere que los tribunales del Estado miembro de la nueva residencia habitual del menor están mejor situados para valorar el interés superior del menor y decline su competencia en favor de ellos.

⁸⁸ Recuérdese que el art. 10 RB II ter también condiciona la elección de órgano jurisdiccional a la vinculación estrecha del menor con el Estado elegido y también enumera los supuestos en que se entiende que existe tal vínculo, pero en ese caso se trata de una enumeración que reviste un carácter meramente indicativo, como se deduce del empleo de la expresión “en especial”, tal y como ha declarado el TJUE en varias ocasiones (vid. STJUE de 27 de noviembre de 2007, C-435/06, STJUE de 26 de abril de 2012, *Health Service Executive*, C-92/12 PPU y STJUE de 21 de octubre de 2015, *Gogova*, C-215/15).

⁸⁹ STJUE de 27 de octubre de 2016, *Child and Family y J.D.*, C-428/15. Vid., también, STJUE de 4 de octubre de 2018, *IQ y JP*, C-478/17 y ATJUE de 10 de julio de 2019, *EP y FO*, C-530/18.

⁹⁰ STJUE de 27 de octubre de 2016 (asunto *Child and Family y J.D.*).

B) Mejor situación del órgano jurisdiccional del otro Estado miembro para valorar el interés superior del menor

163. El requisito de que el menor tenga un vínculo estrecho con un Estado miembro es requisito *necesario* pero no *suficiente* para que el órgano jurisdiccional competente pueda declinar su competencia y remitir el asunto al órgano jurisdiccional del otro Estado miembro. Es necesario también que el órgano jurisdiccional del otro Estado miembro “esté mejor situado” para valorar el interés superior del menor. Por tanto, el órgano jurisdiccional competente tendrá que determinar si el órgano jurisdiccional del otro Estado miembro con el que el menor tiene un vínculo estrecho está mejor situado que él para conocer del asunto. Si el órgano jurisdiccional *competente* llega a la conclusión de que los vínculos que unen al menor afectado al Estado miembro de su residencia habitual son más fuertes que los que le unen a otro Estado miembro, ello bastará para excluir la aplicación del art. 12 RB II ter.

164. En la STJUE de 27 de octubre de 2016 (asunto *Child and Family y J.D.*) encontramos, de un lado, los elementos concretos que deben considerarse para determinar qué órgano jurisdiccional está mejor situado para valorar el interés superior del menor y, de otro lado, los elementos que *no* deben valorarse.

“A tal efecto, el órgano jurisdiccional competente debe determinar si, con respecto a la hipótesis de que mantiene su competencia, la remisión del asunto a ese otro órgano jurisdiccional puede aportar un valor añadido real y concreto para la adopción de una decisión sobre el menor. En este contexto, puede tener en cuenta, entre otros, las normas procesales del otro Estado miembro, como las aplicables a la obtención de las pruebas necesarias para resolver el asunto”.

En cambio, “el órgano jurisdiccional competente no debería tener en cuenta el derecho material del otro Estado miembro eventualmente aplicable por el órgano jurisdiccional de este último, en el caso de que le fuera remitido el asunto. En efecto, la consideración de tal aspecto sería contraria a los principios de confianza mutua entre Estados miembros y de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en las que se funda el Reglamento n.º 2201/2003”⁹¹.

165. Según el TJUE, por tanto, para determinar si la remisión del asunto puede aportar un valor añadido real y concreto, queda excluida la posibilidad de que el órgano jurisdiccional competente pueda tomar en consideración el Derecho sustantivo del otro Estado miembro con el que el menor presenta un vínculo especial, pero sí podrá considerar su Derecho procesal. No obstante, el propio TJUE en una resolución posterior, ATJUE de 10 de julio de 2019, *EP y FO*, C-530/18, ha declarado que “el órgano jurisdiccional competente puede tener en cuenta normas de procedimiento aplicables con arreglo a la legislación de otro Estado miembro si estas tienen una incidencia concreta en la capacidad del órgano jurisdiccional de este último Estado para conocer mejor del asunto, en particular al facilitar la obtención de pruebas y de testimonios, aportando con ello un valor añadido para resolver el asunto en interés superior del menor. En cambio, no puede considerarse de manera general y abstracta que normas jurídicas de otro Estado miembro como las mencionadas por una de las partes en el litigio principal, a saber, las normas relativas al examen del asunto a puerta cerrada y por jueces especializados, constituyan un elemento que el juez competente deba tener en cuenta al evaluar la existencia de un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto”.

C) La remisión de competencia ha de responder al interés superior del menor

166. Como tercer requisito, el art. 12.1 RB II ter exige que la remisión de competencia responda al “interés superior del menor”, que, como es sabido, constituye el valor que preside todas las normas del Reglamento en materia de responsabilidad parental.

⁹¹ Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Responsabilidad parental, transferencia de la competencia a los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro e interés superior del menor, STJUE 27 de octubre de 2016, C-428/15: D”, en *La Ley Unión Europea*, n.º 43, diciembre 2016.

167. En principio, puede pensarse que el cumplimiento de los dos primeros requisitos lleva consigo forzosamente la concurrencia del tercero, esto es, que la remisión de competencia a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro con el que el menor tiene un vínculo estrecho en el sentido del aptdo. 4 del art. 12 RB II ter y que está mejor situado para conocer del asunto sirve necesariamente a la finalidad del interés superior del menor. Sin embargo, el TJUE en la sentencia anterior (asunto *Child and Family y J.D*) atribuye autonomía a este tercer requisito y exige que “el órgano jurisdiccional se cerciore, a la vista de las circunstancias concretas del asunto, de que la remisión que valora efectuar al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro no pueda incidir negativamente sobre la situación del menor afectado. A tal fin, el órgano jurisdiccional debe valorar la posible incidencia negativa de tal remisión sobre las relaciones afectivas, familiares y sociales o sobre la situación económica del menor de que se trate”. Y recuerda que no es irrelevante que este precepto permita remitir solo una parte específica del asunto si las circunstancias así lo aconsejan, por ejemplo, cuando el vínculo de proximidad con otro Estado miembro no concierne directamente al propio menor sino a uno de los titulares de la responsabilidad parental que tiene en dicho Estado su residencia habitual⁹².

D) Procedimiento

168. Dándose los tres requisitos anteriores, el órgano jurisdiccional inicialmente competente, de oficio o a instancia de parte⁹³, aun cuando no tiene la obligación de hacerlo⁹⁴, puede suspender el cono-
cimiento del procedimiento o de una parte específica del mismo y dar comienzo al incidente dirigido a declinar su competencia, bien fijando un plazo a las partes para que informen al órgano jurisdiccional del otro Estado miembro de las causas pendientes y de la posibilidad de remitir la competencia y presentar una solicitud ante dichos órganos, o bien solicitando al órgano jurisdiccional del otro Estado miembro que ejerza su competencia (art. 12.1 RB II ter)⁹⁵.

169. En ambos supuestos todavía es necesario que el órgano jurisdiccional del otro Estado miembro considere que, por las circunstancias específicas del asunto, la remisión responde al interés superior del menor y, en consecuencia, se declare competente en el plazo de seis semanas. El órgano señalado como mejor situado debe informar sin demora al órgano jurisdiccional inicialmente competente, ya sea directamente conforme al art. 86 o por conducto de las autoridades centrales designadas en virtud del art. 76. Si acepta la competencia, el órgano ante el que se presentó la solicitud en primer lugar deberá inhibirse (art. 12.2 RB II ter). En cambio, si no recibe la aceptación de la competencia del órgano jurisdiccional del otro Estado miembro en las siete semanas posteriores a la expiración del plazo fijado a las partes para presentar la solicitud, o dicho órgano jurisdiccional haya recibido la solicitud, seguirá ejerciendo su competencia (art. 12. 3 RB II ter). De esta forma, el Reglamento consigue coordinar la abstención del primer tribunal con la competencia que tiene que afirmar el segundo antes de que la competencia le sea transferida para que así no exista un vacío» en la competencia del tribunal.

170. Nótese que el órgano jurisdiccional reputado *conveniens* puede aceptar la remisión de competencia o no hacerlo, pero en caso de aceptarla no puede, a su vez, remitir el asunto a un tercer órgano

⁹² En el asunto que resuelve esta sentencia, el TJUE insiste en que para valorar el riesgo de que la eventual remisión del asunto incida negativamente en la situación del menor (en este caso concreto, en su derecho de circulación), solo deben tenerse en cuenta los elementos que puedan repercutir negativamente en la situación del menor, pero no las consideraciones relativas a otras personas a las que pueda afectar el asunto (a la madre, en este caso), a menos que también resulten pertinentes para evaluar el riesgo del menor.

⁹³ El actual art. 15 RB II bis también prevé que la remisión pueda efectuarse de oficio o a instancia de parte, pero en este segundo caso se exige el consentimiento de al menos una de las partes, exigencia que ya no aparece en el art. 12 RB II ter.

⁹⁴ Vid. Considerando 26 RB II ter y ATJUE de 10 de julio de 2019, *EP y FO*, C-530/18, apartados. 30 y 36.

⁹⁵ De conformidad con el considerando 26 RB II ter, el órgano jurisdiccional que tiene la competencia debe hacer la correspondiente solicitud al órgano del otro Estado miembro únicamente cuando su resolución previa de suspender el procedimiento y hacer la solicitud de transferencia de competencia sea firme, en caso de que dicha resolución sea susceptible de recurso en virtud de la legislación nacional.

jurisdiccional. El RB II ter, a diferencia del RB II bis (considerando 13), no veda expresamente esta posibilidad, pero se deduce del carácter *excepcional* de esta norma de competencia.

E) Prohibición de remisión en caso de competencia exclusiva

171. Por último, el aptdo. 5 del art 12 RB II ter prohíbe la remisión de la competencia “en los casos en que se haya determinado la competencia *exclusiva* del órgano jurisdiccional de conformidad con el artículo 10”. Recuérdese que, conforme al aptdo. 4 del art. 10 RB II ter, la competencia convenida libremente o aceptada expresamente por las partes durante el procedimiento, siempre que el órgano jurisdiccional se haya asegurado de que todas las partes han sido informadas de su derecho a no aceptar la competencia, se ejerce con carácter exclusivo. En estos casos, por tanto, el tribunal competente elegido por las partes no podrá remitir la competencia a los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro con el que el menor tenga un vínculo estrecho en el sentido del art. 12.4 RB II ter, aunque considere que está mejor situado que él para valorar el interés superior del menor⁹⁶.

5. Transferencia de competencia solicitada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no tenga competencia

172. El art. 13 RB II ter prevé la posibilidad de que el órgano jurisdiccional de residencia habitual del menor transfiera la competencia a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, que no tiene competencia en virtud del Reglamento, a petición de este segundo órgano jurisdiccional. Los arts. 12 y 13 RB II ter son las dos caras de una misma moneda: el primero, como hemos visto, regula la remisión de competencia a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, de oficio o a instancia de parte; el segundo contempla la transferencia de competencia a petición del órgano jurisdiccional del otro Estado miembro.

173. Aunque en el RB II bis no encontramos un artículo como este dedicado *en exclusiva* a regular la transferencia de competencia a petición de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no tenga competencia, no se trata de una norma novedosa del RB II ter, toda vez que esta posibilidad está contemplada en el art. 15 RB II bis dedicado a la remisión de la competencia, pues, según dice este precepto, la remisión puede producirse de oficio, a instancia de parte o a petición del órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga una vinculación especial. En este caso, para que la remisión pueda efectuarse, al igual que para hacerlo de oficio, se exige el consentimiento de alguna de las partes. Lo único que hace el RB II ter es regular la transferencia de competencia de forma autónoma, ganándose con ello en claridad, además de suprimir la necesidad del consentimiento de una de las partes.

174. Para que esta transferencia de competencia pueda tener lugar, el art. 13.1 RB II ter, al igual que el art. 12.1 RB II ter, exige que el menor afectado tenga un “vínculo estrecho” con el Estado miembro que solicita la transferencia, de conformidad con lo previsto en el aptdo. 4 del art. 12 RB II ter, y que el órgano jurisdiccional solicitante considere que, en el caso particular de que se trate, puede valorar mejor el “interés superior del menor”.

175. Presentada la solicitud de transferencia, el órgano jurisdiccional requerido dispone de seis semanas desde su recepción para decidir si acepta o no. Si considera que debido a las circunstancias específicas del caso, dicha transferencia responde al interés superior del menor *puede* aceptar transferir su competencia, informando sin demora al órgano jurisdiccional solicitante. Si dentro de dicho plazo el

⁹⁶ Esta prohibición constituye una novedad del RB II ter, no contemplada en el RB II bis. En la actualidad, bajo la vigencia del RB II bis, la remisión puede realizarla el órgano jurisdiccional que sea competente, bien en virtud de la regla general establecida en el art. 8.1 o en virtud de la norma de prórroga de la competencia del art. 12. Vid. STJUE de 4 de octubre de 2018, *IQ y JP*, C-478/17.

órgano requerido no acepta expresamente la transferencia de competencia solicitada, el órgano petitorio no podrá ejercerla.

6. Competencia para adoptar medidas provisionales, incluidas las cautelares, en casos de urgencia

176. Sin duda alguna, los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de un determinado litigio en materia de responsabilidad parental en virtud de alguna de las normas de competencia del RB II ter tienen aptitud para resolver el fondo de la cuestión, pero también están facultados, en virtud de la competencia que poseen, para adoptar las medidas cautelares que resulten procedentes en relación con la persona del menor o sus bienes. No obstante, el art. 15 RB II ter permite, en caso de urgencia, la solicitud y adopción de “medidas provisionales, incluidas las cautelares”⁹⁷, en relación con la persona o con los bienes de un menor, a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que esté presente el menor o en el que se encuentren sus bienes, a pesar de que, con arreglo al propio Reglamento, estos no sean competentes para conocer del fondo del litigio.

177. La atribución de competencia para adoptar medidas provisionales a órganos jurisdiccionales no competentes para conocer del fondo del asunto no supone una novedad del RB II ter. El actual art. 20 RB II bis, incluido en las “Disposiciones comunes” de la Sección 3 del Capítulo II, dedicado a la “Competencia”, ya contempla esta atribución. Así, según el apartado 1 del art. 20, “en caso de urgencia, las disposiciones del presente Reglamento no impedirán que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro adopten medidas provisionales o cautelares previstas en su propia legislación en relación con personas o bienes presentes en dicho Estado miembro, aun cuando, en virtud del presente Reglamento, un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro fuere competente para conocer sobre el fondo”. No obstante, debe advertirse que el RB II ter ha sacado esta disposición de las “Disposiciones comunes” a la materia matrimonial y a la responsabilidad parental, y se la ha llevado a la Sección 2 del Capítulo II, dedicada exclusivamente a las normas de competencia en materia de responsabilidad parental. Este cambio de ubicación de la norma, junto con la nueva redacción dada por el legislador europeo al art. 15.1 RB II ter, lleva consigo un cambio importante que no puede pasar desapercibido.

178. En efecto, con el nuevo art. 15 RB II ter, la adopción de medidas provisionales por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro no competente para conocer del fondo solo está justificada con finalidades precautorias de la persona o bienes de un menor. Por tanto, en aquellos casos en que no existan menores o la finalidad de las medidas provisionales que se soliciten no sea la protección de la persona o de los bienes de un menor, solo será posible acudir en solicitud de medidas cautelares a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro competente para conocer del fondo del asunto.

179. Los requisitos acumulativos que impone el art. 15.1 RB II ter para que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro que no sean competentes para conocer del fondo del asunto puedan adoptar medidas provisionales son los siguientes:

180. 1º) Las medidas provisionales deben ser *urgentes*. El apartado 1 del art. 15 RB II ter comienza así: “En caso de urgencia, (...)”. Se exige así a quien pida las medidas cautelares que alegue y acredite razones de urgencia que justifiquen la solicitud de medidas provisionales ante un órgano juris-

⁹⁷ Sobre el significado de la expresión “medidas provisionales, incluidas las cautelares”, me remito al trabajo de F. GASCÓN INCHAUSTI, “Capítulo X. Medidas cautelares (art. 31 RB)”, en A. DE LA OLIVA SANTOS / F. GASCÓN INCHAUSTI (dirs.), *Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en la Unión Europea*, cit., pp. 312-322. Aunque este trabajo tiene por objeto el estudio de las medidas provisionales y cautelares en el Reglamento 44/2001, las consideraciones del autor acerca de esta noción son perfectamente trasladables al ámbito que ahora nos ocupa, toda vez que el concepto de medidas provisionales que emana de la jurisprudencia del TJUE es un concepto propiamente comunitario y autónomo del de los ordenamientos jurídicos internos. Del mismo autor, vid., también, *Medidas cautelares de proceso civil extranjero (Art. 24 del Convenio de Bruselas)*, Comares, Granada, 1998, pp.31-63.

diccional de un Estado miembro que no es el competente para conocer del fondo del litigio. El concepto de “urgencia” de esta disposición –*rectius*, del art. 20 RB II bis–, ha sido interpretado por el TJUE en el sentido de que “se refiere *a la vez* a la situación en la que se encuentra el menor y a la imposibilidad práctica de presentar la demanda sobre la responsabilidad parental ante el órgano jurisdiccional competente para conocer el fondo”⁹⁸. Esta interpretación del TJUE sobre el requisito de “urgencia” implica que la medida provisional solicitada no solo ha de ser urgente, en el sentido de necesaria, en atención a la situación en que se encuentra el menor, sino que dicha urgencia tiene que consistir también –“a la vez”, según el TJUE– en que el tiempo necesario para preparar y presentar la demanda ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro competente para conocer del fondo puede hacer ineficaz la medida cautelar que entonces se adopte. Y esto, a su vez, significa que, necesariamente, ha de tratarse de una solicitud de medidas cautelares *ante causam*, esto es, previa a la presentación de la demanda antes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro competente para conocer del fondo del litigio. No cabe, pues, la posibilidad de que se pidan medidas provisionales ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en el que está presente el menor o allí se encuentran sus bienes, una vez que ya se está tramitando el proceso principal ante los órganos jurisdicciones del Estado miembro competente.

181. 2º) Un órgano jurisdiccional de otro *Estado miembro* ha de ser competente para conocer sobre el fondo en virtud del RB II ter: la competencia para conocer del fondo debe corresponder necesariamente a un Estado miembro de la Unión Europea, ya sea por aplicación de la norma de competencia general del art. 7.1, ya sea por cualquiera de las otras normas de competencia del Reglamento (por ejemplo, un acuerdo de elección de foro en virtud del art. 10).

182. 3º) Las medidas provisionales deben adoptarse en relación con un menor que esté presente en dicho Estado o en el que se encuentren sus bienes. El art. 15 RB II ter no permite acudir en solicitud de una medida cautelar a los órganos jurisdiccionales de cualquier Estado miembro, sino que identifica los fueros internacionales a los que puede acudir. Según este precepto, la presencia del menor o de sus bienes en un Estado miembro es el punto de conexión comunitaria suficiente para atribuir competencia en materia cautelar a órganos jurisdiccionales no competentes en cuanto al fondo. De ordinario, las medidas provisionales son aplicables a menores que teniendo su residencia habitual en un Estado miembro residen con carácter temporal u ocasional en otro Estado miembro y se encuentran en una situación que puede perjudicar gravemente a su bienestar, incluida su salud, o a su desarrollo, por lo que está justificada la adopción inmediata de medidas de protección.

183. 4º) Las medidas provisionales solicitadas deben estar previstas en la legislación nacional de dicho Estado miembro. El Reglamento no contiene disposición material alguna relativa a la clase de medidas urgentes que han de aplicarse, sino que es competencia del legislador nacional establecer las medidas que las autoridades nacionales han de adoptar para preservar el interés superior del menor y fijar las modalidades procesales para su ejecución. Al tener lugar la adopción de tales medidas sobre la base de las disposiciones del Derecho nacional, su carácter vinculante ha de resultar de la legislación nacional de que se trate⁹⁹.

184. Dándose conjuntamente todos estos requisitos, el art. 15.1 RB II ter faculta a un órgano jurisdiccional que no es competente para conocer del fondo para adoptar, excepcionalmente, medidas provisionales. En la medida en que constituye una excepción al sistema de competencia previsto por el Reglamento, esta disposición debe interpretarse de modo estricto¹⁰⁰.

⁹⁸ STJUE de 23 de diciembre de 2009, *Deticěk*, C-403/09 PPU. En este mismo sentido, vid., STJUE de 15 de julio de 2010, *Purrucker*, C-256/09.

⁹⁹ Cfr. STJUE de 2 de abril de 2009, *A*, C-523/07.

¹⁰⁰ Cfr. STJUE de 23 de diciembre de 2009, *Deticěk*, C-403/09 PPU.

185. De acuerdo con el apartado 2 del art. 15 RB II ter, siempre que la protección del interés superior del menor lo exija, el órgano jurisdiccional que haya adoptado la medida provisional debe informar sin demora al órgano jurisdiccional o a la autoridad competente del Estado miembro de la residencia habitual del menor o, en su caso, a cualquier órgano jurisdiccional de un Estado miembro competente para conocer del fondo del asunto en virtud del Reglamento, ya sea directamente o por conducto de las autoridades centrales.

186. Con esta disposición, el legislador europeo incorpora al RB II ter la doctrina del TJUE sobre la necesidad de informar al órgano jurisdiccional competente para conocer del fondo del litigio tras la adopción de la medida cautelar. Preguntado sobre la necesidad o no de que tras la adopción de la medida cautelar se trasladen los autos al órgano jurisdiccional competente del otro Estado miembro –cuestión sobre la que el actual art. 20 RB II bis guarda silencio–, el TJUE en sentencia de 2 de abril de 2009, *A, C-523/07*, señaló que “tras la adopción de la medida cautelar, el órgano jurisdiccional nacional no está obligado a remitir el asunto al órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro. Sin embargo, siempre que la protección del interés superior del menor lo exija, el órgano jurisdiccional nacional que haya adoptado las medidas provisionales o cautelares, debe informar de ellas al órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro directamente o por conducto de la autoridad central designada (...)”.

187. La argumentación del TJUE en defensa de este deber de información es incontestable, a saber: “(...) las medidas provisionales o cautelares dejarán de aplicarse cuando el órgano jurisdiccional del Estado miembro competente para conocer del fondo haya adoptado las medidas que considere apropiadas. Habida cuenta de que las medidas provisionales o cautelares tienen carácter transitorio, las circunstancias vinculadas a la evolución física, psicológica e intelectual del menor pueden hacer necesaria la intervención temprana del órgano jurisdiccional competente para que se adopten las medidas definitivas. La necesidad y la urgencia de adoptar medidas definitivas deben apreciarse en función de la situación del menor, la evolución previsible de esta y la eficacia de las medidas provisionales o cautelares adoptadas. En estas circunstancias, la protección del interés superior del menor puede exigir que el órgano jurisdiccional nacional que haya adoptado las medidas provisionales o cautelares informe de ellas al órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro”.

188. Por último, el apartado 3 del art. 15 RB II ter, al igual que el actual art. 20.2 RB II bis, establece que las medidas provisionales adoptadas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro incompetente para conocer del fondo del asunto, “dejarán de ser aplicables tan pronto como el órgano jurisdiccional del Estado miembro competente para conocer del fondo haya adoptado las medidas que considere apropiadas”. Esta norma no hace más –ni menos– que recoger uno de los elementos caracterizadores de las medidas cautelares, su *provisionalidad* en el tiempo. Previene, además, todo riesgo de contradicción entre una resolución de adopción de medidas provisionales y una resolución adoptada por el órgano jurisdiccional competente para conocer del fondo del asunto, puesto que la primera dejará de aplicarse cuando el órgano jurisdiccional competente para conocer del fondo haya adoptado las medidas que considere adecuadas¹⁰¹. La novedad de esta disposición está también en el deber que se impone al órgano jurisdiccional de informar de su decisión al órgano que adoptó las medidas cautelares, directamente o a través de las autoridades centrales designadas.

189. Por último, en la materia que nos ocupa merece destacarse la STJUE de 23 de diciembre de 2009, *Deticěk, C-403/09 PPU*, en la que el Tribunal de Justicia sienta las directrices sobre cómo aplicar las medidas cautelares en los casos de *sustracción de menores*. Esta sentencia resuelve una cuestión prejudicial presentada por el Tribunal de apelación de Maribor (Eslovenia), en el marco de un litigio entre la Sra. *Deticěk* y el Sr. *Sguelgia*, en relación con la custodia de su hija. En este caso, la madre había trasladado *ilícitamente* a la menor de Italia a Eslovenia el mismo día en que un tribunal italiano, competente para conocer sobre el fondo en materia de responsabilidad parental, había dictado una resolución concediendo

¹⁰¹ Cfr. STJUE de 9 de noviembre de 2010, *Purrucker*, C-296/10.

provisionalmente al padre la custodia exclusiva de la menor y ordenando el alojamiento *provisional* de la menor en una casa de acogida en Roma; resolución que fue declarada ejecutiva en Eslovenia. Con posterioridad, la Sra. *Deticěk* presentó ante un tribunal esloveno una demanda de medidas provisionales y cautelares solicitando que se le concediera la custodia de la menor. El tribunal esloveno estimó la demanda y le concedió provisionalmente la custodia de la hija. Fundó su competencia en el art. 20 RB II bis, apoyándose en el *cambio de circunstancias* producido desde que el tribunal italiano adoptó la medida provisional que atribuía la custodia exclusiva de la menor a su padre, consistente en que la menor se había integrado en su entorno social en Eslovenia y que su regreso a Italia y su acogimiento forzoso en una casa de acogida serían contrarios a su bienestar, puesto que le provocarían un trauma físico y psíquico irreversible. En circunstancias como las del litigio principal, el TJUE realizó las siguientes declaraciones:

190. 1ª) Las circunstancias invocadas no permiten fundamentar la existencia de *urgencia* en el sentido del art. 20 RB II bis. El reconocimiento de una situación de urgencia en un caso como este sería contrario al principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales dictadas en los Estados miembros instaurado por el Reglamento, principio que se basa en el principio de confianza mutua entre los Estados miembros.

191. 2ª) Si un cambio de circunstancias como la integración de un menor en su nuevo entorno fuera suficiente para autorizar a un órgano jurisdiccional no competente para conocer sobre el fono a adoptar una medida provisional que modifique la medida en materia de responsabilidad parental adoptada por el órgano jurisdiccional competente para conocer del fondo, la posible lentitud del procedimiento de ejecución en el Estado miembro requerido contribuiría a crear las circunstancias que permitirían al primer órgano jurisdiccional impedir la ejecución de la resolución judicial declarada ejecutiva.

192. 3ª) El art. 20 RB II bis no puede interpretarse de modo que viole los derechos fundamentales del menor enunciados en el art. 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, entre los que se encuentra el derecho del menor “a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses”. A este respecto debe señalarse que el traslado ilícito de una menor, como consecuencia de una decisión adoptada unilateralmente por uno de sus progenitores, priva a menudo a dicho menor de la posibilidad de mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con el otro progenitor.

193. 4ª) El art. 20 RB II bis no puede interpretarse de modo que pueda servir de instrumento al progenitor que ha trasladado ilícitamente al menor con el fin de prolongar la situación de hecho creada por su comportamiento ilícito o de legitimar los efectos de dicho comportamiento. Una interpretación así sería contraria al objetivo del Reglamento, que es evitar los traslados o retenciones ilícitos de menores entre Estados miembros

194. 5ª) El art. 20 RB II bis debe interpretarse en el sentido de que “no permite que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro adopte una medida provisional en materia de responsabilidad parental que otorgue la custodia de un menor que se encuentra en el territorio de dicho Estado miembro a uno de los progenitores cuando un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, competente en virtud del mencionado Reglamento para conocer del fondo del litigio sobre la custodia del menor, ya ha dictado una resolución judicial que concede provisionalmente la custodia de dicho menor al otro progenitor y esta resolución judicial ha sido declarada ejecutiva en el territorio del primer Estado”.

7. Competencia para conocer de cuestiones incidentales relacionadas con la responsabilidad parental

195. El RB II ter pone fin a las normas de competencia en materia de responsabilidad parental con una *nueva* norma, el art. 16, inexistente en el RB II bis, referida a la competencia para conocer de cuestiones incidentales relacionadas con esta materia.

196. Así, de conformidad con el apartado 1 del art. 16 RB II ter, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro que estén conociendo de un procedimiento en una materia no perteneciente al ámbito de aplicación del Reglamento, tendrán competencia para conocer y resolver una cuestión incidental relacionada con la responsabilidad parental de la que dependa el resultado del procedimiento, aun cuando dicho Estado miembro no sea competente en virtud del presente Reglamento. Por cuestión incidental debe entenderse toda aquella que requiere de una decisión específica y distinta de la que resuelve sobre el objeto principal del proceso, por suscitarse sobre asuntos relacionados con dicho objeto. Así, por ejemplo, si en un procedimiento en materia de sucesiones que afecta a un menor es preciso designar un tutor *ad litem* para que represente al menor en el marco de ese procedimiento, el Estado miembro competente para conocer del litigio en materia de sucesiones –como regla, el de la residencia habitual del causante– también tiene competencia para designar a dicho tutor para el procedimiento pendiente, con independencia de que sea o no competente para las cuestiones de responsabilidad parental el virtud del presente Reglamento¹⁰².

197. De conformidad con el apartado 2 del art. 16.2 RB II ter, la decisión sobre la cuestión incidental relacionada con la responsabilidad parental “solo tendrá efecto en el procedimiento en cuyo marco se haya dictado”, es decir, no tendrá fuerza de cosa juzgada, dejando a salvo el derecho de las partes de debatir y resolver dicha cuestión ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro que sean competentes para su resolución.

198. El art. 16 RB II ter termina con una disposición relativa a una cuestión incidental específica suscitada en el marco de un procedimiento de sucesión. En algunos casos, la validez de un acto jurídico realizado o que vaya a realizarse en nombre de un menor en un procedimiento de sucesión –p.ej. la aceptación o la renuncia de una herencia o un acuerdo entre las partes sobre la partición o la distribución del patrimonio– requiere la autorización o la aprobación de un órgano jurisdiccional. De ser así, el apartado 3 del art. 16 RB II ter atribuye competencia para decidir si autoriza o aprueba el acto jurídico al órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que se está tramitando el procedimiento de sucesión, aun cuando no sea competente en virtud del presente Reglamento.

199. Finalmente, el apartado 4 del art. 16 RB II ter prevé la aplicación del deber de información previsto en el art. 15.2 en materia de medidas provisionales. Así, en la medida en que el interés del menor lo exija, el órgano jurisdiccional que haya decidido la cuestión incidental debe informar sin demora al órgano jurisdiccional o a la autoridad competente del Estado miembro competente para conocer de la materia de responsabilidad parental, ya sea directamente o por conducto de las autoridades centrales designadas.

8. Comprobación de la competencia

200. Para garantizar la aplicación efectiva del Reglamento y conforme al principio de la confianza mutua en el que se basa, corresponde a cada órgano jurisdiccional verificar su competencia. Si el órgano jurisdiccional de un Estado miembro considera que, con arreglo al presente Reglamento, carece de competencia para conocer del fondo del asunto y que una autoridad de otro Estado miembro es competente en cuanto al fondo, debe declarar de oficio que no es competente (art. 18 RB II ter)¹⁰³.

201. Preguntado el TJUE si el órgano jurisdiccional, además de declararse incompetente, debe remitir el asunto al órgano jurisdiccional del otro Estado miembro, el Tribunal ha declarado lo siguiente: “el órgano jurisdiccional de un Estado miembro, en el supuesto de que carezca de toda competencia, deberá declararse de oficio incompetente *sin estar obligado a remitir* el asunto a otro órgano jurisdiccional. Sin

¹⁰² Cfr. Considerando 32 RB II ter.

¹⁰³ El art. 18 RB II ter se corresponde con el art. 17 RB II bis, según la tabla de correspondencias que figura en el Anexo X.

embargo, siempre que la protección del interés superior del menor lo exija, el órgano jurisdiccional nacional que se haya declarado de oficio incompetente *deberá informar* de ello al órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro directamente o por conducto de la autoridad central designada (...)”¹⁰⁴.

VI. Conclusión

202. Por lo que se refiere a la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental, el nuevo Reglamento (UE) 2019/1111 consigue el objetivo perseguido y anunciado por el legislador europeo en el primero de los considerandos, consistente en refundir el actual Reglamento (CE) n°. 2201/2003 “en aras de la claridad”. Y es que, aunque el nuevo Reglamento mantiene en esencia el complejo sistema de foros de competencia judicial internacional de su predecesor, prácticamente todas sus normas ganan en claridad expositiva.

203. La Sección 2 del Capítulo II del nuevo Reglamento (arts. 7 a 16) está dedicada íntegramente a la competencia en materia de responsabilidad parental. Se mantiene como foro general el de la residencia habitual del menor, así como el resto de foros del Reglamento (CE) n°. 2201/2003. No obstante, esta Sección ha sido reestructurada para incorporar en ella la norma de competencia para la adopción de medidas provisionales o cautelares por tribunales no competentes para conocer del fondo del asunto (art. 15), que en el actual Reglamento (CE) n°. 2201/2003 se halla comprendida dentro de las Disposiciones comunes. Con este cambio, esta norma de competencia deja de ser aplicable a la materia matrimonial y queda reservada en exclusiva a la responsabilidad parental.

204. Aunque algunos de los foros de competencia se mantienen intactos, en otros se han introducido modificaciones importantes. Así, cabe destacar que el nuevo art. 10, a diferencia del art. 12 del Reglamento (CE) n°. 2201/2003, no condiciona ya en absoluto la elección de foro a la existencia de un procedimiento conexo pendiente ante los tribunales del Estado miembro elegido por las partes, ni matrimonial ni de ningún otro tipo, incorporándose así la jurisprudencia del TJUE sobre este, hasta ahora, controvertido asunto. Por otra parte, en este precepto se incluye también la exigencia de que el tribunal, antes de asumir su competencia, se asegure de que todas las partes han sido informadas de su derecho a impugnar la competencia. Solo en ese caso se entenderá “aceptada expresamente” la competencia a los efectos de esta norma. Se añade, además, que la competencia fundada en este foro se ejercerá con carácter exclusivo.

205. El actual art. 15, en el que se regula el *forum non conveniens*, se ha desdoblado en dos preceptos (arts. 12 y 13 en el nuevo Reglamento), con lo que se consigue aportar claridad a este foro. En el art. 12 se regula la remisión de competencia a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro reputado *conveniens* de oficio o a instancia de parte, y en el art. 13 la transferencia de competencia a petición de un tribunal de otro Estado miembro. Además, en caso de que la remisión se efectúe de oficio o a petición de un tribunal de otro Estado miembro se suprime la exigencia actual del consentimiento de al menos una de las partes.

206. En relación con la adopción de medidas cautelares por un tribunal no competente para conocer del fondo del asunto, se establece de forma expresa el deber de informar sin demora de la medida adoptada al órgano competente, siempre que la protección del interés del menor lo exija. Por último, el Reglamento introduce una nueva norma de competencia para resolver cuestiones incidentales relacionadas con la responsabilidad parental.

207. En positivo, hay que destacar también que el nuevo Reglamento incorpora en muchos de sus considerandos las declaraciones efectuadas por el TJUE en estos más de 15 años de vigencia del actual Reglamento sobre el sentido en que han de interpretarse sus normas de competencia.

¹⁰⁴ STJUE de 2 de abril de 2009, A, C-523/07).

208. No obstante las mejoras introducidas, el Reglamento sigue sin dar respuesta a algunas cuestiones. Entre otras, sigue sin resolverse si el foro de elección del órgano jurisdiccional del nuevo art. 10 resulta aplicable aun cuando el menor tenga su residencia habitual en un tercer Estado. Nada se dice, tampoco, sobre la posibilidad de remitir la competencia en favor de un tribunal de un tercer Estado, lo que genera una considerable incertidumbre, sobre todo, en relación con terceros Estados que no son parte contratante del Convenio de La Haya de 1996, tal y como señaló la Comisión en su Informe sobre la aplicación del Reglamento (CE) n°. 2201/2003. Y, puestos a echar en falta, hay que señalar que el nuevo Reglamento en materia de responsabilidad parental, a diferencia de los más recientes instrumentos comunitarios en materia de Derecho de familia, no contiene un *forum necessitatis*.

¿HACIA UN MODELO EUROPEO DE TUTELA COLECTIVA?

TOWARDS A EUROPEAN SYSTEM OF COLLECTIVE REDRESS?

FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI

Catedrático de Derecho Procesal

Universidad Complutense de Madrid

Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR)

Recibido: 11.06.2020 / Aceptado: 23.06.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5672>

Resumen: El legislador europeo acaba de aprobar una nueva directiva acerca del ejercicio de acciones de representación para la defensa de los derechos e intereses de los consumidores. El camino recorrido para llegar aquí ha sido arduo y refleja las diversas pulsiones que se enfrentan en esta materia: de un lado, la asunción de que sin herramientas que permitan la tutela colectiva no será posible lograr la plena eficacia del Derecho de consumo; de otro, el temor a que las acciones colectivas «a la europea» se utilicen de forma abusiva y acaben pareciéndose demasiado a las *class-actions* estadounidenses, con todo lo que llevan asociado. Sobre esta base, se analizan las opciones tomadas en relación con los elementos clave del sistema, como la legitimación, las modalidades de tutela, el acceso a las fuentes de prueba, la eficacia de resoluciones anteriores, las transacciones y la financiación. A pesar de los avances, el legislador europeo está promoviendo una armonización de alcance muy limitado, que permite dudar de la existencia de un genuino modelo europeo de tutela colectiva.

Palabras clave: tutela colectiva, acciones colectivas, acciones de representación, legitimación, acciones de cesación, acciones de reparación, financiación de litigios, transacciones colectivas.

Abstract: The European lawmaker has just approved a new directive on representative actions for the protection of the collective interests of consumers. The road travelled to get here has been arduous and reflects the various drives that are faced in this matter: on the one hand, the assumption that without tools that allow collective redress it will not be possible to achieve the full effectiveness of consumer law; on the other, the fear that *European-style* collective actions will be used in an abusive way and end up looking too much like American class-actions, with everything associated to them. On this basis, the paper analyses the choices made as to the key elements of the system, such as legal standing, available remedies, access to sources of evidence, the effects of previous final decisions, settlements or funding. Despite the progress, the lawmaker is promoting a very limited harmonization, which casts doubt on the existence of a genuine European model of collective redress.

Keywords: collective redress, collective actions, representative actions, legal standing, injunctions, actions for redress, litigation funding, collective settlements.

* Este trabajo fue preparado para ser defendido en el Seminario «Hacia un proceso civil convergente con Europa: balance de situación», dirigido por la Prof. Pilar Peiteado Mariscal y por mí mismo, que debería haberse celebrado en la Facultad de Derecho de la UCM el 25 de junio de 2020 y que tuvo que ser suspendido a consecuencia de la pandemia asociada a la Covid-19. Es uno de los resultados del proyecto de investigación “Hacia un proceso civil convergente con Europa. Hitos presentes y retos futuros” (PGC2018-094693-B-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

Sumario: I. La tutela colectiva de los consumidores en la agenda legislativa de la Unión Europea: una trayectoria algo errática desde el Libro Verde de 2005 hasta la Directiva de 2020. 1. Primeras aproximaciones de las instituciones europeas a la tutela colectiva. 2. La Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013. 3. La Propuesta de Directiva de 11 de abril de 2018 y la Directiva de 30 de junio de 2020. II. Elementos definitorios del nuevo sistema. 1. Armonización de mínimos. 2. Ámbito. A). Ámbito material; B). Ámbito temporal. 3. Legitimación para el ejercicio de las acciones representativas. A) Exigencias diversas en función del carácter nacional o transfronterizo de la acción. B) Los estándares europeos para la atribución de legitimación extraordinaria de cara al ejercicio de acciones colectivas. C) Controles al ejercicio de acciones por las entidades legitimadas. D). Título de legitimación de las entidades habilitadas. 4. Tutelas disponibles: la accionabilidad colectiva. A) Pretensiones de cesación. B) Pretensiones de reparación. 1º. Contenido de la tutela reparatoria; 2º. ¿Opt-in u opt-out?; 3º. Eficacia de la tutela reparatoria. C). Relaciones entre cesación y reparación. 5. Herramientas procesales para reforzar la eficacia de las acciones representativas. A) Acceso a pruebas. B) Eficacia de resoluciones judiciales y administrativas previas. C) Relación entre procesos conexos. D) ¿Exigencias procedimentales? 6. Transacciones. 7. Financiación y costas. III. A modo de conclusión provisional: ¿puede existir un modelo europeo de tutela colectiva, más allá del rechazo al modelo estadounidense?

I. La tutela colectiva de los consumidores en la agenda legislativa de la Unión Europea: una trayectoria algo errática desde el Libro Verde de 2005 hasta la Directiva de 2020

1. Primeras aproximaciones de las instituciones europeas a la tutela colectiva

1. En el ámbito de la Unión Europea, las cuestiones que suscita la tutela colectiva de los derechos se han vinculado primordialmente al ámbito del consumo. No es este, obviamente, el único sector del ordenamiento para el que las técnicas de tutela colectiva podrían ser adecuadas o incluso necesarias en el plano civil: lo mismo puede decirse del medio ambiente, la defensa de la competencia y la protección de datos personales, por citar algunas materias en relación con las cuales se ha proyectado ya la acción normativa de las instituciones europeas. Los esfuerzos hasta ahora, sin embargo, se han centrado de manera preferente en el ámbito del consumo y este es, sin duda, un factor que no puede ignorarse: aunque sea de forma inconsciente, se piensa habitualmente en consumo cuando se aborda la tutela colectiva de los derechos, tanto en la Unión Europea como en la mayoría de los sistemas nacionales. Por ello, el tratamiento de la tutela colectiva de los derechos se ha desarrollado en la agenda legislativa europea en paralelo a las singularidades asociadas a una adecuada tutela de los derechos de los consumidores.

2. Ofrecer un elevado nivel de protección a los consumidores ha sido, casi desde sus inicios, un objetivo primordial de las instituciones europeas, por razones en las que no hace falta detenerse. La estrecha vinculación entre consumo y mercado interior, además, atribuyó a la Comunidad –primero– y a la Unión –después– competencia para la elaboración normativa en este sector, que se ha traducido en la aprobación de un número muy elevado de directivas y reglamentos. Inicialmente se trataba, sobre todo, de reconocer derechos a consumidores y usuarios frente a empresarios y profesionales, desde un punto de vista sustantivo¹: de forma paulatina el legislador europeo ha ido ocupándose así de regular la posición de los consumidores en los más variados sectores de la contratación. El Derecho de consumo en los Estados miembros es, por ello, una parcela del ordenamiento de regulación primordialmente europea, sin perjuicio de desarrollos o refuerzos normativos nacionales.

3. La progresiva construcción del Espacio Europeo de Justicia permitió fijar también la atención en los instrumentos para lograr una tutela eficaz en caso de infracción de los derechos e intereses de los consumidores. En el plano de los litigios individuales –consumidor frente a profesional, o viceversa–, ya el Convenio de Bruselas de 1968 contenía fueros especiales en materia de consumo, que en la práctica

¹ Empezando, si se recuerda, por la responsabilidad derivada de productos defectuosos (cfr. Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, DO L 210 de 7.8.1985).

reconocían a los consumidores el derecho a «litigar en casa», tanto si eran demandantes como si eran demandados. Esta especial línea de protección procesal en los litigios transfronterizos se ha mantenido en instrumentos posteriores (v.g., a la hora de expedir un título ejecutivo europeo o un requerimiento de pago europeo frente a un consumidor). Además, la protección a título individual de los consumidores se ha visto reforzada a través de una apuesta clara de las instituciones europeas por los sistemas de solución alternativa de controversias: tras la directiva sobre ADR de consumo² los Estados miembros están obligados a asegurar la existencia de sistemas de solución extrajudicial de litigios que cumplan unos estándares elevados de calidad.³

4. El legislador europeo ha tardado, sin embargo, algo más en ofrecer mecanismos para afrontar de forma integral y eficaz la dimensión colectiva de las infracciones a los derechos de los consumidores. En 1998 se aprobó la directiva sobre acciones de cesación⁴, gracias a la cual los Estados miembros se vieron forzados a introducir en sus ordenamientos acciones cesatorias e inhibitorias frente a conductas lesivas de los derechos de los consumidores. Se trató, sin duda, de un paso significativo, pues este tipo de acciones sirven para dispensar tutela colectiva *lato sensu*, aunque no siempre tengan incidencia directa en la esfera individual de los sujetos afectados. De hecho, en 2009 el sistema fue objeto de ciertas adaptaciones y mejoras a través de una nueva directiva⁵, aunque se mantuvo la limitación en cuanto al contenido de la tutela que podía dispensarse por esta vía: cesaciones y prohibiciones impuestas a los profesionales en beneficio de los consumidores, pero no prestaciones positivas y concretas a favor de estos.

5. La asignatura pendiente hasta ahora, por ello, ha sido la definición por parte de las instituciones europeas de posibles herramientas que permitan dispensar de forma colectiva tutela judicial a situaciones individualizadas en que se haya producido una lesión a los derechos de un número elevado de personas: se trata, en otros términos, de abrir las puertas al ejercicio de genuinas acciones colectivas de contenido resarcitorio o indemnizatorio.

6. La primera muestra clara de que podría entrar dentro de las intenciones del legislador europeo abordar una regulación de este tipo de pretensiones, de hecho, no se produjo directamente en el ámbito del consumo, sino en un sector singular en que los consumidores pueden verse perjudicados de forma generalizada, como son los daños derivados de infracciones a las normas sobre competencia. En diciembre de 2005 la Comisión hizo público el Libro Verde «Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia»⁶. Entre las cuestiones que planteaba la Comisión se hallaba la posibilidad de proteger mediante acciones colectivas los derechos de consumidores y compradores con pequeñas reclamaciones, lo que permitiría «reunir toda una serie de pequeñas indemnizaciones en una demanda, ahorrando así tiempo y dinero»⁷. El trinomio «daños *anti-trust* – tutela de los consumidores – acciones colectivas» se mantiene más adelante, cuando la Comisión avanza en la iniciativa aprobando en abril de 2008 el Libro Blanco «relativo a las acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia»⁸. La Comisión insiste en advertir del riesgo de que tanto los consumidores individuales como las pequeñas empresas renuncien a reclamar los daños puntuales y de poco valor relativo, con el consiguiente debilitamiento de

² Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) no 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo) (DO L 165, de 18 de junio de 2015, pp. 63-79).

³ Sobre esto, por todos, cfr. M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, “On minimum standards in Consumer ADR”, en R. CAPONI, F. GASCÓN INCHAUSTI, M. STÜRNER (eds.), *The Role of Consumer ADR in the Administration of Justice. New Trends in Access to Justice under EU Directive 2013/11*, Sellier, Munich, 2015, pp. 131-148.

⁴ Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (DO L 166, 11.6.1998).

⁵ Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (DO L 110, 1.5.2009).

⁶ COM(2005) 672 final, de 19 de diciembre de 2005.

⁷ Cfr. p. 9 del Documento COM(2005) 672 final.

⁸ COM(2008) 165 final, de 2 de abril de 2008.

las normas sobre defensa de la competencia. A su juicio, el remedio pasa por combinar «dos mecanismos complementarios de recurso colectivo», las llamadas «demandas en representación» —entabladas por entidades habilitadas, como asociaciones de consumidores, organismos estatales o asociaciones comerciales, en nombre de víctimas identificadas o identificables— y las «demandas colectivas» o grupales —en las que las víctimas deciden expresamente aunar en una sola sus demandas individuales por los daños sufridos—. ⁹ Posiblemente ni una ni otra sean genuinas acciones colectivas en el sentido en que dicho término se entiende en ciertos sectores de la doctrina y, desde luego, no encajan en la noción de las *class actions* del Derecho estadounidense. Pero al sugerir su adecuación como instrumento para un *private enforcement* más efectivo, la Comisión advierte de dos cosas: que está en la esfera de competencia de las instituciones europeas adoptar medidas normativas en relación con estos mecanismos de tutela colectiva y, sobre todo, que tiene intención de impulsarlos. En relación con esto último, resulta significativo el anuncio que se hace: «*Estas sugerencias de acciones de reparación de daños y perjuicios en el ámbito de la defensa de la competencia forman parte de una amplia iniciativa de la Comisión para consolidar mecanismos de recursos colectivos en la UE que pueden seguir desarrollándose en este contexto.*» ¹⁰

7. Pocos meses después (todavía en 2008), de hecho, la Comisión cumple con lo anunciado presentando un nuevo Libro Verde «sobre recurso colectivo de los consumidores» ¹¹: a partir de ese momento, los caminos de los daños *antitrust* y de las acciones colectivas se separan a efectos de elaboración normativa.

8. La iniciativa para regular las acciones de daños por infracciones a las normas sobre competencia culminó, como es sabido, con la aprobación de la Directiva 2014/104/UE ¹², sin previsión alguna en relación con la tutela colectiva de los derechos: la propia propuesta inicial formulada por la Comisión en 2013 ¹³ omite cualquier referencia a un posible ejercicio colectivo de los derechos; y el considerando 13 de la Directiva establece una suerte de regla de no interferencia: «La presente Directiva no debe exigir a los Estados miembros que introduzcan mecanismos de recurso colectivo para la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE.» La razón ofrecida es la conveniencia de abordar los problemas que suscita la litigación colectiva de forma horizontal y homogénea, en vez de sectorial. Y es que, de hecho, el mismo día en que se presentó la propuesta de directiva de acciones de daños —el 11 de junio de 2013— se aprobó también un texto básico, la Recomendación de la Comisión «sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión». ¹⁴ Esta Recomendación es uno de los hitos más relevantes hasta la fecha, aunque tampoco —como puede intuirse— surgió de forma espontánea.

2. La Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013

9. En 2008, el Libro Verde sobre recurso colectivo de los consumidores, a pesar de presentarse como respuesta *horizontal* a la cuestión de la tutela colectiva, toma como eje principal para el debate la protección de los consumidores y valora, entre otras posibilidades, la adopción de «una medida comunitaria vinculante o no vinculante para garantizar la existencia de un mecanismo judicial de recurso colectivo en todos los Estados miembros» —en relación con la cual se detectan posibles problemas o dificultades, como la financiación, la legitimación activa, la preferencia por un modelo *opt-in* u *opt-out* o el peligro de que se presenten demandas infundadas. ¹⁵

⁹ Cfr. pp. 4 y 5 del Documento COM(2008) 165 final.

¹⁰ Cfr. p. 5 del Documento COM(2008) 165 final.

¹¹ COM(2008) 794 final, de 27 de noviembre de 2008.

¹² Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (DO L 349, de 5 de diciembre de 2014, pp. 1-19).

¹³ Propuesta de Directiva de 11 de junio de 2013 [COM(2013) 404 final].

¹⁴ DO L 201, de 26 de julio de 2013, pp. 60-65.

¹⁵ Cfr. pp. 14-16 del Documento COM(2008) 794 final.

10. El 4 de febrero de 2011 la Comisión Europea lanzó una Consulta Pública con el título «Hacia un planteamiento europeo más coherente del recurso colectivo»,¹⁶ con el objetivo de recabar perspectivas y opiniones adicionales. A ello le siguió, un año más tarde, la Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2012, «Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo»¹⁷, que sustancialmente refrendaba la labor desarrollada por la Comisión hasta entonces e instaba a la aprobación de normas vinculantes y de carácter horizontal que permitieran un reforzamiento de la tutela en sectores como el consumo.

11. La aprobación de la Recomendación de 11 de junio de 2013 –simultánea, recuérdese, a la de la propuesta de directiva sobre reparación de daños por conductas contrarias a las normas de competencia– tiene varias posibles lecturas. Se presenta, de un lado, para demostrar que la Unión Europea no ha abandonado la cuestión de la tutela colectiva de ciertos derechos, a pesar de no haber podido llegar a un punto de iniciativa legislativa similar al alcanzado respecto de las acciones de daños por infracciones a las normas sobre competencia. Y, en esa misma medida, supone la asunción de que, al menos por el momento, resulta preferible optar por un instrumento no vinculante para los Estados miembros. La elección de una herramienta de *soft-law* permite también a la Comisión presentar un modelo relativamente claro de tutela colectiva de los derechos, que pivota sobre dos ejes: el «recurso colectivo de cesación» y el «recurso colectivo de indemnización».¹⁸ En cuanto a lo primero, la Recomendación es más bien conservadora y reitera las opciones de política legislativa que ya subyacen a la Directiva de 2009, al tiempo que insiste en la necesidad de arbitrar un sistema de medidas cautelares que permitan con rapidez evitar perjuicios irreparables, así como en el deber de los Estados miembros de establecer sanciones adecuadas que aseguren la efectividad de las órdenes de cesación.¹⁹ Lo realmente innovador de la Recomendación es, por supuesto, lo relativo al sistema de tutela colectiva resarcitoria o indemnizatoria. Y en esto, el enfoque de la Comisión es bastante directo: en el texto de 2013 resulta posible identificar algunas *policies* claras, agrupadas en torno a un rechazo poco disimulado de todo lo que pudiera evocar una adopción en suelo europeo de las *class-actions* estadounidenses.²⁰ Por ello, la Comisión recomienda a los Estados miembros que se decanten por establecer un sistema *opt-in* o de participación voluntaria²¹, al tiempo que les insta a establecer normas en materia de fijación de honorarios que no incentiven este tipo de litigios²², a prohibir los llamados «daños punitivos»²³ y a establecer límites y controles a la financiación por terceros.²⁴

¹⁶ Documento SEC/2011/0173 FIN.

¹⁷ 2011/2089(INI).

¹⁸ Cfr., entre otros, *Statement of the European Law Institute on Collective Redress and Competition Damages Claims* (2014), esp. pp. 11-60 (accesible en https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/S-5-2014_Statement_on_Collective_Redress_and_Competition_Damages_Claims.pdf); E. SILVESTRI, "Towards a common framework of Collective Redress in Europe? An Update of the latest Initiatives of the European Commission", *Russian Law Journal*, 1, 2013, pp. 46-56; A. MONTESINOS GARCÍA, «Últimas tendencias en la Unión Europea sobre las acciones colectivas de consumo. La posible introducción de fórmulas ADR», REDUR 12, diciembre 2014, pp. 87-112 (accesible también en <https://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero12/montesinos.pdf>); S. COROMINAS BACH, "Hacia una futura regulación de las acciones colectivas en la Unión Europea (la Recomendación de 11 de junio de 2013)", *Revista General de Derecho Europeo*, 34 (octubre 2014), pp. 1-30; A. PLANCHADELL GARGALLO, "Los retos de Europa ante la litigación colectiva", en I. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, J. VEGAS TORRES (coords.), *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, Ramón Areces, Madrid, 2016, Vol. II, pp. 2615-2633.

¹⁹ Cfr. los apartados 19 y 20 de la Recomendación.

²⁰ La Recomendación, no obstante, también fue recibida con críticas: cfr. A. STADLER, "Die Vorschläge der Europäischen Kommission zum kollektiven Rechtsschutz in Europa – der Abschied von einem kohärenten europäischen Lösungsansatz?", *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*, 2013-5, pp. 281-292; C.I. NAGY, "The European Collective Redress Debate after the European Commission's Recommendation: One Step Forward, Two Steps Back?", *Maastricht journal of European and comparative law*, 2015-4, pp. 530-552; C. MELLER-HANNICH, "Kollektiver Rechtsschutz in Europa und Europäischer Kollektiver Rechtsschutz", *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*, 2014-2, pp. 92-98; G. BARKER, B.P. FREYENS, "The economics of the European Commission's recommendation on collective redress", en E. LEIN, D. FAIRGRIEVE, M. OTERO CRESPO, V. SMITH (eds.), *Collective redress in Europe: why and how?*, British Institute of International and Comparative Law, 2015, pp. 5-30.

²¹ Cfr. los apartados 21 a 24 de la Recomendación.

²² Cfr. los apartados 29 y 30 de la Recomendación.

²³ Cfr. el apartado 31 de la Recomendación.

²⁴ Cfr. los apartados 14 a 16 y 32 de la Recomendación.

12. A pesar del margen de flexibilidad que ofrecía a los Estados miembros, lo cierto es que la Recomendación de 2013 no produjo los efectos deseados. Tanto antes como después de su publicación los Estados miembros desarrollaron sus propias políticas en materia de acciones colectivas resarcitorias sin tener especialmente en cuenta las propuestas procedentes de la Unión Europea. El panorama, por ello, distaba mucho de ser homogéneo en cuestiones básicas, como la legitimación activa, la dicotomía *opt-in/opt-out*, el control judicial sobre el ejercicio de la acción y los efectos de una eventual resolución o acuerdo transaccional que ponga fin al litigio; ni siquiera todos disponían de un sistema de acciones colectivas que cubriera los mínimos recomendados por la Comisión.²⁵

3. La Propuesta de Directiva de 11 de abril de 2018 y la Directiva de 30 de junio de 2020

13. Esta situación, sin duda, ha incitado a la Comisión a dar un paso adelante y adentrarse en la senda de la aproximación de legislaciones y de la armonización forzosa, impulsando la elaboración de una directiva sobre acciones colectivas. En concreto, el 11 de abril de 2018 la Comisión Europea lanzó el *New Deal for Consumers*²⁶, un paquete de medidas e iniciativas destinadas a reforzar desde ángulos muy diversos la protección de los consumidores. Y dentro de este marco general se incluía una Propuesta de Directiva relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores²⁷. De nuevo, pues, el propósito de abordar la tutela colectiva de forma horizontal se acaba traduciendo, en la práctica, en centrar la atención en el ámbito del consumo, aunque, como se verá seguidamente, el *iter* legislativo ha conducido a la expansión de la norma al ámbito de la protección de datos. Y es que, como sucede habitualmente, existen notables diferencias entre la propuesta inicial de la Comisión y el texto que ha acabado aprobándose dos años después. El 26 de marzo de 2019 el Parlamento Europeo presentó su informe²⁸, con una serie de modificaciones de relevancia. El Consejo, por su parte, aprobó el 28 de noviembre de 2019 su posición común²⁹ en la que, como era de esperar, discrepaba del Parlamento y de la Comisión en aspectos de cierta trascendencia. La crisis generada por la pandemia de la Covid-19 demoró la tramitación, que pudo culminar el 30 de junio de 2020 con la aprobación de la Directiva.³⁰

14. Como se verá seguidamente, la directiva aprobada tiene un contenido primordialmente procesal, aunque también se adentra en el terreno del derecho sustantivo (v.g., al definir el contenido de las acciones o al afectar a las normas sobre prescripción). Su base jurídica, sin embargo, no se halla en el art.

²⁵ Así se desprende del Informe sobre la aplicación de la Recomendación publicado por la Comisión el 25 de enero de 2018 [Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Recomendación de la Comisión, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión (2013/396/UE), COM(2018) 40 final]. Para una visión comparada, en doctrina, cfr. V. HARSÁGI / C.H. VAN RHEE (eds.), *Multi-party redress mechanisms in Europe: squeaking mice?*, Intersentia, Cambridge, 2014; A. PLANCHADELL GARGALLO, *Las "acciones colectivas" en el ordenamiento jurídico español. Un estudio comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 345-497.

²⁶ Para la «presentación en sociedad» de este «nuevo acuerdo», cfr. la nota de prensa elaborada por la propia Comisión: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-3041_es.htm.

²⁷ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE [COM/2018/184 final - 2018/0089 (COD)], accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1523948214440&uri=CELEX:52018PC0184>. Para una primera aproximación a su contenido, cfr. A. MONTESINOS GARCÍA, «La propuesta de directiva para la tutela colectiva de los consumidores en la Unión Europea», *Actualidad civil*, 2018-9; J. MARTÍN PASTOR, «La tutela de los intereses colectivos de los consumidores en España y en la Unión Europea: de las acciones colectivas de cesación a las acciones representativas de cesación y reparación», en T. ARMENTA DEU, S. PEREIRA PUIGVERT (coords.), *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2018, pp. 93-120.

²⁸ Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 26 de marzo de 2019, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE (COM(2018)0184 – C8-0149/2018 – 2018/0089(COD))

²⁹ https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_14600_2019_INIT&from=EN

³⁰ El texto aprobado, en versión inglesa y pendiente de revisión lingüística y ajustes formales, está disponible en https://www.consilium.europa.eu/media/44766/st09223-en20.pdf?utm_source=dsms-auto&utm_medium=email&utm_campaign=E+U+consumers+obtain+access+to+collective+redress.

81.2 TFUE –que abre las puertas a una cierta armonización procesal en pos de la tutela judicial efectiva y el buen funcionamiento de los procesos civiles, como condiciones para mejorar la litigación transfronteriza–, sino que la nueva directiva se sostiene sobre el art. 169 TFUE, que obliga a la Unión a reforzar la protección de los consumidores y, en consecuencia, sobre el art. 114 TFUE, que permite la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros cuando tenga por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior. La amplitud del art. 114 TFUE permite una armonización más extensa, no ceñida necesariamente a los litigios con dimensión transfronteriza –que es el límite que se impone a las disposiciones que se adopten para la construcción del Espacio Europeo de Justicia en materia civil.

15. A pesar de las puertas que permite abrir el art. 114 TFUE, se advierte una clara divergencia de enfoques en relación con el alcance armonizador entre la Propuesta inicial de la Comisión –refrendada en esto por el Parlamento– y la posición tomada por el Consejo, finalmente aceptada después. La Comisión y el Parlamento eran partidarios de establecer un régimen común –bastante escuálido, eso sí– para el ejercicio de acciones representativas, acompañado de algunas especialidades en asuntos transfronterizos. Para el Consejo, en cambio, la mayor aproximación de legislaciones debía darse sobre todo respecto del ejercicio de acciones colectivas transfronterizas, mientras que cuando estas tengan un alcance puramente nacional o doméstico la incidencia de la directiva sobre el ordenamiento interno debería reducirse significativamente. Subyacían, en este punto como en otros, dos visiones muy diferentes en las instituciones europeas: el Parlamento, más atento a la tutela de los consumidores, se mostraba generoso a la hora de legitimar la inmisión de la Unión Europea en la autonomía procesal de los Estados miembros; el Consejo, en cambio, se decantó claramente por esta última y trasladó al debate político –y, en lo que importa, al texto definitivo– la visión de varios Estados miembros, claramente reacios a la generalización de sistemas de tutela colectiva resarcitoria y a la propagación a suelo europeo de algo que pueda asemejarse a las *class actions* estadounidenses.³¹

16. Esta prevención hacia cuanto suene a *class action* ha sido recurrente desde las primeras aproximaciones de las instituciones europeas a esta materia: tan relevante ha sido determinar los puntos necesitados de tratamiento como evitar cualquier riesgo de litigación abusiva y de instrumentalización de la tutela colectiva para distorsionar el mercado.³² La muestra más clara de esa voluntad de definir la *European way to collective redress* es que se evitan abiertamente expresiones «sospechosas», como «acciones colectivas» o «acciones de clase», y se ha optado por unos términos mucho más asépticos, «acciones de representación», a pesar de su carácter equívoco –como se verá, el sistema no descansa necesariamente en una noción técnica de representación.

II. Elementos definitorios del nuevo sistema

17. Un análisis de lo que la nueva directiva regula y de aquello que omite regular permite identificar los elementos definitorios del sistema europeo de acciones representativas que se acaba de aprobar.

1. Armonización de mínimos

18. En términos generales, debe señalarse que el texto aprobado no contiene una propuesta más o menos acabada o completa de proceso colectivo para la tutela de los consumidores, esto es, una suerte de «proceso colectivo europeo», equivalente al proceso europeo de escasa cuantía o al proceso

³¹ La literatura jurídica estadounidense sobre la materia es totalmente inabarcable. Para una excelente aproximación desde el ordenamiento español, cfr. J. LÓPEZ SÁNCHEZ, *El sistema de las “class actions” en los Estados Unidos de América*, Comares, Granada, 2011.

³² Cfr. A. MUÑOZ ARANGUREN, *La litigación abusiva: delimitación, análisis y remedios*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2018, pp. 95 y ss.

monitorio europeo. Diversamente, la directiva se limita a abordar aspectos diversos de la tutela colectiva de los consumidores, como la determinación de las entidades habilitadas para el ejercicio de acciones representativas en otros Estados miembros y las clases de tutela colectiva que se pueden solicitar de los tribunales –o, en algunos países, de las autoridades administrativas–: en este punto lo novedoso es, sin duda, la inclusión de las medidas de reparación, que habían quedado al margen de las acciones normativas anteriores del legislador europeo (las directivas sobre acciones de cesación de 1998 y de 2009). También se incluyen previsiones destinadas a conocer y controlar la financiación con que cuenten las entidades habilitadas, los requisitos para la aceptación de transacciones colectivas, el deber del empresario de informar a los consumidores del resultado del proceso colectivo o la suspensión del plazo de prescripción de la acción de reparación del consumidor individual mientras se tramite una acción colectiva. Pero no se desprende del texto aprobado un mínimo esbozo de estructura procedimental común, ni «piezas procesales» homogéneas [(como podría ser, v.g., un control judicial inicial para el ejercicio de la acción colectiva, al estilo de la *class certification order* de la regla 23(c)(1) de las *Federal Rules of Civil Procedure* estadounidenses]: la autonomía procesal de los Estados miembros seguirá siendo en este punto prevalente.³³

19. De hecho, como se irá viendo, algunas de las previsiones más «atrevidas» se presentan como facultativas para los Estados miembros, de modo que la directiva, en algunos aspectos de importancia, ha acabado pareciéndose a una recomendación, pues no determina necesariamente implementaciones a nivel nacional.

20. En esta línea, el art. 1.2 establece con claridad que los Estados miembros podrán adoptar o mantener otros instrumentos procesales para proteger los intereses colectivos de los consumidores a escala nacional. El precepto, además, se ocupa de aclarar el impacto armonizador de la directiva: si en un Estado miembro existen varios medios para promover la tutela colectiva de los consumidores, al menos uno de ellos habrá de cumplir con las exigencias establecidas en ella. En consecuencia, en aquellos ordenamientos en que solo exista un sistema de tutela colectiva y en aquellos en que aún no exista ninguno, el impacto de la nueva normativa europea será más relevante y los estándares europeos deducibles de la directiva se convertirán también en nacionales. Allí donde existan varias herramientas, en cambio, se producirá una suerte de competencia entre ellas, que acabará resolviéndose a favor de aquella que sea percibida como más eficiente por los operadores jurídicos facultados para utilizarlas.

21. Debe reconocerse, en definitiva, que el nivel de armonización al que se aspira resulta un tanto decepcionante: las instituciones europeas parecen haber asumido que los diversos sistemas –muy heterogéneos entre sí– ya adoptados en la mayoría de los Estados miembros tienen que poder mantenerse. Por eso, el legislador europeo, más modestamente, aspira a obligar a que en todos ellos exista un sistema de tutela colectiva que permita obtener el resarcimiento de los daños –algo, sin duda, valioso–, a que resulte posible un ejercicio transfronterizo de acciones colectivas por entidades representativas de otros Estados miembros y a que se establezcan ciertos controles sobre su financiación.

2. Ámbito

A) Ámbito material

22. La nueva directiva aspira a establecer un ámbito de aplicación material muy amplio: las acciones de representación previstas han de permitir reaccionar frente a cualesquiera infracciones cometidas por comerciantes que perjudiquen o puedan perjudicar los intereses colectivos de los consumidores en cualquiera de los sectores sobre los que se haya proyectado la actividad normativa de las instituciones

³³ El considerando 12 no podría ser más rotundo: “*In line with the principle of procedural autonomy, this Directive should not contain provisions on all aspects of proceedings in representative actions*”.

europas (art. 2.1). La tutela colectiva *de corte europeo*, por tanto, se centra en el ámbito del consumo, entendido en un sentido muy flexible, en el que también se incluye la protección de datos personales.

23. En la versión inicialmente presentada por la Comisión –avalada y ligeramente aumentada por el Parlamento–, los concretos sectores del Derecho de consumo sobre los que podría proyectarse la tutela colectivo-representativa se determinaban en el Anexo I, en el que por orden cronológico de promulgación se enumeraban sesenta y cinco directivas y reglamentos. La posición común del Consejo mantuvo esta técnica de remisión al Anexo I, como forma de hacer más adaptable la directiva a desarrollos normativos posteriores, pero propuso una mejora evidente, que se ha mantenido en el texto definitivo: organizar el listado de directivas y reglamentos de forma sistemática, identificando parcelas o sectores del Derecho de consumo europeo –u otras que, sin pertenecer tal vez al ámbito del consumo *stricto sensu*, también se han de beneficiar de la existencia de una herramienta de tutela colectiva.

24. En primer término, se hace referencia a una suerte de «Parte General» del Derecho europeo de consumo, bajo la rúbrica «A. Legislación general de protección del consumidor», en la que se incluyen la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos,³⁴ las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, la venta y las garantías de los bienes de consumo, los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, la seguridad general de los productos, las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, la publicidad engañosa y comparativa, así como el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior. A partir de aquí, se incluye lo que podría ser la «Parte Especial», en la que se distinguen los siguientes sectores: (B) Información sobre los productos y etiquetado de los productos; (C) Derechos de los pasajeros; (D) Turismo (incluidos los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, la adquisición de productos vacacionales de larga duración y los viajes combinados); (E) Sanidad (medicamentos para uso humano y productos cosméticos); (F) Comercio electrónico y servicios por vía electrónica; (G) Telecomunicaciones; (H) Datos personales;³⁵ (I) Mercado de la energía; (J) Eficiencia energética; (K) Resolución de litigios (ADR de consumo y resolución de litigios en línea en materia de consumo); (L) Servicios financieros generales; (M) Servicios de inversión; y (N) Servicios de seguros y prestaciones de jubilación.

25. Se recordará, por otra parte, que la razón por la que los instrumentos de tutela colectiva desaparecieron de las iniciativas y de la posterior regulación de la UE en materia de daños *antitrust* fue la voluntad de ofrecer un enfoque horizontal y general a estas herramientas procesales³⁶. En vista del contenido del Anexo I, resulta paradójico comprobar cómo, al final de todo el camino, las acciones de daños derivados de infracciones de la competencia han quedado al margen de la actuación legislativa europea: si se admiten acciones colectivas para la reclamación de los daños padecidos por los consumidores a resultas de conductas contrarias a las normas sobre defensa de la competencia será por voluntad del legislador nacional, pero no por exigencia de la Unión.³⁷ Y, por supuesto, también queda fuera el

³⁴ Apunta LÓPEZ SÁNCHEZ con acierto que en este ámbito no es sencillo hablar de “prácticas lesivas del Derecho de la Unión” –que es la expresión usada en la directiva–, sino más bien de “responsabilidad del fabricante en razón del carácter defectuoso del producto distribuido” (J. LÓPEZ SÁNCHEZ, “La Propuesta de directiva sobre acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y el ámbito de representación de las entidades habilitadas para su ejercicio”, en F. JIMÉNEZ CONDE (dir.), OLGA FUENTES SORIANO, ISABEL GONZÁLEZ CANO (coords.), *Adaptación del Derecho Procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018, pp. 413-421, en p. 417).

³⁵ En relación con la tutela colectiva frente a las infracciones a la normativa sobre protección de datos, cfr. A. PATO, “The Collective Private Enforcement of Data Protection Rights”, en L. CADIET, B. HESS, M. REQUEJO ISIDRO, *Privatizing Dispute Resolution. Trends and Limits*, Nomos, Baden-Baden, 2019, pp. 131-154; también M. REQUEJO ISIDRO, “La aplicación privada del derecho para la protección de las personas físicas en materia de tratamiento de datos personales en el Reglamento (UE) 2016/679”, *La Ley Mercantil*, N° 42 (diciembre 2017)

³⁶ Cfr. *supra*, núm. 6.

³⁷ Cfr. G. BÁNDI, P. DARÁK, P. LÁNCOS, T. TÓTH (eds.): *Private Enforcement and Collective Redress in European Competition Law (2016 FIDE Congress)*, Wolters Kluwer, Budapest, 2016; F. WEBER, “‘A chain reaction’ or the necessity of collective actions for consumers in cartel cases”, *Maastricht journal of European and comparative law*, 2018-2, pp. 208-230.

sector del medio ambiente, a pesar de tratarse de una materia sobre la que la Unión ejerce competencias y en relación con la cual podrían tener cabida acciones civiles de alcance colectivo.³⁸

B) Ámbito temporal

26. En cuanto al ámbito temporal de aplicación del sistema, la propuesta inicial de la Comisión, avalada por el informe del Parlamento Europeo, pretendía ceñirlo a las infracciones cometidas después de su entrada en vigor. El texto definitivo, siguiendo la posición del Consejo, plantea en esto un enfoque más beneficioso para los consumidores: se han de aplicar las nuevas reglas a las acciones representativas ejercitadas con posterioridad a su fecha de aplicación, con independencia del momento en que se produjo la infracción (art. 25.1). Se evitan, con ello, las indudables dificultades de interpretación y aplicación que derivarían de la propuesta inicial, pues no siempre será posible identificar la fecha de una infracción, especialmente si se prolonga en el tiempo; y ello, a su vez, provocaría dudas en cuanto al tipo y al contenido de la tutela que podría reclamarse –¿reparación de todos los perjuicios, solo de aquellos directamente asociados a infracciones o conductas cometidas tras la entrada en vigor de la norma? El enfoque elegido, además de ser más sencillo y beneficioso para los consumidores, resulta coherente con el carácter procesal del instrumento que se introduce con la directiva.

27. Debe señalarse, en todo caso, que los tiempos señalados por la directiva son amplios. Los Estados miembros disponen de 24 meses, desde su entrada en vigor, para trasponerla. Y resultará aplicable, en todo caso, una vez hayan transcurrido otros seis meses desde esa fecha máxima de trasposición (art. 24.1).

3. Legitimación para el ejercicio de las acciones representativas

A) Exigencias diversas en función del carácter nacional o transfronterizo de la acción

28. Uno de los elementos definitorios de la *European way to collective redress* es la existencia de un control público previo sobre la legitimación para ejercer las acciones en representación de los intereses colectivos de los consumidores. Ese era ya el núcleo de las directivas de 1998 y 2009 en relación con las acciones de carácter cesatorio e inhibitorio. Y, sin duda, se mantiene y se refuerza en la propuesta de 2018 y en el texto aprobado, que abre las puertas al ejercicio de acciones resarcitorias.

29. Según el diseño del legislador europeo las acciones colectivas han de interponerse necesariamente por entidades representativas habilitadas. Y esto significa, al menos, dos cosas:

30. – La primera, que las acciones colectivas no pueden interponerse válidamente por personas físicas a título individual y en representación de un conjunto de consumidores que se hallen en su misma situación. En otros términos, se excluye de raíz cualquier iniciativa singular y particular para impetrar tutela colectiva, a diferencia de lo que sucede en el sistema estadounidense de las *class actions*.

31. – La segunda, que no cualquier entidad que afirme su representatividad de los derechos e intereses de los consumidores está legitimada para promover un proceso colectivo, sino solo aquellas que hayan superado un filtro o control, establecido y gestionado por el poder público: dado su impacto más allá de lo individual, las acciones colectivas se consideran instrumentos de manejo delicado, que solo puede permitirse a entidades que resulten «fiables» –en terminología legal, «representativas»–. Y es el

³⁸ Al respecto cfr. E. DE LUIS GARCÍA, “La tutela colectiva del medio ambiente”, en A. MONTESINOS GARCÍA (dir.), *La Tutela de los Derechos e Intereses Colectivos en la Justicia del Siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 345-358, en pp. 353-357.

poder público el que se encarga no solo de establecer los requisitos de los que depende esa «fiabilidad» o «representatividad», sino también de verificar que se cumplen en una o varias entidades –al habilitarlas– y de controlar que se mantienen en el tiempo.

32. En este punto, de hecho, el *iter* legislativo ha provocado un cambio de enfoque de gran relevancia. El informe del Parlamento, haciendo suya en esto la propuesta inicial de la Comisión, apoyaba el establecimiento de una serie de requisitos comunes –y razonablemente exigentes– para que cualquier entidad pudiera habilitarse de cara al ejercicio de acciones representativas, con independencia del ámbito y del impacto geográfico que estas hubieran de tener.³⁹ Tras la toma de posición del Consejo aparece –y se impone– una distinción clave, en función de si la acción representativa va a tener carácter puramente interno o transfronterizo. Según el art. 3.6, se ha de considerar como «acción de representación nacional» la que resulta interpuesta por una entidad habilitada en el Estado miembro en el que dicha entidad habilitada haya sido designada, aunque suponga reaccionar contra una infracción que haya podido tener impacto en otro u otros Estados miembros. Y estaremos ante una «acción de representación transfronteriza» (art. 3.7) cuando la interponga una entidad habilitada en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que dicha entidad habilitada haya sido acreditada.

33. Tratándose del ejercicio de acciones colectivas de ámbito nacional, el Considerando 26 de la directiva apunta que la Unión no debe establecer los requisitos de los que depende la habilitación de entidades para ejercerlas: estos deben existir, pero ha de ser cada legislador nacional quien los establezca, no la directiva. Se renuncia, pues, a armonizar en términos generales los criterios de legitimación para el ejercicio de acciones colectivas. Los criterios comunes, por ello, se reservan para las entidades que aspiren a estar habilitadas para el ejercicio de acciones colectivas transfronterizas (art. 4.3), esto es, para evitar que «cualquiera pueda venir de fuera a ejercer acciones colectivas en *mi* país». En efecto, lo único que exige la directiva en relación con la legitimación para el ejercicio de acciones representativas nacionales es (i) que las organizaciones de consumidores puedan acceder a la condición de entidades habilitadas (art. 4.3), (ii) que no se excluya la posibilidad de que se pueda otorgar la condición de entidades habilitadas a organismos públicos –como, en España, la Aecosan– (art. 4.7), (iii) que se pueda designar, a petición propia, a una entidad habilitada de forma específica para una acción de representación en particular (art. 4.6) y (iv) que resulte pública y accesible la lista de entidades habilitadas para el ejercicio de acciones representativas (art. 5.2). Se trata de exigencias que, como puede apreciarse, no afectan a los requisitos de los que depende la atribución de legitimación para el ejercicio de acciones nacionales.

34. Debe recordarse, en este sentido, que uno de los propósitos del legislador europeo, desde la primera regulación de las acciones de cesación, ha sido precisamente el de permitir que entidades legitimadas para el ejercicio de acciones colectivas en un Estado miembro puedan también interponerlas en cualquier otro Estado miembro, si se comprueba que la infracción a las normas protectoras de los consumidores tiene alcance transfronterizo. En el ámbito de las acciones de cesación, de hecho, se viene produciendo una suerte de «reconocimiento mutuo de habilitaciones nacionales»: cada Estado miembro suministraba periódicamente un listado a la Comisión Europea con las entidades legitimadas para el ejercicio de acciones de cesación; con todos los datos la Comisión publicaba, a su vez, un elenco de entidades habilitadas para el ejercicio, de modo que la inclusión en él obligaba a las autoridades judiciales o administrativas de los demás Estados miembros a presumir su capacidad jurídica para actuar, sin perjuicio de poder controlar si en el caso concreto la finalidad de la entidad habilitada justificaba el ejercicio de acciones (art. 4.1 de la Directiva 2009/22).

³⁹ En relación con esta primera versión cfr. J. LÓPEZ SÁNCHEZ, “La Propuesta de directiva sobre acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y el ámbito de representación de las entidades habilitadas para su ejercicio”, cit., pp. 413-421; J. MARTÍN PASTOR, *Las técnicas de reparación judicial colectiva en el proceso civil. De las incipientes acciones colectivas a la tradicional acumulación de acciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 131-133; T. ARMENTA DEU, “La legitimación en las acciones colectivas”, en A. MONTESINOS GARCÍA (dir.), *La Tutela de los Derechos e Intereses Colectivos en la Justicia del Siglo XXI*, cit., pp. 103-148, en pp. 135-138.

35. La nueva directiva abunda en esta idea, pues lo relevante no es el ámbito de la infracción, sino la nacionalidad de la entidad que pretende el ejercicio de la acción representativa. Cuando una entidad nacional, habilitada conforme al Derecho nacional, ejerza una acción representativa ante un tribunal de ese país, nada impide que la tutela pueda tener alcance transfronterizo –con los límites, eso sí, que dispone la propia directiva⁴⁰. Lo que genera más reparos es que una entidad de otro Estado miembro pretenda ejercer acciones de trascendencia colectiva ante los tribunales propios, sin que exista certeza acerca de los estándares mínimos que se le han exigido en su Estado de origen para actuar en ese tipo de procesos. El salto respecto del régimen de las acciones de cesación consiste, pues, en dejar de conformarse con un reconocimiento automático y ciego de entidades habilitadas con arreglo a los diversos derechos nacionales, con el único filtro del control en concreto de la existencia de un vínculo suficiente entre la entidad y el litigio. Esto, que puede ser suficiente para acciones de cesación, no lo es para las acciones resarcitorias, cuyo impacto práctico puede ser muy superior. Los Estados miembros solo están dispuestos a permitir que entidades extranjeras ejerzan acciones colectivas ante sus tribunales o autoridades administrativas si estas cumplen con unos estándares más exigentes, que eviten distorsiones y abusos.

B) Los estándares europeos para la atribución de legitimación extraordinaria de cara al ejercicio de acciones colectivas

36. Según el art. 4.3 solo podrán acreditarse como entidades representativas habilitadas para el ejercicio de acciones colectivas transfronterizas aquellas que cumplan con las siguientes condiciones:

37. a) Ha de tratarse de una persona jurídica debidamente constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro de designación y que pueda demostrar que ha desempeñado una actividad pública real durante doce meses en el ámbito de la protección de los intereses de los consumidores: se quiere evitar así la creación de «vehículos *ad hoc*», aunque la propia directiva, al igual que para las acciones nacionales, también permite la acreditación de entidades para el ejercicio de una acción transfronteriza determinada (art. 4.6).

38. b) Con arreglo a sus estatutos, la entidad ha de ostentar un interés legítimo en proteger los intereses de los consumidores: de hecho, y también de forma equivalente a lo señalado para las entidades habilitadas para el ejercicio de acciones nacionales, se indica la conveniencia de promover la acreditación de organizaciones de consumidores (art. 4.2) y se contempla asimismo la posibilidad de acreditar a organismos públicos (art. 4.7).

39. c) Ha de tratarse de una entidad sin ánimo de lucro: la concurrencia de este requisito, con frecuencia, puede deducirse de la forma jurídica empleada para su incorporación y/o de sus estatutos o título constitutivo.

40. d) La entidad no puede hallarse en situación de insolvencia o en proceso de ser declarada insolvente. La directiva aspira, con ello, a que la entidad disfrute de una situación financiera sana y estable, como forma de combatir el riesgo de influencias indebidas por parte de terceros. El umbral elegido es mínimo y hasta cierto punto formal: no haber caído en situación de insolvencia. Exigencias superiores podrían haber sido difíciles de implementar en la práctica. Es sabido, en efecto, que la posición económica de las asociaciones de consumidores en muchos Estados miembros es delicada, en la medida en que descansa en las cuotas de los asociados. En el nuestro, de hecho, la fragilidad financiera de las asociaciones de consumidores es uno de los factores –desde luego, no el único– que explican el escaso uso del modelo de acciones colectivas vigente desde la entrada en vigor de la LEC.

⁴⁰ Cfr. *infra*, núm. 65: se trata, básicamente, de imponer una suerte de *opt-in* para que los efectos del proceso se proyecten sobre consumidores con residencia habitual en otro Estado miembro (art. 9.3).

Consciente de esta dificultad, el legislador europeo parece decidido a obligar a los Estados miembros a adoptar medidas que garanticen que los costes procesales asociados al ejercicio de acciones de representación no se conviertan en obstáculos insalvables para que estas activen la legitimación que tienen conferida (arts. 20.1 y 20.2). La previsión, sin embargo, no va más allá de lo genérico, sin concretarse en un deber público de contribuir a su financiación: la financiación pública es una opción, pero se sugieren otras, como la reducción de tasas judiciales, la prestación de asistencia jurídica gratuita a las entidades o incluso la contribución de los propios consumidores afectados por la infracción al sostenimiento de los gastos procesales, a través de la aportación cantidades «modestas» (art. 20.4).

41. e) Ha de gozar de independencia, en el sentido de que no puede estar recibiendo influencias de personas distintas de los consumidores que tengan un interés económico en interponer una acción de representación determinada, especialmente si se trata de empresarios –que pueden ser competidores–. Esta ausencia de vínculos ha de analizarse con atención en caso de que la entidad reciba financiación de terceros. Además, la entidad ha de disponer de procedimientos internos para evitar tales influencias.

42. f) La entidad difunde públicamente por cualquier medio adecuado, especialmente a través de su sitio web, información sobre los criterios enumerados anteriormente y sobre las fuentes de financiación de su actividad en general.

43. Al igual que sucede con las entidades acreditadas para el ejercicio de acciones representativas de ámbito nacional, cada Estado miembro habrá de elaborar y mantener actualizada una lista con las que hayan sido designadas para el ejercicio de acciones transfronterizas (art. 5.1). Sobre la base de la información remitida por cada Estado miembro, la Comisión Europea elaborará y publicará una lista completa de entidades, que se actualizará anualmente y siempre que se comuniquen modificaciones. Se prevén, además, dos tipos de control adicional:

- Los Estados miembros tienen que evaluar al menos cada cinco años si las entidades habilitadas siguen cumpliendo los criterios exigidos en la directiva y deben privar de esa condición a aquellas que hayan dejado de cumplir alguno de ellos (art. 5.3).
- Otro Estado miembro y la propia Comisión Europea pueden también plantear dudas acerca del cumplimiento por una entidad habilitada de los criterios exigidos por la directiva –deben crearse puntos de contacto nacionales para hacerlo posible–. En tal caso, el Estado miembro que la haya acreditado deberá desarrollar la investigación pertinente y, si procede, deberá revocar la acreditación. La misma facultad se atribuye a quien resulte demandado en un caso concreto (art. 5.4).

C) Controles al ejercicio de acciones por las entidades legitimadas

44. Como puede advertirse, los requisitos son elevados y los controles –si se llevan a cabo con seriedad– son estrictos. Se trata con ello de concentrar el ejercicio de las acciones colectivas transfronterizas en unas pocas manos, evitando el riesgo de que una hipotética legitimación dispersa pueda dar lugar a pleitos abusivos o espurios.

45. Pero las precauciones no acaban aquí. Junto a las exigencias y requisitos generales, que han de cumplirse en todo caso para poder ejercer acciones colectivas transfronterizas, se plantea la creación de filtros y controles adicionales para cada caso concreto, encaminados igualmente a prevenir posibles instrumentalizaciones fraudulentas de la acción colectiva. Algunas de estas exigencias tienen carácter general, mientras que otras salvaguardas se reservan para las acciones resarcitorias –que son aquellas en relación con las cuales se advierte una mayor necesidad de intervención armonizadora por parte de la Unión–.

46. En primer lugar, se ha incorporado a la directiva un precepto que, de forma general, permite que los tribunales o autoridades administrativas ante quienes se ejerza la acción representativa la sobresean lo antes posible si la consideran manifiestamente infundada (art. 7.7). Se trata, como puede apreciarse, de una herramienta en apariencia muy potente frente a un hipotético abuso de las acciones representativas, aunque deben tenerse en cuenta varios extremos:

- (i) De entrada, debe notarse que la directiva no obliga a sobreseer las acciones infundadas, pero sí obliga a que las legislaciones procesales nacionales permitan que los tribunales –o, allí donde el sistema sea ese, las autoridades administrativas– lo hagan si así lo consideran oportuno. Aunque parezca un sofisma, tiene implicaciones en dos sentidos: de un lado, evita automatismos, siempre delicados cuando se trata del ejercicio de acciones; pero, de otro, al incluir este precepto la directiva tiene el potencial de imponer un cambio normativo importante, al menos en ordenamientos procesales como el nuestro,⁴¹ para los que la inadmisión inicial de una demanda o su sobreseimiento solo son posibles en casos tasados y por razones procesales –solo muy excepcionalmente por motivos de fondo.
- (ii) La directiva apenas ofrece indicaciones de índole procedimental, sino que efectúa una remisión a la legislación procesal nacional, con una sola guía: el sobreseimiento ha de producirse en la etapa procesal más temprana posible. La activación de oficio, en todo caso, ha de resultar posible, dada la formulación genérica del precepto y, sobre todo, si se tiene en cuenta su finalidad, que es coherente con el espíritu general de la directiva de evitar el empleo abusivo de las acciones colectivas.
- (iii) En cuanto al núcleo del precepto, debe subrayarse que los criterios de los que depende que la acción se considere manifiestamente infundada no pueden ser solo formales (v.g., que la entidad no cumpla con los requisitos internos o europeos para el ejercicio de acciones colectivas), pues para eso no sería necesaria una norma como esta. Antes bien, lo que el precepto está contemplando es una ausencia de fundamento en cuanto al fondo de la pretensión colectiva ejercitada, pues a eso hace referencia el término «infundado». En la práctica, por tanto, las dificultades estarán en el terreno de los límites, teniendo claro que se ha impuesto un umbral elevado con el empleo del adverbio «manifiestamente». Debe señalarse, en relación con esto, que lo que determina la posibilidad de sobreseimiento temprano de la causa no es, al menos según el tenor literal del precepto, su carácter abusivo; ahora bien, es evidente que bajo el paraguas de lo «manifiestamente infundado» se puede incluir la pretensión ejercitada de manera abusiva.

47. En segundo término, y en consonancia con lo ya establecido para las acciones de cesación en las directivas de 1998 y 2009, se parte de la premisa de que la inclusión de la entidad demandante en la lista de entidades habilitadas solo acredita que cumple los requisitos necesarios para ejercer una acción colectiva transfronteriza, pero ha de verificarse, en el caso concreto, la vinculación entre el concreto proceso y la finalidad estatutaria de la entidad habilitada (art. 6.3): solo si hay conexión suficiente entre ambos extremos cabrá entender que tiene conferida la legitimación extraordinaria necesaria para promover la tutela representativa de los consumidores afectados por la infracción.

48. Pero los controles más severos afectan a la financiación para el ejercicio de la acción representativa cuando pretenda la obtención de tutela resarcitoria. El incremento de las modalidades de financiación de litigios por terceros (*third party funding*) también puede proyectarlas sobre los procesos

⁴¹ Es cierto que el art. 11.2 LOPJ señala que “Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal”. En la misma línea, el art. 247.2 LEC establece que “Los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal”. Estos preceptos, sin embargo, no parecen estar pensados para justificar una inadmisión a trámite de demandas infundadas o un sobreseimiento por ese motivo de procesos en curso (cfr. A. MUÑOZ ARANGUREN, *La litigación abusiva*, cit., passim). La regla, antes bien, es la del art. 403.1 LEC, en virtud del cual “Las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley”.

colectivos —como sucede notoriamente en Estados Unidos o en Australia—. Lo que se pretende con la directiva es evitar que tras la financiación por un tercero se oculte un conflicto de interés que redunde en un carácter abusivo o fraudulento del proceso para el ejercicio de la acción representativa. A tal fin, el art. 10.1 establece el deber general de los Estados de velar por que, en los casos en que el litigio esté financiado por un tercero —y esto será posible en la medida en que lo permita la legislación nacional—, se eviten los conflictos de interés y que, si el tercero financiador tiene un interés económico en la interposición de la demanda o en el resultado del proceso, no se vea comprometido el objetivo de la acción de tutelar los intereses colectivos de los consumidores (art. 10.1). El conflicto de interés que se quiere excluir se puede plasmar, al menos, de dos maneras diversas —y no excluyentes—, descritas en el art. 10.2: en primer término, si las decisiones de la entidad habilitada que está ejercitando la acción se ven indebidamente influidas por un tercero, de modo que resulten perjudiciales para los intereses colectivos de los consumidores afectados (incluidas las decisiones en relación con transacciones); en segundo término, si la acción representativa se interpone frente a una entidad que sea competidora del tercero financiador o de la que dependa dicho financiador (en este caso, cabe presumir la existencia de una influencia indebida incompatible con la utilización de la acción representativa). Para evitar la materialización de estos riesgos se establecen dos previsiones complementarias, una de medios y otra de resultados.

- (i) En cuanto a lo primero, el tribunal que conozca de la acción está facultado para verificar si efectivamente pudiera estar dándose un conflicto de interés, en caso de que surjan dudas justificadas al respecto (art. 10.3). A tal fin, la entidad demandante habrá de presentar al tribunal un resumen financiero, incluyendo las fuentes de financiación utilizadas para sostener la acción⁴². Aunque la redacción del precepto no es clara, parece lógico entender que la aportación de este resumen financiero es necesaria en todo caso, pues solo tras verificar que existe financiación de terceros pueden nacer en el tribunal las dudas justificadas que le facultan para verificar que no concurre una situación de conflicto de interés. Y, por supuesto, cabe entender igualmente que el tribunal estará facultado para apreciar la existencia del conflicto de interés en cualquier momento del proceso, esto es, en cuanto advierta que alguna decisión de la entidad demandante podría ser perjudicial para los intereses de los consumidores.
- (ii) Por lo que se refiere a las consecuencias en caso de que se advierta un conflicto de interés, el art. 10.4 obliga a los Estados a dotar a los tribunales de facultades para tomar las medidas adecuadas, como exigir a la entidad demandante que rechace o cambie la financiación que genera el conflicto; en último término, el tribunal puede denegar la legitimación a la entidad demandante para el ejercicio de la acción en cuestión —denegación que, en todo caso, no puede afectar a los derechos de los consumidores concernidos.

La directiva, como se advierte desde un principio en el art. 10.1, no aspira a regular de forma plena el fenómeno del *third party funding* en el ámbito de las acciones colectivas. No obstante, cabe apreciar que impone una serie de límites a las legislaciones nacionales y, sobre todo, que ha dispuesto las herramientas adecuadas para forzar su cumplimiento. Téngase en cuenta, además, que se aplican a todas las acciones que encajen en la noción de acción representativa resarcitoria según la propia directiva, y no solo a las transfronterizas: el impacto, por tanto, será general. Se trata, sin duda, de una faceta en la que el impulso armonizador es más visible, precisamente porque abunda en esa *policy* recurrente de la directiva, consistente en evitar los peligros asociados a las *class actions* estadounidenses.

49. Los requisitos establecidos para que una entidad pueda estar legitimada en abstracto para el ejercicio de acciones colectivas transfronterizas (art. 4.3) y los diversos controles a los que se somete en

⁴² La previsión normativa aprobada es bastante escueta al respecto. La Comisión y el Parlamento (art. 7.1 de la Propuesta) proponían, con algo más de detalle, la aportación de un resumen financiero de todas las fuentes de los fondos utilizados para su actividad en general y los fondos que utiliza para respaldar la acción, así como la demostración de que dispone de recursos financieros suficientes para representar los intereses de los consumidores afectados y para hacer frente a cualquier coste adverso en caso de que la acción no prospere.

concreto el ejercicio de esa legitimación le sirven a la directiva para marcar el estándar europeo en relación con la mejor manera de asegurar una atribución adecuada y un ejercicio legítimo de la legitimación extraordinaria para la tutela colectiva de los derechos de los consumidores. Y no es infrecuente que el establecimiento de estándares europeos sirva de acicate o estímulo para adaptar a ellos las reglas nacionales: la necesidad de adaptar la normativa interna, impuesta por la directiva aunque sea en un ámbito concreto, puede ser una oportunidad para revisar si el régimen legal nacional es adecuado o si puede mejorarse tomando como ejemplo aquella.⁴³ Al fin y al cabo, resulta difícilmente explicable a justicias y operadores jurídicos que se observen prevenciones más altas en ciertos sectores concretos, que sin embargo no se exigen para situaciones asimilables. La directiva, de hecho, es plenamente consciente de este fenómeno —«Europa como oportunidad»— y lo modula a través de dos fórmulas complementarias.

- (i) De un lado, haciendo visible el deber de los Estados miembros de atenerse a las exigencias del principio de efectividad. En este sentido, el art. 4.4 establece que los requisitos que establezcan los legisladores nacionales para atribuir legitimación de cara al ejercicio de acciones representativas nacionales han de ser congruentes con los objetivos de la propia directiva de lograr un funcionamiento eficaz y eficiente de este tipo de acciones.
- (ii) De otro lado, sugiere en el art. 4.5 que los Estados miembros apliquen para acreditar como entidades habilitadas para el ejercicio de acciones colectivas internas los mismos requisitos que la propia directiva impone a las transfronterizas.

D) Título de legitimación de las entidades habilitadas

50. Al margen de lo anterior, cabe preguntarse por el título de legitimación de las entidades habilitadas para el ejercicio de acciones colectivas. En este punto, la directiva huye de cualquier tipo de dogmatismo, por lo que cabe remitirse a las construcciones formuladas en doctrina, en jurisprudencia y en alguna legislación nacional acerca de la legitimación extraordinaria para el ejercicio de acciones colectivas.⁴⁴ Como ya se apuntó antes, la directiva utiliza la expresión «acción de representación» de manera inevitablemente impropia, para tratar de transmitir el núcleo del fenómeno, consistente en desplazar el ejercicio de la acción a un sujeto que no es titular de los derechos o intereses lesionados por la infracción, pero que se considera adecuadamente representativo *lato sensu* de aquellos. En este sentido, el informe del Parlamento proponía definir la acción de representación como «toda acción para la protección de los intereses colectivos de los consumidores en la que los consumidores afectados no son parte» (art. 3.4). Nada impide, sin embargo, que uno o varios consumidores individuales se sumen a la acción —si así lo contempla la normativa procesal nacional—, razón por la cual el texto definitivo, de forma más aséptica aún, la define en el art. 3.5 como «toda acción para la protección de los intereses colectivos de los consumidores interpuesta por una entidad habilitada en calidad de demandante y destinada a obtener una medida de cesación o de reparación, o ambas».

51. Sea como fuere, lo relevante del sistema es que la legitimación principal no está en manos de los consumidores afectados a título individual, ni tampoco agrupados, sino que se concentra en las entidades habilitadas. Esta decisión tampoco prejuzga una hipotética apuesta del legislador europeo por un modelo *opt-in* u *opt-out*. En esto la directiva aspira a ser lo más neutra posible, al menos en lo relativo al ejercicio de acciones resarcitorias: la expresión «acción de representación» no prejuzga ni asumir que las entidades habilitadas representan *ex lege* a los consumidores (algo similar a un modelo de *opt-out* forzoso), ni tampoco que las entidades habilitadas deban contar con un mandato o autorización previa de los consumidores afectados para ejercer una acción que pueda acabar redundando en su beneficio

⁴³ Sobre esto, cfr. F. GASCÓN INCHAUSTI, *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2018, pp. 131 y ss.

⁴⁴ Un análisis reciente y omnicomprensivo puede verse en S. COROMINAS BACH, *Procesos colectivos y legitimación. Un necesario salto hacia el futuro*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2018.

(un modelo *opt-in*). La heterogeneidad de los sistemas procesales nacionales en este punto y la falta de voluntad de las instituciones europeas de alterar los equilibrios alcanzados al respecto en cada Estado miembro han determinado un alto grado de neutralidad normativa sobre esta cuestión, bien distinto a la clara apuesta por el modelo *opt-in* que se formulaba por la Recomendación de la Comisión de 2013 para las acciones resarcitorias.

4. Tutelas disponibles: la accionabilidad colectiva

52. El segundo gran objetivo de la directiva –y posiblemente la explicación de por qué se ha tardado tanto en llegar a ella y de por qué ha resultando tan compleja su aprobación– es abrir la puerta al ejercicio de acciones colectivas que tengan un contenido resarcitorio: ha de recordarse que la existencia de acciones de contenido cesatorio e inhibitorio era ya un fenómeno habitual, tras la incorporación en los Estados miembros de la Directiva de 1998. La nueva directiva, por tanto, se adentra en el terreno de la accionabilidad y establece los tipos de tutela que pueden solicitar eficazmente las entidades legitimadas para la protección de los consumidores.

53. Para el legislador europeo existe una línea divisoria muy definida entre la tutela cesatoria/inhibitoria y la tutela reparadora/resarcitoria: se trata de un binomio que figura en los primeros documentos, que se hace claramente visible en la Recomendación de la Comisión de 2013 y que se consolida definitivamente con la nueva directiva. Para evitar dudas o interferencias doctrinales, el legislador trata de definir con precisión cuáles son los posibles contenidos de cada una de estas modalidades de tutela, a las que denomina respectivamente «medidas de cesación» y «medidas de reparación» –y nuevamente la terminología puede verse como arbitraria, pues en ocasiones la reparación puede conseguirse a través de la mera cesación.

A) Pretensiones de cesación

54. La regulación de las «medidas de cesación» se hereda de las directivas de 1998 y 2009. Su contenido es claro: que se dirija al empresario o profesional una orden conminándolo a cesar en una práctica que se considere constitutiva de una infracción o prohibiéndole desarrollar o reanudar una práctica infractora. Es indiferente, por tanto, que la conducta infractora haya cesado ya cuando se interpone la demanda, si existe el riesgo de que se reanude.⁴⁵

55. Tanto la directiva de 2009 –siguiendo lo previsto en la de 1998– como la nueva directiva, además, distinguen en este punto entre medidas *provisionales* y medidas *definitivas* (art. 8.1). Las medidas definitivas, en nuestra terminología, encajan sin más en la categoría de las condenas de no hacer y se adoptan, por tanto, tras un proceso declarativo, que se tramitará con arreglo a las normas procedimentales establecidas en cada Estado⁴⁶. En cuanto a las provisionales, todo depende del régimen procesal de cada Estado miembro. En nuestro ordenamiento los mandatos provisionales de cesación o prohibición han de articularse a través de la institución de las medidas cautelares, caracterizadas por una relación de instrumentalidad estricta, que obliga a incoar un proceso en cuanto al fondo en un plazo de veinte días –en caso de que se soliciten con antelación– (art. 730.2 LEC). En otros ordenamientos la configuración de la tutela provisional y cautelar es más flexible, pues la eficacia de la orden provisional no está supeditada a la pendencia o a la incoación de un proceso en cuanto al fondo –así será, v.g., si lo solicita la parte destinataria

⁴⁵ Lo aclara, de hecho, el art. 2, al definir el ámbito de aplicación de la propia directiva.

⁴⁶ En España, como se recordará, la reforma de la LEC operada por la Ley 39/2002, de 29 de octubre, destinada a implementar la directiva de 1998, optó por la vía del juicio verbal, posiblemente para transmitir la imagen de mayor celeridad y eficacia que parecen ir asociadas a este cauce procedimental.

de la orden de cesación⁴⁷. A mi juicio una concepción más flexible de la instrumentalidad de las medidas cautelares –al estilo alemán– constituiría una clara mejora de nuestro sistema de tutela judicial, al menos cuando se trata de medidas cautelares de contenido anticipatorio. Ahora bien, ni las directivas de 1998 y 2009 obligaban a efectuar semejante cambio para implementar el deber de disponer de «medidas provisionales de cesación» ni, en consecuencia, se desprende dicho deber tampoco de la nueva directiva.

56. En línea igualmente con lo previsto en la directiva de 2009, también puede formar parte de la tutela cesatoria la obligación de publicar total o parcialmente la resolución sobre la medida, en la forma que se estime conveniente, o que se publique una declaración rectificativa [art. 8.2 b)]: en la mayoría de los casos, este contenido adicional se convertirá en una obligación de hacer frente a los costes de la publicación, si esta no se lleva a cabo espontáneamente.

57. Y es igualmente heredera de la regulación aún vigente la posibilidad de supeditar el ejercicio de la acción de cesación definitiva a una «consulta», si así lo deciden los legisladores nacionales (art. 8.4). En tal caso, será preceptivo formular una solicitud de consulta al empresario; si este no cesa en la infracción en un plazo de dos semanas, la entidad habilitada podrá interponer una acción de representación para solicitar dicha medida de cesación sin más trámite. Se trata de una regla pensada en beneficio de ambas partes, pues puede evitarles los costes del proceso.

58. A partir de aquí, la directiva aporta una serie de previsiones adicionales, que vienen a completar y mejorar el régimen previo de las acciones de cesación, imponiendo deberes y límites a los legisladores nacionales a la hora de efectuar su incorporación:

- (i) En primer lugar, resulta novedosa la previsión de que, como contenido de la orden de cesación, se incluya «una medida destinada a establecer que la práctica constituye una infracción» [art. 8.2 a)]. Aunque la expresión sea tosca, se entiende que hace referencia a la declaración de ilicitud de la práctica: bajo la etiqueta de las «medidas de cesación», por tanto, se incluyen también pretensiones meramente declarativas, que deben poder pedirse y concederse a título principal, para que puedan servir en su caso de fundamento a pretensiones ulteriores. Según el texto aprobado, esta pretensión podrá supeditarse a lo establecido en la legislación procesal nacional. A mi juicio, esto en la práctica puede determinar la inviabilidad de formular este tipo de pretensiones declarativas a título provisional o cautelar, al menos en sistemas como el nuestro, en que las medidas cautelares son rigurosamente instrumentales. Tiene lógica, en todo caso, presumir que una declaración de ilicitud debe integrarse en una resolución sobre el fondo del litigio, susceptible de producir efectos vinculantes –cabe pensar, sobre todo, en los de cosa juzgada– respecto de procesos o peticiones ulteriores.
- (ii) En segundo término, se establece que la estimación de la acción de cesación no se pueda supeditar a la prueba de pérdidas o perjuicios reales por parte de los consumidores individuales afectados por la infracción ni de la intención o negligencia por parte del empresario (art. 8.3). Se resalta con ello que a través de la acción de cesación, en sus diversas modalidades, se lleva a cabo un control abstracto sobre la licitud o ilicitud de una práctica, al margen de sus repercusiones reales, que desemboca en la orden de cesación. Visto desde el ángulo inverso, puede decirse también que la orden de cesación solo resulta legítima previa afirmación de que la conducta es infractora.
- (iii) Finalmente, se prohíbe que las legislaciones nacionales de desarrollo de la directiva exijan a los consumidores afectados por una acción de representación dirigida a obtener una medida de cesación que participen en dicha acción de representación (art. 8.3). Puede decirse, en otros términos, que se excluye la admisibilidad de un modelo *opt-in* respecto de este

⁴⁷ Así ocurre, v.g., con la *Leistungsverfügung* alemana, la *ordonnance de référé* francesa, el *kort geding* holandés o las medidas anticipatorias del ordenamiento italiano, entre otros.

tipo de pretensiones. Se trata de algo lógico, pues el control que se efectúa es general o abstracto, atendiendo no al interés lesionado de los consumidores a título individual, sino de forma colectiva en el sentido más literal de la expresión: se busca «limpiar el mercado o el tráfico jurídico» de conductas y prácticas ilícitas, al margen de la situación individual de los consumidores. Por ello, no tiene sentido exigir ni la participación de estos, ni el otorgamiento por ellos de algún tipo de poder de representación o de autorización.

59. Las pretensiones de cesación –y, en su caso, de prohibición– tienen naturaleza condenatoria, de modo que en caso de incumplimiento se abren las puertas a la ejecución forzosa. En línea con el régimen precedente, la directiva seguirá obligando a los Estados miembros a articular esta ejecución sobre la base de la imposición de sanciones en caso de incumplimiento o de negativa a cumplir la medida acordada por el tribunal. Las sanciones podrán adoptar la forma de multas coercitivas y habrán de ser «eficaces, proporcionadas y disuasorias» (art. 19).

B) Pretensiones de reparación

a) Contenido de la tutela reparatoria

60. Desde las primeras iniciativas, y sobre la base de la Recomendación de 2013, las instituciones europeas advierten que la reparación a los consumidores perjudicados por una práctica ilícita puede lograrse de formas diversas, en función de las circunstancias de cada caso. Por ello, se ha optado por establecer una fórmula muy genérica, la de «medidas de reparación» o «medidas correctoras para los consumidores afectados», seguida de una lista ejemplificativa de posibles plasmaciones concretas de esa corrección: una indemnización, una reparación o arreglo, una sustitución, una reducción del precio⁴⁸, la resolución del contrato o el reembolso del precio pagado, según proceda y conforme a la legislación de la Unión o nacional (art. 9.1).

61. Bajo la etiqueta de «medidas de reparación», por tanto, el legislador europeo quiere dar cabida a todas aquellas pretensiones que desemboquen en la imposición al comerciante del deber de llevar a cabo una o varias conductas en favor de los consumidores afectados –acciones de condena–; debe advertirse, asimismo, que también encajan en esta noción pretensiones constitutivas, como sucede con la resolución contractual. Los límites, por tanto, derivarán del contenido concreto de los derechos lesionados y de los remedios que la legislación europea y/o nacional asocian a su infracción.

62. El informe del Parlamento (art. 6, aptdo. 4 ter), siguiendo en esto la propuesta inicial de la Comisión y la Recomendación de 2013, pretendió añadir un límite al contenido de la tutela reparatoria: la prohibición de los llamados daños punitivos, esto es, de las indemnizaciones que conceden a la parte demandante una cantidad superior al valor del daño sufrido.⁴⁹ El texto aprobado no alude expresamente a ello en su parte dispositiva, aunque el considerando 42 es explícito: “*This Directive should not enable punitive damages being imposed on the infringing trader, in accordance with national law*”. En consecuencia, la exclusión de los daños punitivos se puede deducir, para cada Estado miembro, de la remisión a la legislación nacional: allí donde los *punitive damages* estén prohibidos –como ocurre en España y en los Estados miembros de tradición jurídica continental–, tampoco podrán concederse en el marco de una acción colectiva de reparación. Esta técnica legislativa de «remisión por omisión», sin embargo,

⁴⁸ Como señala LÓPEZ SÁNCHEZ, “la reducción del precio sólo tiene sentido en relación jurídica continuada en el tiempo que exija la realización de nuevas prestaciones por parte del “comerciante”” (J. LÓPEZ SÁNCHEZ, “La Propuesta de directiva sobre acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y el ámbito de representación de las entidades habilitadas para su ejercicio”, cit., p. 415).

⁴⁹ Cfr. F. PARISI, M.S. CENINI, “Punitive damages and class actions”, en J.G. BACKHAUS, A. CASSONE, G.B. RAMELLO (eds.), *The Law and Economics of Class Actions in Europe. Lessons from America*, Edward Elgar, Cheltenham, 2012, pp. 131-146.

comporta un riesgo claro: que se formulen acciones colectivas transfronterizas en algún Estado miembro que sí admita los daños punitivos o una figura equivalente (como los *exemplary damages* irlandeses), abriendo con ello la puerta al *forum shopping*⁵⁰ y a un riesgo de acciones colectivas abusivas.

63. Más allá del contenido en sí de las pretensiones reparatorias, la directiva también aborda otras cuestiones, relativas a los requisitos para su ejercicio válido y a su eficacia.

b) ¿*Opt-in* u *opt-out*?

64. La primera pregunta que se plantea cuando se diseña un sistema de tutela colectiva que permita condenar a la realización de prestaciones a favor de sujetos no litigantes es la relativa a si se considera necesaria o no la adhesión a la acción de los consumidores afectados para que el proceso pueda desarrollarse o, al menos, para que el pronunciamiento que se dicte pueda proyectarse respecto de aquellos: se trata, en otros términos, de determinar si se elige un modelo *opt-in* o un modelo *opt-out*. Si la Recomendación de 2013 era claramente partidaria de lo primero, la directiva opta por una mayor neutralidad. En términos generales, los Estados miembros podrán decidir si establecen normas sobre la manera y la fase en que los consumidores individuales afectados por la acción pueden expresar explícita o tácitamente su voluntad de ser representados o no por la entidad habilitada en el marco del proceso colectivo para obtener medidas de reparación y quedar vinculados por su resultado (art. 9.2). En función del tipo de norma que establezcan o que mantengan al trasponer la directiva, los Estados miembros se estarán decantando por un modelo de *opt-in*—si exigen una expresión de la voluntad de ser representado— o por un mecanismo de *opt-out*—si lo que se regula es la manera de no verse afectados ni por la acción ni por el resultado del proceso. Las ventajas e inconvenientes de cada mecanismo han sido sobradamente analizadas doctrinalmente⁵¹ y, por tanto, la opción por una u otra es cuestión de política legislativa: lo relevante es que, en términos generales, serán cuestión de política legislativa *nacional*, no europea. Ahora bien, es importante advertir sobre un extremo: la directiva quiere que los Estados regulen este asunto, es decir, que establezcan cuándo y cómo un consumidor individual ha de adherirse (*opt-in*) o cuándo ha de desvincularse (*opt-out*). No será admisible, en consecuencia, un sistema que se funde en una suerte de representación forzosa, en la que no resulte posible a un consumidor individual desvincularse: esto último, que es la regla para las acciones de cesación, no es aceptable cuando está en juego la reparación de los consumidores individuales⁵²; en este contexto, pues, las cosas han de estar claras. Esta exigencia de definición tiene una derivada importante: en caso de acumulación de pretensiones cesatorias y resarcitorias en una misma demanda colectiva interpuesta por una entidad habilitada puede ser necesario conjugar las diversas reglas vigentes para unas y otras en cada Estado miembro.

65. Dentro de este contexto de libertad a la hora de configurar el ámbito subjetivo de las acciones representativas encaminadas a la obtención de medidas de reparación, sin embargo, el legislador europeo aspira a introducir algunas imposiciones a los legisladores nacionales.

⁵⁰ Cfr. C. PONCIBÓ, “Forum shopping and consumer collective redress in action: the Costa Concordia case”, en E. LEIN, D. FAIRGRIEVE, M. OTERO CRESPO, V. SMITH (eds.), *Collective redress in Europe: why and how?*, British Institute of International and Comparative Law, 2015, pp. 251-272.

⁵¹ Cfr. T. EISENBERG, G. MILLER, “The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues”, 57 *Vand. L. Rev.* (2004), pp. 1529 y ss.: según ese estudio, en promedio menos del 0.2% de los consumidores se excluyen de los procesos en Estados Unidos. Cfr. también R. MULHERON, “The case for an opt-out class action for European Member States: A legal and empirical analysis”, 15 *Colum. J.Eur.L.* (2008-2009), pp. 409 y ss.; A.L. SIBONY, “A behavioural perspective on collective redress”, en E. LEIN, D. FAIRGRIEVE, M. OTERO CRESPO, V. SMITH (eds.), *Collective redress in Europe: why and how?*, British Institute of International and Comparative Law, 2015, pp. 47-57; A. PLANCHADELL GARGALLO, “Acciones colectivas y acceso a la justicia”, en A. MONTESINOS GARCÍA (dir.), *La Tutela de los Derechos e Intereses Colectivos en la Justicia del Siglo XXI*, cit., pp. 175-205, en pp. 195-201.

⁵² Que es lo que sucedería actualmente en España, salvo que se acepte que la intervención de los consumidores individuales prevista en el art. 13 LEC puede tener como objetivo la desvinculación de la acción colectiva.

- (i) En primer término, se quiere que exista una regla común para situaciones transfronterizas: cuando estén en juego los derechos de consumidores individuales que no residan habitualmente en el Estado miembro en que se está ejercitando la acción, será necesario en todo caso que estos expresen explícitamente su voluntad de ser representados a fin de quedar vinculados por su resultado (art. 9.3). Se impone, pues, un modelo *opt-in* para los consumidores domiciliados en el extranjero, posiblemente para evitar problemas de coordinación entre modelos dispares, que podrían causar problemas a la hora de reconocer la eficacia de resoluciones extranjeras y, en su caso, de ejecutarlas.
 - (ii) Además, se añade una imposición adicional a los sistemas nacionales que opten por un modelo *opt-in*: si un consumidor ha expresado de manera explícita o tácita su voluntad de ser representado en una acción de representación, entonces no podrá ya ser representado en otra acción de representación, ni tampoco podrá interponer una acción individual contra el mismo empresario y que tenga el mismo objeto y causa (art. 9.4). La referencia a la expresión tácita de la voluntad permite albergar dudas razonables a favor de la aplicabilidad de esta regla también en los modelos que se hayan decantado por el *opt-out*.⁵³
 - (iii) En tercer lugar, los Estados miembros deben asegurar que los consumidores no son compensados más de una vez por el mismo empresario respecto del mismo hecho dañoso (art. 9.4 i.f.).
 - (iv) Finalmente, en aquellos sistemas en que no se exija una adhesión explícita o tácita de los consumidores individuales –es decir, allí donde rija un modelo *opt-out*–, es posible que no puedan determinarse los consumidores individuales que pueden beneficiarse de las medidas correctoras establecidas por el tribunal (o autoridad administrativa): en tal caso, se deberá describir al menos el grupo de consumidores que pueden beneficiarse de aquellas (art. 9.5), cabe suponer que identificando las concretas circunstancias de las que se derive la condición de perjudicado y legitimado para obtener la reparación.⁵⁴
- En relación con esto último, se señala que la entidad habilitada, al interponer su demanda, ha de suministrar al tribunal (o autoridad administrativa) información suficiente en relación con los consumidores afectados por la acción (art. 7.2). El objetivo de esta exigencia no es único: de un lado, sirve posiblemente para acreditar la relación entre la entidad que pretende ejercer la acción y la concreta infracción frente a la que actúa, dado que sin una conexión suficiente la demanda puede considerarse inadmisibile; pero, en lo que ahora interesa, sirve igualmente para sentar la carga de determinar con la mayor precisión posible quiénes son los afectados y, en consecuencia, quiénes y cuántos –al menos aproximadamente– son los potenciales beneficiarios de la tutela que se solicita.

c) Eficacia de la tutela reparatoria

66. En estrecha relación con lo anterior, debe advertirse cómo el legislador europeo también se ha preocupado de garantizar unos estándares mínimos de eficacia a las acciones colectivas resarcitorias, que se proyectan sobre planos diversos.

67. Desde un punto de vista procedimental, los Estados miembros han de asegurar que la medida de reparación permita a los consumidores reclamar –y obtener– la recuperación por los daños «sin necesidad de interponer otra acción» (art. 9.6). Esta previsión, interpretada en sentido estricto, comporta una suerte de deber de «desjudicialización» del cumplimiento y de la ejecución de la sentencia, en caso de que sea condenatoria⁵⁵: en otros términos, lo que parece querer el legislador europeo es que los con-

⁵³ Sobre esto, cfr. *infra*, núm. 88.

⁵⁴ En esto pues, la regulación de la directiva se asemeja al artículo 221.1.1ª de nuestra LEC.

⁵⁵ No sería operativa, en cambio, si la sentencia fuese constitutiva –en el caso de que la reparación del daño se hiciese efectiva, v.g., a través de la resolución del contrato–; en estos supuestos, la firmeza de la sentencia provocaría los efectos pretendidos, sin más. Podría ser precisa, no obstante, una ejecución impropia, pero sería secundaria o instrumental.

sumidores no tengan que acudir a un procedimiento judicial –o administrativo– para que se les reconozca el derecho a beneficiarse del pronunciamiento estimatorio y acceder a la prestación que les deba el empresario. Desde una perspectiva interna, esta regla comportaría la necesidad de superar el modelo del art. 519 LEC, que obliga a los consumidores a pasar por un incidente previo para acceder a la ejecución de la sentencia.⁵⁶ Obviamente, no puede evitarse que, en caso de denegación o discrepancia, la cuestión deba volver a sede judicial. Pero el sistema debe prever mecanismos que permitan el cumplimiento de la sentencia sin más y que, cuando los beneficiarios no estén identificados en ella, puedan aun así acceder a la reparación prevista sin tener que obtener refrendo judicial previo.

68. En relación con lo anterior, la directiva asume la posibilidad de que, cuando la reparación a los consumidores consista en el pago de una indemnización, se fije en la resolución una suma global, cuyo pago por el empresario condenado dé lugar a un fondo, que se encargue de gestionar posteriormente los abonos a los beneficiarios.⁵⁷ Quedaría en manos de cada Estado miembro determinar quién y cómo habría de organizar y gestionar dichos fondos –tal vez la entidad legitimada para ejercer la acción, o un tercero-fiduciario–, así como determinar el destino de eventuales remanentes⁵⁸.

69. Para que esta voluntad legal de máxima eficacia sea realidad, es preciso que los consumidores beneficiarios de la acción colectiva conozcan su existencia y, en su caso, que estén también informados de las medidas de reparación acordadas por un tribunal (o autoridad administrativa). La directiva centra parte de sus esfuerzos justamente en asegurar unos niveles adecuados de información a los consumidores acerca de la existencia del proceso incoado por la entidad habilitada y acerca de su desenlace, de modo que puedan ejercer sus derechos en cada contexto (art. 13.2). Son varios los canales de información previstos:

- De un lado, las propias entidades habilitadas, que han de informar –preferiblemente a través de sus webs– acerca de las acciones representativas que se plantean ejercer, del estado en que se encuentren y de su resultado (art. 13.1). En caso de que su pretensión sea estimada y hayan debido incurrir en costes adicionales de información, el empresario vencido habrá de reembolsárselos (art. 13.5).⁵⁹
- De otro, los comerciantes demandados, en caso de que se les hayan impuesto medidas reparatorias en sentencia o de que las hayan aceptado en una transacción, que a petición del tribunal habrán de ponerlas en conocimiento de los consumidores beneficiarios: la información puede incluso tener que realizarse de forma individualizada, con los costes adicionales que esto puede provocar (art. 13.3).⁶⁰

70. Finalmente, la directiva exige que existan normas sobre los plazos para que los consumidores individuales se beneficien de las medidas de reparación (art. 9.7). Aunque no se diga expresamente, parece deseo del legislador que existan normas específicas, esto es, que la cuestión no deba regirse de forma genérica por los plazos ordinarios de caducidad o prescripción de acciones, como forma de promover un *plus* de seguridad jurídica.

⁵⁶ Sobre este mecanismo, de forma monográfica, cfr. R. LACUEVA BERTOLACCI, *Acción ejecutiva de consumidores y usuarios: el art. 519 LECiv*, Aranzadi, Pamplona, 2006.

⁵⁷ En este sentido, el art. 9.7 señala lo siguiente: «Los Estados miembros podrán establecer normas sobre el destino de los fondos de reparación pendientes que no se hayan recuperado en los plazos establecidos».

⁵⁸ En relación con esto, el informe del Parlamento proponía establecer dos límites en cuanto al destino de ese hipotético remanente: no se puede devolver al comerciante, pero tampoco puede quedárselo la entidad habilitada que hubiera interpuesto la acción. Nada se dice al respecto en el texto finalmente aprobado, aunque la propuesta resulta más que razonable.

⁵⁹ Se trata de una regla importante, pues los costes de notificación pueden ser muy elevados y, por ende, disuasorios del ejercicio de acciones colectivas. En nuestro país, así lo ha puesto de manifiesto M.J. SANDE MAYO, *Las acciones colectivas en defensa de los consumidores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 181-182.

⁶⁰ De forma inversa, también se puede ordenar a la entidad demandante que notifique a los consumidores afectados la inadmisión o la desestimación de la acción representativa (art. 13.4).

C) Relaciones entre cesación y reparación

71. Aunque las acciones de cesación y las acciones de reparación son distintas, en la medida en que distintas son también las tutelas que prestan, a nadie escapa que pueden ser complementarias y, por tanto, que no tienen por qué presentarse separadas en la realidad. De un mismo hecho dañoso pueden derivarse acciones de trascendencia colectiva con contenidos diversos, que, a su vez, pueden ser objeto –o no– de un mismo proceso. Cuando resulte preciso, irá en interés de los consumidores que en un solo proceso puedan acumularse pretensiones de ambos tipos y el legislador europeo quiere promover que la normativa procesal interna no suponga un impedimento para ello. A tal fin, se ha dispuesto una regla bien sencilla: los Estados miembros han de poder permitir que las medidas de cesación y las de reparación se soliciten en una sola demanda y que se acuerden en una misma resolución (art. 7.5).⁶¹ Debe evitarse, por tanto, que previsiones procedimentales internas –como podrían ser, v.g., reglas diversas sobre competencia o adecuación procedimental– obstaculicen la consecución de estos dos objetivos.

72. De forma singular, se añade que las entidades habilitadas han de poder interponer acciones de representación para obtener medidas de reparación sin la condición de que un órgano jurisdiccional o una autoridad administrativa haya establecido previamente y mediante un procedimiento independiente que el daño sufrido por los consumidores deriva de una infracción (art. 9.8). La directiva pretende aclarar así dos extremos, bastante sensatos: de un lado, que el ejercicio de acciones de condena presupone la declaración de antijuridicidad de la conducta del demandado, aunque dicha declaración no se solicite a título principal y sin necesidad, menos aún, de que haya sido establecida con carácter previo; y, de otro, que el encuadramiento de las pretensiones declarativas de la existencia de una infracción en la categoría de las acciones de cesación⁶² no debe significar la imposibilidad de ejercerlas a título principal acumuladas a una pretensión de reparación.

5. Herramientas procesales para reforzar la eficacia de las acciones representativas

73. Las piezas esenciales sobre las que descansa el sistema que se introduce con la directiva son, sin duda, la limitación de la legitimación a una serie de entidades sujetas a niveles altos de supervisión pública y la determinación del contenido mínimo de la tutela judicial a la que se puede aspirar en estos procesos colectivos. A ellas se suman otras piezas de carácter netamente procesal, encaminadas a reforzar la eficacia de las acciones representativas, aunque de forma un tanto desigual.

A) Acceso a pruebas

74. Un elemento que caracteriza en gran medida los litigios en materia de consumo, incluidos los colectivos, es que una parte importante de las pruebas se halla en poder del empresario demandado o de terceros. El acceso a las fuentes de prueba relevantes es una premisa sin la que las entidades habilitadas no podrán ejercer las facultades que se les reconocen: se arriesgan a tener que asumir los costes de un proceso abocado al fracaso si no existe suficiente apoyo probatorio.

75. La directiva, sin embargo, no aspira a mostrarse en este punto especialmente incisiva, a pesar de que contaba para ello con el modelo diseñado en 2014 para las acciones de daños derivados de infracciones a las normas sobre defensa de competencia⁶³. Ahora, sin embargo, el legislador europeo

⁶¹ En nuestro ordenamiento, de hecho, se admite abiertamente que pretensiones de cesación se acompañen en un mismo proceso de pretensiones de reparación colectiva: cfr. en este sentido el artículo 53 TRDCU (tras la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo) o el artículo 12.2 II LCGC.

⁶² Cfr. *supra*, núm. 58.

⁶³ Cfr. F. GASCÓN INCHAUSTI, «El acceso a las fuentes de prueba en los procesos civiles por daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia», *La Ley Mercantil*, 2017, núm. 38 (julio), pp. 1-18.

parece decantarse por un tono más bien admonitivo y pacato. Reconoce el deber de los Estados miembros de permitir que las entidades habilitadas puedan acceder a pruebas en poder del demandado o de terceros, pero sin mucho detalle y con sujeción a ciertas condiciones (art. 18):

- Es necesario, en primer término, que la entidad habilitada aporte pruebas que cabe suponer razonablemente en su poder –v.g., porque se las han podido facilitar consumidores individuales– que acrediten, al menos indiciariamente, la procedencia de la acción de representación: la entidad solicitante, por tanto, debe acreditar una suerte de *fumus boni iuris* de su pretensión, que evite la utilización de esta herramienta para llevar a cabo investigaciones prospectivas o *fishing expeditions*.
- Es preciso, igualmente, que el solicitante identifique las pruebas a las que pretende acceder y que se hallan en poder de la contraparte o de un tercero: la finalidad de esta regla es la misma, aunque es evidente que debería bastar con exigir a la entidad solicitante que defina del modo más preciso posible el tipo de pruebas a las que pretende acceder, pues reclamar una identificación perfecta convertiría al instrumento en inoperante.
- El tribunal, además, no está obligado a acceder a la petición sin más, sino que debe someterla a un juicio de ponderación y, en todo caso, debe asegurar el respeto a las reglas sobre confidencialidad.
- Por último, y aquí radica una pieza clave, la directiva se encarga de aclarar que la potestad del tribunal de ordenar a la contraparte o a un tercero la aportación de pruebas ha de ejercerse «de conformidad con las normas procesales nacionales». Existe, pues, una remisión a la legislación procesal interna y no una genuina herramienta procesal común o armonizada: los tribunales han de poder ordenar la exhibición de pruebas –sobre esto no hay duda–, pero nada se exige en relación con la forma, el momento y los efectos, especialmente en materia de consecuencias en caso de incumplimiento –y aquí puede estar el talón de Aquiles del sistema. Si se compara con el régimen establecido para las acciones de daños en materia *antitrust*, parece intuirse que el legislador europeo no quiere aquí ser tan prolijo y detallado, pues las previsiones normativas son muy genéricas y quedan supeditadas a la autonomía procesal de los legisladores nacionales. Cabe apuntar, a lo sumo, que una regulación nacional que impidiera o dificultara gravemente en la práctica el acceso a fuentes de prueba podría acabar siendo considerada por el Tribunal de Justicia como lesiva del principio de efectividad –por mucho que respetara el principio de equivalencia.

76. En garantía del principio de igualdad de partes, se precisa también la existencia de un deber de exhibición a la recíproca, esto es, que las entidades habilitadas –y los terceros– estarán igualmente obligados a suministrar pruebas al profesional demandado que así lo solicite y lo justifique, en términos equivalentes a los descritos.

B) Eficacia de resoluciones judiciales y administrativas previas

77. El legislador europeo parte de la premisa de que la aplicación de las normas de consumo se puede llevar a cabo no solo por tribunales, sino también por autoridades administrativas. De hecho, la nueva directiva –al igual que las directivas de 1998 y 2009 sobre acciones de cesación– admite como posible que las acciones representativas puedan ejercerse ante autoridades administrativas –no ante tribunales– en aquellos Estados miembros que así lo contemplen. Pero no se trata solo de esto último: a las autoridades administrativas les corresponden también unas funciones regulatorias, que van acompañadas de potestades sancionadoras que pueden proyectarse sobre conductas que hayan generado daños a los consumidores (cfr., en nuestro ordenamiento, el marco general establecido por los arts. 49-52 TRDCU). Las normas tuitivas de los derechos de los consumidores, por tanto, pueden ser objeto de un *public enforcement* –a cargo de autoridades administrativas que actúan en calidad de reguladores– y de un *private enforcement* –a través de acciones colectivas o «de representación» ejercitadas ante tribunales

o, en algunos Estados miembros, ante autoridades administrativas—. Estos ámbitos de actuación han tendido a desenvolverse de forma descoordinada, al menos en nuestro país. Esto determina que la actuación administrativa calificable de *public enforcement* no aprovecha a los perjudicados por los hechos dañosos sancionados administrativamente, cuando reclamen judicialmente la reparación de sus derechos de forma desconectada, tanto en procesos individuales como colectivos.

78. La Propuesta inicial de la Comisión apostó por trasladar a este ámbito el sistema dual regulatorio-judicial que desde hace años predomina en un sector muy cercano a este, como es el de las normas sobre defensa de la competencia. Con una clara inspiración en el artículo 9 de la Directiva sobre acciones civiles por daños *antitrust*⁶⁴, la Comisión (art. 10 de la propuesta) planteaba otorgar eficacia vinculante sobre cualesquiera procesos posteriores a las sentencias que acuerden una orden de cesación o declaren la existencia de una infracción, pero también a las resoluciones administrativas en que se declare la existencia de dicha infracción, sin distinguir entre las resoluciones administrativas dictadas a resultas del ejercicio de una acción de representación ante un ente administrativo —allí donde resulte posible— o a consecuencia del ejercicio de la potestad regulatoria-sancionadora del ente administrativo en cuestión. Respecto de la eficacia vinculante de resoluciones judiciales, la cuestión no es especialmente polémica, pues podría verse como un supuesto de extensión a terceros de la cosa juzgada y, en todo caso, porque la limitación a la independencia judicial en que consiste la vinculación deriva de una sentencia firme emitida por un tribunal independiente. La Propuesta resultaba mucho más controvertida en la medida en que abría la puerta a otorgar eficacia vinculante a resoluciones administrativas sobre decisiones judiciales, algo siempre extraordinario y problemático, máxime en un ámbito como el del consumo, en el que —a diferencia de lo que sucede en materia *antitrust*— existe una fuerte descentralización de competencias administrativas, en manos de órganos cuya independencia o autonomía son discutibles.⁶⁵

79. Al margen de sus ventajas e inconvenientes, lo cierto es que un sistema de vinculación como el propuesto por la Comisión se acabaría proyectando en dos planos distintos:

- Desde el punto de vista probatorio, se asegura que la existencia de una resolución firme de una autoridad competente en materia de consumo libera a la entidad demandante de la carga probatoria respecto de aquello que, sin duda, puede resultarle más difícil de acreditar, por la lejanía o la dificultad de acceso a las fuentes de prueba: la existencia de infracción que opera como título de base para la imputación de responsabilidad al demandado.
- Desde el punto de vista estratégico, se transmite un mensaje claro: parece preferible un ejercicio consecutivo de las acciones resarcitorias respecto de los procedimientos administrativos de *public enforcement* —no tanto respecto de acciones judiciales de cesación, pues debería caber la acumulación, según se ha visto—, aunque ello suponga esperar el tiempo necesario

⁶⁴ Los dos primeros apartados del artículo 9 de la Directiva 2014/104, bajo la rúbrica de «Efecto de las resoluciones nacionales», disponen lo siguiente:

«1. Los Estados miembros velarán por que se considere que la constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente se considere irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional nacional de conformidad con los artículos 101 o 102 del TFUE o el Derecho nacional de la competencia.

2. Los Estados miembros garantizarán que toda resolución firme contemplada en el apartado 1 y dictada en otro Estado miembro pueda ser presentada, con arreglo al Derecho nacional, ante sus órganos jurisdiccionales nacionales al menos como principio de prueba de la existencia de una infracción del Derecho de la competencia y, en su caso, que dicha resolución pueda valorarse junto con otras pruebas presentadas por las partes.»

⁶⁵ Cfr. F. GASCÓN INCHAUSTI, «La combinación entre actuación pública regulatoria y reclamaciones posteriores de daños: ¿una alternativa a la tormentosa relación entre acciones colectivas y acciones individuales en materia de consumo?», en M. CACHÓN CADENAS, V. PÉREZ DAUDÍ (dirs.), *El enjuiciamiento civil y penal hoy*, Atelier, Barcelona, 2019, pp. 287-307; también J. MARTÍN PASTOR, *Las técnicas de reparación judicial colectiva en el proceso civil*, cit., pp. 139-140; y J. LÓPEZ SÁNCHEZ, «La Propuesta de directiva sobre acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y el ámbito de representación de las entidades habilitadas para su ejercicio», cit., p. 420.

para que concluya en firme el procedimiento administrativo sancionador, en su caso a través del agotamiento de la vía judicial.

80. Tras el paso de la Propuesta por las manos del Parlamento y del Consejo, sin embargo, las cosas han cambiado significativamente, pues se ha optado por «diluir» el alcance del precepto. Con la redacción final del artículo 15, su eficacia se ha limitado al ámbito probatorio y, además, se ha rebajado bastante. En efecto, a lo que quedan obligados los Estados miembros es a garantizar que las resoluciones firmes de un órgano jurisdiccional o una autoridad administrativa de cualquier Estado miembro que establezcan la existencia –o la inexistencia– de una infracción que perjudique los intereses colectivos de los consumidores se puedan emplear por cualquiera de las partes como prueba de la existencia –o de la inexistencia– de tal infracción cuando se ejerza cualquier otra acción para solicitar una reparación contra el mismo empresario por la misma infracción, de conformidad con el Derecho nacional en materia de valoración probatoria.

81. Descartar la eficacia vinculante inicialmente prevista en la Propuesta de la Comisión es algo razonable, pues la fórmula, que puede ser aceptable en materia de defensa de la competencia, no lo sería tanto en materia de consumo. Pero el resultado normativo no deja de ser extraño, en la medida en que introduce un medio probatorio nuevo en el catálogo habitual: la resolución previa de otra autoridad, judicial o administrativa, nacional o de otro Estado miembro. En efecto, las resoluciones judiciales –y, por supuesto, las administrativas– no son un medio de prueba de los hechos que en ellas mismas se declaran probados. La sentencia, como documento, únicamente prueba su propia existencia, es decir, que lo que en ella figura es realmente la fiel expresión de la decisión del tribunal –lo mismo debe valer, *mutatis mutandis*, para la resolución administrativa–. La sentencia, sin duda, se asienta sobre la afirmación judicial de su convicción acerca de la certeza positiva o negativa de determinados hechos; por ello, la propia sentencia recoge la valoración que el tribunal efectúa de las pruebas practicadas ante él. A partir de aquí, sostener que la sentencia hace prueba de aquello que el tribunal declara probado en ella puede verse como un «fraude de etiquetas»: es tanto como decir que el documento que acredita que un tribunal enjuició de un determinado modo unos hechos es en sí mismo prueba de la certeza de los hechos en cuestión. Lo que viene a señalar el precepto podría expresarse, en términos algo coloquiales, del siguiente modo: «Si otro tribunal o autoridad administrativa ya ha afirmado que se han producido –o que no se han producido– ciertos hechos susceptibles de calificarse como infracción, entonces me puedo fiar de él y considerar su convicción como base suficiente para sostener mi propia convicción». Lo curioso es que, apurando el razonamiento, habría que concluir que la resolución judicial o administrativa anterior ni siquiera sería prueba documental, sino que sería una suerte de prueba testifical cualificada.

82. Sea como fuere, la flexibilidad con que se ha redactado el precepto contiene el germen de su propia ineficacia, en la medida en que no se obliga a atribuir a la resolución un valor probatorio determinado –no hay valoración tasada–, sino que únicamente se permite a un tribunal sostener la existencia o la inexistencia de la infracción tomando como elemento probatorio de base la resolución previa, si ello resulta compatible con el derecho probatorio interno, que la propia directiva no obliga a modificar, sino que se erige más bien en límite a la eficacia de la directiva en este punto. Asumiendo, en todo caso, que se tratará de una prueba de valoración libre, la concreta fuerza que le atribuya un tribunal –o autoridad administrativa– a la resolución dictada previamente en otro Estado miembro dependerá de muchos factores, algunos de ellos ni siquiera fácilmente confesables, asociados a cómo el tribunal perciba la «calidad» del procedimiento en que se dictó aquella.

C) Relación entre procesos conexos

83. Uno de los numerosos problemas asociados a la protección procesal de los consumidores es la difícil articulación de las relaciones entre acciones individuales y acciones colectivas o, si se prefiere, entre los procesos en que se ejercitan dichas acciones. En efecto, el ejercicio de acciones colectivas no monopoliza la reacción jurisdiccional frente a hechos o actuaciones que lesionen los derechos o intere-

ses de los consumidores: las acciones individuales siguen siendo posibles y, de hecho, son muy frecuentes (en parte por razones culturales –fuerte individualismo–, en parte también por la presión de cierto modelo de abogacía surgida al abrigo de la litigación financiera y bancaria asociada a la utilización de cláusulas abusivas)⁶⁶. En consecuencia, pueden convivir acciones colectivas y acciones individuales (entre las que se incluyen los casos en que varias acciones individuales se ejercen de forma acumulada en una misma demanda).

84. En materia de tutela frente a cláusulas abusivas, debe recordarse cómo la STJUE de 14 de abril de 2016 en el asunto *Sales Sinues*⁶⁷ considera incompatible con el Derecho de la Unión la suspensión automática del proceso civil individual por pendencia de un proceso colectivo; al hacerlo, de manera indirecta, también está negando la posibilidad genérica de que la sentencia dictada en el proceso colectivo pueda producir efectos vinculantes sobre el proceso individual⁶⁸. Se matiza, con ello, la doctrina aparentemente sentada en la STJUE de 26 de abril de 2012 en el asunto *Invitel*⁶⁹, que no consideraba incompatible con el ordenamiento europeo que la declaración de nulidad de una cláusula abusiva en el marco de una acción colectiva de cesación surta efectos para cualquier consumidor que haya celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales, incluso para los consumidores que no hayan sido parte en el procedimiento de cesación.

85. Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que esta doctrina jurisprudencial se ha producido respecto de la coexistencia entre acciones colectivas de alcance cesatorio y acciones individuales en las que se pretendía algún tipo de reparación o resarcimiento (frecuentemente, la anulación de una cláusula-suelo y la devolución de cantidades cobradas indebidamente en su virtud); pero el Tribunal de Justicia no ha dicho nada acerca de las relaciones entre acciones colectivas reparatorias y acciones individuales, por la sencilla razón de que las primeras, en tanto no entre en vigor y se implemente la directiva que nos ocupa, no existen en el Derecho de la Unión, sino tan solo en algunos ordenamientos procesales nacionales.

86. Contando con estos limitados antecedentes, pero siendo consciente del problema, el legislador europeo parece haber llegado a un consenso de mínimos, que se materializa en la imposición a los Estados miembros de un mandato genérico y de un límite específico.

87. El mandato genérico es sencillo: los Estados miembros han de establecer normas que aseguren la adecuada coordinación entre las acciones representativas reguladas en la directiva, las acciones individuales interpuestas por consumidores a título particular y cualesquiera otras acciones para la protección de los intereses individuales y colectivos de los consumidores, en los términos previstos por la legislación de la Unión y nacional (considerando 48). Se establece, pues, una suerte de «obligación de resultado», no «de medios». Corresponderá a cada Estado miembro determinar cómo se organiza la coordinación, a tra-

⁶⁶ Cfr. M. ORTELLS RAMOS, “Tutela judicial civil colectiva y nuevos modelos de los servicios de defensa jurídica en España”, *Revista General de Derecho Procesal*, N.º 48, 2019.

⁶⁷ Asuntos acumulados C381/14 y C385/14, ECLI:EU:C:2016:252. Por todos, cfr. M. AGUILERA MORALES, “Articulación procesal de acciones individuales y colectivas en defensa de los consumidores a la luz del Derecho de la Unión”, *Revista Española de Derecho Europeo*, 63 (2017), pp. 111-127; R. BELLIDO PENADÉS, “Un nuevo paso hacia la tutela judicial colectiva del consumidor en el derecho de la UE (A propósito de la STJUE de 14 de abril de 2016)”, en G. GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, J. SIGÜENZA LÓPEZ (dirs.), *El proceso civil ante el reto de un nuevo panorama socioeconómico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 591-610; R. BONACHERA VILLEGAS, *Tutela procesal de los derechos e intereses de los consumidores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 84-92. Con carácter previo al pronunciamiento del Tribunal, cfr. M. CACHÓN CADENAS, N. REYNAL QUEROL, “Concurrencia de acciones colectivas y acciones individuales para la protección de derechos e intereses de consumidores y usuarios”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2015-2, pp. 141-162.

⁶⁸ Apartado 42: «En este contexto, es preciso asimismo señalar que la necesidad de garantizar la coherencia entre las resoluciones judiciales no puede justificar esa falta de efectividad, ya que, tal como señaló el Abogado General en el punto 72 de sus conclusiones, la diferente naturaleza del control judicial ejercido en el marco de una acción colectiva y en el marco de una acción individual debería, en principio, evitar el riesgo de que se dicten resoluciones judiciales contradictorias.»

⁶⁹ Asunto C472/10, ECLI:EU:C:2012:242.

vés, v.g., de la figura de la litispendencia, la prejudicialidad, la acumulación de procesos u otra que se diseñe *ad hoc*. Aunque no se diga expresamente en el texto legal, cabe asumir implícito un mandato de que los mecanismos sean realmente operativos y eficaces, para lo cual es básica la información. En relación con esto, el legislador europeo propone una herramienta que puede ser de utilidad a tal fin: la creación de un registro y de una base de datos de las acciones representativas en curso y ya resueltas, accesible para tribunales, autoridades administrativas y entidades habilitadas (art. 14). La información suministrada por el registro y la base de datos es clave para poder identificar si se están tramitando de forma simultánea o sucesiva acciones cuyos ámbitos objetivo y/o subjetivo pueden considerarse idénticos o conexos, a los efectos de hacer operativos los instrumentos procesales oportunos en cada Estado miembro.

88. Como excepción a la *policy* general de dejar esta cuestión en manos de la autonomía procesal de los Estados miembros la directiva considera necesario fijar e imponer una norma común para una situación determinada: los consumidores que hayan expresado explícita o tácitamente su voluntad de ser representados en una acción de representación no podrán ser representados en otras acciones de representación ni interponer una acción individual con el mismo objeto y causa y contra el mismo comerciante (art. 9.4). Existen, pues, tres prohibiciones.

- (i) La primera es la de que un mismo consumidor vea defendidos sus derechos en dos procesos colectivos diferentes. Aunque el precepto es bienintencionado, su operatividad práctica puede ser muy complicada, a no ser que la información contenida en el registro y en la base de datos antes mencionados permita determinar que efectivamente es así: cabe imaginarlo como posible si se refiere a categorías bien delimitadas de consumidores, que figuren en el ámbito objetivo-subjetivo de dos acciones inscritas en el registro.
- (ii) La segunda es la prohibición de que se solape la acción individual con una acción colectiva resarcitoria, cuando el consumidor se haya adherido voluntariamente a esta, de forma explícita o tácita. En la práctica, este precepto se hará eficaz cuando el empresario demandado en vía individual alegue la pendencia del proceso colectivo y la pertenencia del consumidor demandante al círculo de aquellos cuyos derechos se están viendo —o se han visto ya— representados por una acción representativa de una entidad habilitada. La regla, por otra parte, es clara cuando alude a la adhesión explícita del consumidor a la acción representativa: cabe pensar, sobre todo, en los modelos de *opt-in*. Puede ofrecer dudas, en cambio, a qué se refiere con la expresión *tácita* de la voluntad y, singularmente, si encajan aquí los consumidores que, en un modelo de *opt-out*, no han ejercido la facultad de desvinculación que debe haberseles ofrecido. La respuesta afirmativa es, a mi juicio, la más razonable⁷⁰, pero solo es sostenible si efectivamente el sistema asegura una comunicación efectiva de la facultad de desvincularse. Es posible, en otros términos, que el consumidor que demandó a título individual demuestre, en reacción a la petición de sobreseimiento formulada por el empresario, que no tuvo conocimiento real de la existencia del proceso colectivo y que, por tanto, no puede considerársele tácitamente adherido a aquel.
- (iii) Y, como proyección en el terreno sustantivo de las anteriores, se establece una tercera prohibición: que un mismo consumidor no sea compensado más de una vez por un mismo empresario respecto del mismo hecho dañoso.

89. El complemento necesario a una regla que en cierta medida prima la acción colectiva sobre la individual —de modo análogo a como lo hace la norma, ya analizada, que establece el valor probatorio de las sentencias que declaran la existencia de una infracción— es la interrupción o suspensión de los plazos materiales de prescripción o caducidad. En concreto, la directiva (art. 16) exige a los Estados miembros que aseguren una suspensión o interrupción de los plazos de prescripción para el ejercicio de acciones individuales por parte de los consumidores, tanto durante la pendencia de un proceso colectivo

⁷⁰ Y así lo refrenda el considerando 46.

en que se ejerza una acción de cesación⁷¹ como durante la pendencia de un proceso en que se ejercite una acción de reparación –en este último caso, únicamente respecto de los consumidores afectados por la acción (que serán más o menos numerosos según que el modelo elegido en cada Estado miembro para desarrollar la directiva sea de *opt-out* o de *opt-in*, respectivamente).

D) ¿Exigencias procedimentales?

90. El carácter de mínimos que caracteriza a la armonización operada por la directiva se agudiza en el terreno de lo estrictamente procedimental. La directiva se limita en este punto a exigir, en sintonía con la directiva de 2009, que las acciones de cesación se tramiten «con la debida diligencia» y que, de forma más específica, los procesos en que se pretendan medidas provisionales de cesación o prohibición se tramiten de forma acelerada y sumaria (art. 17).

91. Con estas dos excepciones –por lo demás muy genéricas y poco originales–, todo queda en manos del legislador nacional, sin más límites que los deducibles del art. 47 CDFUE.⁷² Resulta llamativo este «lavado de manos», singularmente si se tiene en cuenta que las acciones colectivas requieren un nivel de *case management* superior al ordinario y un protagonismo judicial –o, en su caso, de la autoridad administrativa– que habría justificado una mayor implicación del legislador europeo.⁷³ En varios lugares, de hecho, la directiva otorga facultades y deberes al tribunal directamente vinculados con la mejor tutela de los derechos de los consumidores y con la evitación de una utilización abusiva de las acciones colectivas (véase, v.g., lo que ya se ha apuntado antes en relación con el carácter manifiestamente infundado de la demanda, con la existencia de conflictos de interés en la entidad habilitada que ejerce la acción, o respecto de la posible comprobación de si están pendientes otros procesos colectivos con el mismo objeto que aquel del que conoce el juez, o lo que se verá seguidamente para la homologación de transacciones); sin embargo, no se establecen deberes o límites en relación con la materialización de aquellos poderes, que habrían podido servir, entre otras cosas, para reforzar la confianza recíproca entre Estados miembros –lo que, a su vez, redundaría en una mayor eficacia práctica de preceptos como el relativo a la eficacia probatoria de resoluciones extranjeras sobre procesos nacionales.

6. Transacciones

92. El legislador europeo asume que las transacciones también son admisibles en el marco de los procesos colectivos, incluidos aquellos en los que se están ejerciendo pretensiones de carácter reparatorio o resarcitorio. Se trata de un enfoque correcto, pues la legitimación que se atribuye a las entidades habilitadas no lo es tan solo para el ejercicio de acciones ante autoridades judiciales o administrativas, sino más ampliamente para promover la tutela de los derechos de los consumidores, lo que incluye las soluciones transaccionales⁷⁴. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que estas transacciones se suscriben por una entidad habilitada, pero en beneficio de una pluralidad de sujetos que no han participado necesariamente ni en el proceso judicial –si es que ha llegado a incoarse–, ni en el proceso negociador.

⁷¹ Recuérdese que la sentencia estimatoria de la acción de cesación valdrá como prueba de la infracción en el posterior proceso individual resarcitorio: para que al consumidor le compense la espera, es necesario que tenga asegurado que no perderá el derecho como consecuencia del transcurso del tiempo necesario para la tramitación del proceso colectivo de cesación.

⁷² Recuérdese el considerando 12: «De conformidad con el principio de autonomía procesal, la presente Directiva no debe contener disposiciones sobre todos los aspectos de los procedimientos de las acciones de representación. Por consiguiente, corresponde a los Estados miembros establecer normas, por ejemplo sobre la admisibilidad, las pruebas o los medios de recurso aplicables a las acciones de representación.»

⁷³ Cfr. I. TZANKOVA, “Case Management: the stepchild of mass claim dispute resolution”, *Uniform Law Review*, 2014, Vol. 19-3, pp. 329-351.

⁷⁴ Sobre esto, con extensión, cfr. F. GASCÓN INCHAUSTI, *Tutela judicial de los consumidores y transacciones colectivas*, Civitas, Madrid, 2010; C. HODGES, A. STADLER (eds.), *Resolving mass disputes: ADR and settlement of mass claims*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013.

La clave para una adecuada regulación de este tipo de acuerdos, por tanto, se halla en asegurar que el acuerdo alcanzado es aceptable, tanto por las ventajas que aporta, como por los perjuicios que no irroga indebidamente a terceros.

93. La directiva, en todo caso, solo se ocupa de las transacciones relativas a las acciones de reparación (art. 11.1): respecto de las de cesación no resulta fácil imaginar auténticas transacciones, sino más bien allanamientos por parte del profesional demandado –al margen del resultado de una posible «consulta» previa. Y, además, solo se abordan las transacciones alcanzadas en el marco de un proceso, esto es, cuando ya se ha ejercitado la acción ante un tribunal –o autoridad administrativa– determinado. En ese contexto, se asumen como posibles dos escenarios: que las partes hayan llegado por sus medios a una transacción, que se somete a la aprobación del tribunal o autoridad administrativa; o que sea el propio tribunal –o autoridad administrativa– quien invite a las partes a tratar de llegar a un acuerdo dentro de un plazo razonable para la reparación del perjuicio sufrido por los consumidores.

94. Sea como fuere, lo importante es que se exige la revisión de la transacción por el tribunal –o por la autoridad administrativa–: sin homologación no será eficaz. Del art. 11.2 se deduce que hay ciertos motivos por los que ha de poder denegarse la aprobación de la transacción, mientras que otros son de adopción facultativa por los legisladores nacionales. El tribunal ha de estar facultado en todo caso para rechazar una transacción que sea contraria a normas nacionales imperativas o que incluya condiciones que no puedan aplicarse, teniendo en cuenta los derechos y los intereses de todas las partes, y en particular los de los consumidores afectados. Además, si así lo establece el legislador nacional al implementar la directiva, también podrá rechazarse la transacción si se considera que es injusta o desequilibrada –cabe pensar que en perjuicio de los consumidores.⁷⁵

95. El rechazo a la transacción comporta la continuación del proceso (art. 11.3). Su aprobación comporta su eficacia vinculante para el empresario y para los consumidores afectados (art. 11.4 I)⁷⁶. A estos efectos se prevé que los Estados miembros puedan arbitrar vías para ofrecer a los consumidores afectados por el proceso colectivo la posibilidad de aceptar o rechazar verse vinculados por las transacciones que se alcancen (art. 11.4 II): se abre así la puerta a una suerte de *opt-in* o de *opt-out*, según se establezca, que se añade a la decisión que cada legislador haya tomado acerca de cómo configurar *ab initio* la relación entre la acción representativa y los concretos consumidores potencialmente beneficiados por ella.⁷⁷

96. El modelo resulta garantista, aunque esta necesidad de recabar un consentimiento adicional, si se establece, puede comportar dilaciones y costes suplementarios, que conviene analizar con cautela. Quizá sea preferible recabar ese consentimiento para una eventual transacción desde el inicio del proceso, de modo que: i) en los modelos de *opt-in*, se advierta a quien se sume a la acción de que ha de aceptar no solo la sentencia que se dicte, sino también una hipotética transacción que se apruebe por el tribunal; ii) en los modelos de *opt-out*, a la inversa, se advierta de que quien no se excluya del proceso podrá verse afectado no solo por la sentencia, sino también por la transacción que en su caso se apruebe. Se pueden asociar así el consentimiento para la sentencia y la transacción en un solo acto, con la reducción de costes y tiempos que ello comporta.

⁷⁵ En relación con las dificultades intrínsecas a este análisis cfr. S. COROMINAS BACH, “Las futuras transacciones colectivas en la Unión Europea: ¿escrutinio judicial o principio dispositivo?”, en A. MONTESINOS GARCÍA (dir.), *La Tutela de los Derechos e Intereses Colectivos en la Justicia del Siglo XXI*, cit., pp. 303-317, en pp. 312-315.

⁷⁶ Para evitar dudas, no obstante, el art. 11.5 aclara que la reparación que se obtenga a través de la transacción no es incompatible con remedios adicionales previstos en la legislación europea o nacional y que no hayan quedado cubiertos por la transacción.

⁷⁷ Como apunta LÓPEZ SÁNCHEZ, “Cabe entender que en los supuestos en que la entidad habilitada ha actuado sin “mandato”, debe ofrecerse la posibilidad de aceptar el acuerdo, mientras que en los casos en que ha actuado con “mandato”, de alcanzarse un acuerdo, la posibilidad que se ofrece es la de rechazarlo” (“La Propuesta de directiva sobre acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y el ámbito de representación de las entidades habilitadas para su ejercicio”, cit., p. 421).

7. Financiación y costas

97. El último de los aspectos de las acciones representativas que preocupa al legislador europeo es el relativo a su dimensión económica. Preparar, impulsar y gestionar un proceso colectivo puede ser complejo y requerir esfuerzos personales y económicos elevados: tareas como identificar a los consumidores afectados, comunicarse con ellos u obtener de ellos elementos probatorios pueden consumir recursos elevados y convertirse en factores disuasorios para el ejercicio de acciones colectivas, en perjuicio de los derechos de los consumidores. Según se vio antes, la directiva exige para poder acreditarse como entidad habilitada para el ejercicio de acciones transfronterizas no hallarse en situación de insolvencia y permite que estas entidades cuenten con algunas medidas de apoyo suplementario por parte de los Estados miembros.

98. Con esto, sin embargo, no es suficiente para regular de forma equilibrada los factores económicos que pueden incentivar o disuadir del ejercicio de pretensiones colectivas. La directiva incide en este aspecto –a efectos prácticos, el más trascendente– con una serie de reglas a través de las cuales aspira a lograr la cuadratura del círculo.

99. En primer término, la financiación del litigio por parte de terceros se somete a un control estricto, a través de las normas del art. 10, antes expuestas, que obligan a la entidad demandante a revelar sus fuentes de financiación y a detectar posibles conflictos de interés, y que pueden determinar la renuncia a la financiación o la exclusión de la legitimación de la entidad demandante. Estos controles pueden ser en cierta medida redundantes o innecesarios, si se tiene en cuenta que este tipo de procesos ofrecen muy pocos incentivos para terceros financiadores que no sean altruistas –ni tengan interés en perjudicar al demandado. En efecto, la exclusión de los daños punitivos y el estricto control sobre el destino de los fondos que se logren harán que, en la práctica, los terceros con capacidad para financiar el proceso no vean provecho o beneficio para ellos en hacerlo.⁷⁸

100. En segundo término, se somete la imposición de costas al principio objetivo del vencimiento (*loser pays rule*) (art. 12): la entidad demandada habrá de reembolsar las costas a la entidad demandante, si la pretensión es estimada; y, a la inversa, la entidad demandante será condenada en costas en caso de desestimación. La regla, no obstante, abre la puerta a las condiciones y excepciones previstas en la legislación procesal nacional. Esta remisión es crucial, pues en ella ha de hallarse la respuesta, v.g., para los casos de vencimiento parcial, que pueden ser frecuentes, singularmente si se ejercen acciones resarcitorias que se concreten en la condena al pago de indemnizaciones: no será extraño que el *quantum* indemnizatorio concedido sea sustancialmente inferior al reclamado. El riesgo de esta remisión es que no hay solución armonizada, ni necesariamente razonable, pues en materia de condena en costas tan importante es la regla general como sus matices y excepciones.

En este terreno de las excepciones, de hecho, aporta la directiva una previsión adicional: se prohíbe expresamente que sean los consumidores afectados por la acción quienes deban asumir las costas de la entidad habilitada o del empresario (art. 12.2), aunque se abre la puerta a que los consumidores individuales deban pagar las costas provocadas por ellos de forma deliberada o negligente, en proporción al impacto de su conducta (art. 12.3).

101. Finalmente, debe recordarse la regla, antes apuntada, en que permite a los Estados miembros establecer normas en virtud de las cuales se pueda exigir a los consumidores afectados la contribu-

⁷⁸ Cfr., entre otros, S. MENÉTREY, «Le financement privé des actions collectives: perspective comparative et enjeux européens», *Revue internationale de droit économique*, 2018-4, pp. 499-515; A. STADLER, “Third Party Funding of Mass Litigation in Germany. Entrepreneurial Parties – Curse or Blessing?”, en L. CADIET, B. HESS, M. REQUEJO ISIDRO, *Privatizing Dispute Resolution. Trends and Limits*, Nomos, Baden-Baden, 2019, pp. 209-232; S. COROMINAS BACH, “La financiación de las acciones colectivas en la Unión Europea: un análisis crítico a partir de la experiencia comparada”, en T. ARMENTA DEU, S. PEREIRA PUIGVERT (coords.), *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, cit., pp. 297-313; P. SÁNCHEZ RIVERA, “La financiación de las acciones colectivas y la third party funding. Especial referencia a la experiencia en Australia y Estados Unidos”, en T. ARMENTA DEU, S. PEREIRA PUIGVERT (coords.), *Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectivas de futuro)*, cit., pp. 315-332.

ción al soporte económico del proceso, a través de una suma que en todo caso ha de ser «modesta» (art. 20.3) –algo que habrá de verse en cada Estado miembro y en función de lo que esté en juego en el litigio.

102. Está claro el *leitmotiv* de la regulación de la directiva en este punto: impedir que la litigación colectiva se convierta en una suerte de nicho para la litigación abusiva y potencialmente distorsionadora de la libre competencia, pues así es como se percibe el fenómeno de las *class-actions* en Estados Unidos.⁷⁹ Pero, con las reglas dispuestas, cabe preguntarse lo siguiente: ¿cómo se financian los procesos colectivos, especialmente los que previsiblemente sean más costosos y complejos, esto es, aquellos que afecten a un mayor número de personas? La respuesta, como se acaba de ver, resulta de la combinación de factores múltiples: i) los recursos propios de las entidades habilitadas, teniendo en cuenta que no pueden tener ánimo de lucro, pero sí ahorros; ii) los Estados miembros, en la medida y modo en que así lo decidan, v.g. a través de ayudas o subvenciones, exenciones de tasas judiciales o vinculando a este fin las multas recaudadas por incumplimiento de acciones de cesación; iii) los propios consumidores, si se les pueden reclamar contribuciones «modestas» para adherirse a los procesos colectivos; iv) los despachos de abogados, en la medida en que los límites impuestos a nivel interno a los pactos de *quota litis* les permitan obtener algún margen de beneficio; v) aquellos terceros que, sin estar incursos en conflicto de interés, encuentren algún tipo de incentivo en financiar el litigio.

103. En vista del panorama, resulta difícil vaticinar el nivel de utilidad práctica de la herramienta diseñada por el legislador europeo. Existe un claro riesgo de «muerte por inanición» si la financiación se convierte realmente en un problema. Y esto, a su vez, obliga a plantearse si en realidad no hay forma de arbitrar un sistema eficaz de tutela colectiva resarcitoria que no sea manejando las mismas o, al menos, algunas variables del modelo estadounidense.⁸⁰ Y es que si, al final, el funcionamiento acaba dependiendo del apoyo público que reciban las entidades habilitadas, llega un momento en que puede considerarse redundante, pues cabría concluir que sería más hacedero crear una superestructura administrativa regulatoria, como el hipotético *Defensor del Pueblo Europeo para las acciones de reparación colectivas* cuya creación se contempla en el art. 23.⁸¹

III. A modo de conclusión provisional: ¿puede existir un modelo europeo de tutela colectiva, más allá del rechazo al modelo estadounidense?

104. Esta última apreciación nos obliga a plantearnos si la nueva directiva nos coloca realmente a las puertas de un modelo europeo de tutela colectiva, ante una verdadera *European way to collective redress*. Todo depende, por supuesto, de qué se entienda por «modelo». A mi juicio, para que haya modelo es necesario que estén definidos los elementos esenciales del sistema, sin perjuicio de que pueda haber variantes locales –es decir, en cada Estado miembro–. El problema es que, tras analizar los elementos básicos del sistema que se establece en la directiva, resulta difícil hablar de un modelo medianamente completo cuando (i) de un lado, no se aspira a que sea la única fórmula para la tutela colectiva, sino que los ordenamientos procesales nacionales pueden disponer de otras herramientas, que resulten muy

⁷⁹ S. ISSACHAROFF, G.P. MILLER, “Will Aggregate Litigation come to Europe?”, 62 *Vanderbilt Law Review* (2009), pp. 179 y ss., esp. pp. 197-202; R. NAGAREDA, “Aggregate Litigation Across the Atlantic and the Future of American Exceptionalism”, 62 *Vanderbilt Law Review* (2009), pp. 1-52.

⁸⁰ G. CALABRESI, K. SCHWARTZ, “The costs of class actions: allocation and collective redress in the US experience”, *European journal of law and economics*, 2011-2, pp. 169-183; A. STADLER, “Abtretungsmodelle und gewerbliche Prozessfinanzierung bei Masseschäden”, *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2018-4, pp. 189-194; A. CASSONE, G.B. RAMELLO (eds.), *The Law and Economics of Class Actions in Europe: Lessons from America*, Edward Elgar, Cheltenham, 2012, pp. 219-236.

⁸¹ Según el precepto, a más tardar cinco años después de la aplicación de la directiva, la Comisión valorará si las acciones de representación transfronterizas pueden abordarse mejor a escala de la Unión estableciendo un Defensor del Pueblo Europeo para las acciones de reparación colectivas. A tal fin, se elaborará un informe y se enviará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, acompañado, en su caso, de la correspondiente propuesta.

diferentes a la esbozada en la directiva y (ii) de otro lado, se delega la definición de muchos extremos relevantes en la autonomía procesal de los Estados miembros.

105. Con el margen de maniobra ofrecido a los Estados miembros hay muchos elementos del sistema que pueden ser muy diversos de un país a otro. No se trata solo de que no haya una mínima armonización procedimental, que permitiese identificar algunas «piezas comunes» en todas las implementaciones nacionales, como podría ser la existencia de una fase inicial *ad hoc* para efectuar los controles sobre la entidad legitimada y su financiación. La directiva ofrece en algunos extremos tanta libertad a los Estados miembros, que, por ejemplo, en algunos las pretensiones colectivas resarcitorias podrán interponerse ante autoridades administrativas, algo más que impensable en muchos otros. Queda igualmente indefinido algo tan básico como la opción por un modelo de inclusión o de exclusión de los consumidores en el ámbito subjetivo del proceso, a pesar del cambio radical de enfoque que subyace a uno y otro. Lo mismo sucede, por poner otro ejemplo, con el acceso a fuentes de prueba en poder de la parte contraria o de terceros, cuya eficacia dependerá de cómo lo haya diseñado cada legislador nacional.

106. Por supuesto, también son varios los extremos que sí se definen con suficiente claridad en la directiva. El principal, a mi juicio, es la férrea voluntad de controlar la legitimación activa, que sirve también como filtro para evitar un uso indebido del sistema. La directiva se decanta por una legitimación de tipo extraordinario concentrada en una lista cerrada de entidades, sobre las que está previsto un estricto control público. Se excluye, pues, cualquier manifestación de espontaneidad y cualquier margen de acción a los individuos.⁸²

107. También es llamativo el interés del legislador europeo en definir las pretensiones susceptibles de ser ejercitadas por los cauces de esta herramienta. En esto, es notoria la voluntad de categorizar la accionabilidad, vinculándola, sobre todo en su dimensión reparatoria, al contenido de los derechos infringidos –definidos, en su gran mayoría, también por el legislador europeo.

108. Destaca asimismo, como elemento definitorio, la preocupación por someter a mayores controles los casos de dimensión transfronteriza. En esto chocan dos pulsiones enfrentadas: de un lado, el miedo de los Estados miembros a que sus sistemas económicos se vean sometidos a distorsiones foráneas a través de acciones colectivas; de otro, la idea básica de que nos hallamos en un mercado común, cuya dimensión como Espacio de Justicia se funda en el principio del mutuo reconocimiento y en la confianza recíproca.

109. En último término, debe recordarse la indefinición en cuanto a la dimensión económica de la litigación colectiva: se tiene claro lo que se quiere lograr –disuadir la litigación colectiva abusiva–, pero al hacerlo se corre el riesgo de que deje de haber suficientes incentivos como para que la herramienta se acabe utilizando en la práctica.

110. Estos elementos configuran una suerte núcleo duro de la directiva, del que se deduce en gran medida que el legislador europeo está queriendo «nadar y guardar la ropa». Es evidente que las herramientas de tutela colectiva son imprescindibles para una adecuada aplicación práctica del Derecho de consumo y, en un espacio económico y jurídico común como el europeo, era imperativo alcanzar unos estándares comunes mínimos y promover una cierta armonización –no queda más remedio que «nadar» en el *mainstream* de la tutela colectiva–. Pero, al mismo tiempo, se huye del modelo estadounidense de las *class actions*, pues se considera una fuente de litigación abusiva, potencialmente distorsionadora del modelo económico-productivo europeo⁸³ –de ahí que se quiera «guardar la ropa».

⁸² Se plantea siempre la duda de si debe incentivarse la actuación de estos sujetos o, por el contrario, debe desconfiarse de ellos: cfr. T. EISENBERG, G. MILLER, “Incentive Awards to Class Action Plaintiffs: an Empirical Study”, 53 *UCLA L. Rev.* 1303 (2005-2006).

⁸³ Sobre la interrelación entre acciones colectivas y sistema económico cfr. D. HENSLER, C. HODGES, I. TZANKOVA (eds.), *Class actions in context: How culture, economics and politics shape collective litigation*, Edward Elgar, Cheltenham, 2016.

111. Pero nadar y guardar la ropa no es sencillo. El legislador europeo, por ejemplo, no tiene fácil prohibir los daños punitivos, pues pueden ser aceptables en los ordenamientos de algunos Estados miembros y, de hecho, se ha visto ya cómo no se han considerado incompatibles con el orden público a efectos de su reconocimiento y ejecución en determinados Estados miembros que no los admiten.⁸⁴ Evitar una financiación abusiva de los litigios por parte de terceros, por otra parte, puede ser un simple brindis al sol, en la medida en que ya el sistema no ofrece de por sí los incentivos que podrían justificar una financiación legítima por terceros –o por los propios despachos de abogados. Por otro lado, la creación de fondos para recibir y gestionar las indemnizaciones, como herramienta para evitar a los consumidores el recurso a un procedimiento autónomo para cobrar –privatizando la ejecución de las sentencias– coloca el sistema europeo justamente al otro lado del Atlántico.

112. Siendo realistas, la directiva es un fiel reflejo del estado de cosas en el seno de la Unión y, en esa medida, es muestra de lo máximo que podía conseguirse de los Estados miembros en una materia considerada por estos como muy sensible y plagada de líneas rojas para unos y otros.⁸⁵

⁸⁴ La cuestión lleva planteándose bastante tiempo: cfr., v.g., A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 16ª ed., Granada, 2016, pp. 1426-1435; también E.C. STIEFEL, R. STÜRNER, A. STADLER, “The enforceability of excessive U.S. punitive damage awards in Germany”, *American Journal of Comparative Law*, 1991-4, pp. 779-802. El debate más reciente se está produciendo en Italia, como apunta E. D’ALESSANDRO, “Reconocimiento y exequátur en Italia de sentencias extranjeras que condenan al pago de daños punitivos”, *Revista de Derecho Privado*, N.º 34, 2018, pp. 313-326.

⁸⁵ Contrasta, por ello, con una iniciativa paralela, mucho más acabada, que se ha formulado en el marco del proyecto conjunto del *European Law Institute* (ELI) y de UNIDROIT para la elaboración de unas reglas comunes europeas en materia de proceso civil, las llamadas *European Rules on Civil Procedure*. Dentro del cuadro de reglas confeccionadas, la Parte XI (reglas 204 a 238) se dedica de forma íntegra a los procesos colectivos y ofrece un modelo más detallado, especialmente en relación con aspectos procedimentales cruciales, como el control de admisibilidad de las demandas, los poderes del juez o la eficacia de las sentencias; las reglas sobre procesos colectivos cuentan, además, con la ventaja de insertarse en el contexto más amplio de las reglas en sí, lo que otorga una mayor coherencia al sistema diseñado. Para más información sobre el Proyecto se pueden consultar las webs del ELI (<https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/current-projects-feasibility-studies-and-other-activities/current-projects/civil-procedure/>) y de UNIDROIT (<https://www.unidroit.org/work-in-progress/transnational-civil-procedure>) (último acceso para ambas el 3 de junio de 2020). Cfr. También R. STÜRNER, “Principles of European civil procedure or a European model code? Some considerations on the joint ELI-UNIDROIT project”, *Uniform Law Review* 19 (2014), pp. 322 y ss.; N. TROCKER, “From ALI-UNIDROIT Principles to common European rules on access to information and evidence? A preliminary outlook and some suggestions”, *Uniform Law Review* 19 (2014), pp. 239-291; B. HESS, “Unionsrechtliche Synthese: Mindeststandards und Verfahrensgrundsätze im *acquis communautaire* / Schlussfolgerungen für European Principles of Civil Procedure”, en M. Weller, C. Althammer (eds.), *Mindeststandards im europäischen Zivilprozessrecht*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2020, pp. 221 y ss.; C. H. van Rhee, “Approximation of Civil Procedural Law in the European Union”, en B. Hess, X. Kramer (eds.), *From common rules to best practices in European Civil Procedure*, Nomos-Hart, Baden-Baden, 2017, pp. 63-75; A. UZELAC, “Towards European Rules of Civil Procedure: Rethinking Procedural Obligations”, *Hungarian Journal of Legal Studies* 58, No 1, pp. 3-18 (2017). E. SILVESTRI, “The ELI/UNIDROIT Project: A General Introduction”, en F. GASCÓN INCHAUSTI, B. HESS (eds.), *The Future of the European Law of Civil Procedure. Coordination or Harmonisation?*, Intersentia, Cambridge, 2020, pp. 199-204. Analizando de forma específica las reglas en materia de procesos colectivos, cfr. A. STADLER, V. SMITH, E. JEULAND (eds.), *Collective and Mass Litigation in Europe: Model Rules for Effective Dispute Resolution*, Edward Elgar, Cheltenham, 2020.

EL EJERCICIO TRANSFRONTERIZO DE LA ACCIÓN CIVIL DE RECTIFICACIÓN

THE CROSS-BORDER EXERCISE OF THE CIVIL REPLY ACTION

JAVIER MARTÍNEZ CALVO

*Doctor en Derecho. Miembro Colaborador del Grupo de Investigación Ius Familiae
Universidad de Zaragoza*

Recibido: 13.04.2020 / Aceptado: 04.05.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5673>

Resumen: Pese a las iniciativas de armonización que se han llevado a cabo desde algunos foros internacionales, la regulación del derecho de rectificación se encuentra dispersa en los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados, que lo han configurado de modo diverso. Ello dificulta el ejercicio transfronterizo de la acción civil de rectificación y plantea algunos problemas para la determinación de la competencia judicial internacional y de la ley aplicable, dado que el Derecho Internacional Privado no se refiere de forma expresa al derecho de rectificación.

Palabras clave: Derecho de rectificación, Derecho Internacional, competencia judicial internacional, ley aplicable.

Abstract: Despite the initiatives of harmonization that have been carried out from some international forums, the regulation of the right of reply is dispersed in the legal systems of the different States, which have configured it in different ways. This makes the cross-border exercise of the civil reply action difficult and presents some problems for the determination of international jurisdiction and applicable law, since Private International Law does not expressly refer to the right of rectification.

Keywords: Right of reply, International Law, international jurisdiction, applicable law.

Sumario: I. Introducción. II. El derecho de rectificación en la normativa supranacional. III. Dispersión normativa y falta de armonización de la regulación del derecho de rectificación en los ordenamientos nacionales. IV. El ejercicio transfronterizo de la acción de rectificación desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado. 1. Competencia judicial. A) Determinación de la competencia judicial internacional. B) Determinación de la competencia interna de los tribunales españoles. 2. Ley aplicable. VI. A modo de conclusión.

I. Introducción

1. Cuando una persona resulta perjudicada por la publicación de informaciones falsas o inexactas, nuestro ordenamiento jurídico pone a su disposición diferentes mecanismos de reacción (tanto en el ámbito civil¹ como en el penal² y el administrativo³). Entre los mecanismos civiles se encuentra el

¹ El objetivo de esta acción será el restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior, así como el resarcimiento de los perjuicios sufridos a través de la correspondiente indemnización (artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen).

² A través del ejercicio de una acción por injurias (artículos 208 y ss. del Código Penal) o calumnias (artículos 205 y ss. del Código Penal).

³ Al tratarse de derechos fundamentales, podrá recurrirse al procedimiento especial previsto en los artículos 114 y ss. de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa

denominado derecho de rectificación, que cuenta con una regulación específica, contenida en la Ley Orgánica 2/1984, reguladora del derecho de rectificación (en adelante: LODR).

2. De acuerdo con el artículo primero de dicha norma, el derecho de rectificación puede definirse como la facultad que tiene toda persona, física o jurídica, para solicitar la rectificación de la información difundida en un medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio. Por tanto, su objeto es reparar el daño causado por una información errónea, permitiendo al aludido por ella que ofrezca otra versión sobre los mismos hechos.

3. Aunque el artículo 1 LODR limita la posibilidad de ejercer el derecho de rectificación únicamente ante información publicada en un medio de comunicación social, esta materia se ha visto reformada por la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante: LOPDP), que ha extendido la posibilidad de ejercer dicha acción frente a información difundida en redes sociales o servicios equivalentes.

4. Ahora bien, aun sin negar la buena intención del legislador, lo cierto es que más allá de ampliar la posibilidad de ejercer el derecho de rectificación frente a informaciones publicadas en la red, la regulación que ofrece el artículo 85 LOPDP es muy somera y, prácticamente, se limita a realizar una remisión en bloque a la regulación contenida en la Ley Orgánica 2/1984, reguladora del derecho de rectificación. Por ello, es discutible que resulte suficiente para adaptar el derecho de rectificación al escenario actual, en el que internet ha revolucionado el sector de las comunicaciones y la mayoría de la información se difunde a través de este medio.

5. La internacionalización de las comunicaciones, favorecida por el desarrollo de internet, exige nuevas soluciones que vayan más allá de las legislaciones nacionales⁴. Al respecto, como vamos a ver, desde las distintas instancias internacionales se han llevado a cabo numerosas iniciativas con objeto de armonizar la regulación del derecho de rectificación. Pero, aunque ha habido algunos avances, actualmente dicha regulación se encuentra dispersa en los ordenamientos internos de los distintos Estados. Ello puede provocar algunos problemas para el ejercicio de la acción de rectificación, especialmente desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado.

6. En las siguientes líneas se analizarán todas estas cuestiones. Pero antes, para evitar confundir al lector, conviene advertir desde este momento que las expresiones utilizadas en el ámbito internacional para referirse al derecho que nos ocupa son variadas: en ocasiones se habla de derecho de rectificación, pero en otras de derecho de réplica o de derecho de respuesta. Y lo mismo ocurre en el ámbito comparado. En cualquier caso, con objeto de unificar, me referiré a él como derecho de rectificación, por ser la expresión que recoge el ordenamiento jurídico español.

II. El derecho de rectificación en la normativa supranacional

7. En el ámbito del Derecho Internacional, el primer texto en el que puede considerarse incluido el derecho de rectificación es la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948⁵. Aunque no lo menciona de forma expresa, puede extraerse de su artículo 19⁶, que señala que “*todo individuo tiene*

⁴ No podemos olvidar que la expansión de internet ha hecho que las fronteras físicas entre los ciudadanos desaparezcan. Como señala Benito García, «el derecho de la información será cada vez más un derecho internacional de la información» (vid. J.M. BENITO GARCÍA, “El derecho de rectificación electrónica: una forma interactiva de participación”, en AA.VV.: *La ética y el derecho de la información en los tiempos del postperiodismo*, Valencia: Fundación COSO de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad, 2007, p. 164).

⁵ Disponible en: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> (fecha última consulta: 01/04/2020).

⁶ Vid. A. ROSAS MARTÍNEZ, “¿Derecho de rectificación, derecho de respuesta o derecho de réplica?”, *Derecho Comparado de la Información*, julio-diciembre, 2011, p. 90

derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a casusa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión". Así mismo, el artículo 12 dispone que *"nadie será objeto de inferencias arbitrarias en su vida privada, su familia, domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales inferencias o ataques"*.

8. Si se refiere expresamente al derecho de rectificación la Convención sobre el Derecho Internacional de Rectificación⁷, que fue aprobada por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1952 y que entró en vigor el 24 de agosto de 1962. No obstante, se trata de un derecho pensado para combatir la difusión de informaciones falsas que puedan ser perjudiciales para las relaciones amistosas entre Estados, como expresamente reconoce en su exposición de motivos. En congruencia con ello, la legitimación activa y pasiva de la acción de rectificación prevista en este Tratado corresponde exclusivamente a los Estados parte. Así se deduce de su artículo tercero, que en su primer párrafo señala que *"dentro del plazo más breve posible, y en todo caso dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha de recibo de un comunicado transmitido con arreglo a las disposiciones del artículo II, todo Estado Contratante, sea cual fuere su opinión respecto de los hechos de que se trate deberá: distribuir el comunicado a los corresponsales y agencias de información que ejerzan actividades en su territorio, por las vías habitualmente utilizadas para la transmisión de informaciones sobre asuntos internacionales destinadas a la publicación(...)"*; y en su segundo punto dispone que *"en caso de que un Estado Contratante no cumpla la obligación que le impone este artículo respecto de un comunicado de otro Estado Contratante, este último podrá aplicar el principio de reciprocidad y observar la misma actitud cuando el Estado que haya faltado a sus obligaciones le presente ulteriormente un comunicado"*. La importancia de esta norma radica, sobre todo, en el hecho de constituir la primera referencia expresa al derecho de rectificación en el ámbito del Derecho Internacional. Al margen de ello, lo cierto es que este Tratado cuenta con muy pocos estados signatarios (entre los que no se encuentran algunas de las principales potencias, como Estados Unidos o Rusia) y presenta importantes carencias, como la inexistencia de consecuencia alguna para el supuesto de que alguno de los Estados parte no cumpla con sus obligaciones, más allá de facultar al Estado perjudicado para que mantenga una actitud de reciprocidad y niegue también una eventual solicitud de rectificación procedente del primero. Debido al fracaso del Tratado, la Organización de las Naciones Unidas comenzó a recomendar a los Estados que celebraran acuerdos regionales entre países vecinos que permitan regular el derecho de rectificación más allá de las fronteras nacionales⁸.

9. También ha previsto expresamente el derecho de rectificación la Convención Americana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969⁹, que, esta sí, legitima a los particulares para su ejercicio. Al respecto, en su artículo 14 establece que *"toda persona afectada por informaciones inexactas o agravantes emitidas en su perjuicio, a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley"*. La Convención Americana de Derechos Humanos es, todavía hoy, el único texto internacional de Derechos Humanos en referirse de forma específica al derecho de rectificación.

10. En el ámbito del Consejo de Europa, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950¹⁰ no menciona expresamente el derecho de rectificación, pero, al igual que hemos visto que ocurre con la

⁷ Disponible en: <http://hrlibrary.umn.edu/instree/spanish/su1circ.html> (fecha última consulta: 01/04/2020).

⁸ Vid. P. FARRÉ LÓPEZ, "El Derecho de rectificación en la Organización de Naciones Unidas", La Ley, 4275, 2010, p. 2 (esta doctrina forma parte del libro "El derecho de rectificación. Un instrumento de defensa al poder de los medios", edición nº 1, Editorial La Ley, Madrid, octubre 2008).

⁹ Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf (fecha última consulta: 01/04/2020).

¹⁰ Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf (fecha última consulta: 01/04/2020).

Declaración Universal de Derechos Humanos, puede extraerse de varios de los principios que recoge. En este sentido, en su artículo 10.1 establece que *“toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras(...)”*. Además, en su artículo 8.1 señala que *“toda persona tiene derecho al respeto de su vida, vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia(...)”*. Este reconocimiento implícito del derecho de rectificación en el Convenio Europeo de Derechos Humanos tiene dos importantes consecuencias: la primera es que podrá hacerse valer en países miembros del Consejo de Europa que no lo hayan regulado expresamente, y, la segunda, que legitimará a los particulares para interponer recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en caso de que dicho derecho resulte vulnerado¹¹.

11. Además de la referencia implícita al derecho de rectificación que recogen los artículos 8.1 y 10.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, se han ido promulgando en el seno del Consejo de Europa algunos textos que aluden a este derecho:

12. El primero de ellos fue la Resolución 582 (1970) de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, de 23 de enero de 1970, relativa a los medios de comunicación de masas y a los derechos del hombre, que recomendó al Comité de Ministros la creación de un consejo de expertos para estudiar la armonización de las normas de los Estados miembros en diferentes materias, entre las que se incluyó el derecho de rectificación.

13. De mayor trascendencia resulta la Resolución (74) 26, de 2 de julio de 1974, del Comité de Ministros, sobre el derecho de réplica¹². Y es que, pese a carecer de carácter vinculante, supuso un importante paso para la armonización de las normas reguladoras del derecho de rectificación en los distintos Estados¹³. De hecho, ha tenido una notable incidencia en la configuración del derecho de rectificación en nuestro ordenamiento jurídico¹⁴. En el primer punto de su anexo señala que *“todas persona física o jurídica, así como cualquier otra entidad, con independencia de su nacionalidad o residencia, que sea designada en un diario, un escrito periódico, en una emisión de radio o de televisión o por cualquier otro medio de comunicación de carácter periódico, y respecto de la cual hayan sido publicadas informaciones conteniendo hechos que ella considere inexactos, puede ejercer el derecho de respuesta con el fin de corregir los hechos que le aluden”*; y en el punto segundo dispone que *“a petición de la persona aludida, el medio de comunicación de masas está obligado a publicar la respuesta que esta persona le haya hecho llegar”*.

14. Posteriormente el Comité de Ministros del Consejo de Europa emitiría la Recomendación (84) 22, de 7 de diciembre de 1984, sobre la utilización de las capacidades de satélite para la televisión y radiofusión sonora, que en su artículo 4 establece que *“se permitirá a toda persona física o jurídica, cualquiera que sea su nacionalidad o lugar de residencia, ejercer el derecho de rectificación o tener acceso a recursos similares, en relación con los programas a los que se refiere esta Recomendación”*.

¹¹ Vid. P. FARRÉ LÓPEZ, “El Derecho de rectificación en el Consejo de Europa”, La Ley, 4276, 2010, p. 1 (esta doctrina forma parte del libro “El derecho de rectificación. Un instrumento de defensa al poder de los medios”, edición nº 1, Editorial La Ley, Madrid, octubre, 2008).

¹² Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/freedom-expression> (fecha última consulta: 01/04/2020).

¹³ Vid. L.C. BANDRÉS OROÑEZ, “El derecho de rectificación”, Diario La Ley, 8837, 2016, p. 10.

¹⁴ Tanto es así, que durante la elaboración de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación, el Ministro de Justicia del momento, Ledesma Bartret, señalaba que dicha norma se inspiraba en la resolución nº 26 de 1974 del Comité de Ministros del Consejo de Europa (vid. L. GUTIÉRREZ GOÑI, “Influencia de la Resolución (74) 26, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la vigente regulación española del derecho de rectificación”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 624, p. 1).

15. Un lustro más tarde se adoptó el Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza de 5 de mayo de 1989¹⁵, que en su artículo 8.1 dispone que *“cada parte transmisora se asegurará de que toda persona física o jurídica, cualquiera que fuere su nacionalidad o lugar de residencia, pueda ejercer el derecho de réplica o tener acceso a otro recurso jurídico o administrativo equiparable con respecto a emisiones transmitidas o retransmitidas por organismos o con ayuda de medios técnicos que dependan de su jurisdicción”*.

16. Para cerrar este breve recorrido por la regulación supraestatal del derecho de rectificación voy a hacer una referencia al derecho de la Unión Europea. Al respecto, hay que empezar diciendo que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión el 7 de diciembre de 2000¹⁶, no incluye ninguna referencia al derecho de rectificación. Sin embargo, ello no significa que el ordenamiento comunitario haya permanecido totalmente ajeno al reconocimiento de este derecho.

17. La primera referencia al derecho de rectificación la encontramos en el Libro Verde sobre el establecimiento del mercado común de radiodifusión, especialmente por satélite y por cable, elaborado en el año 1984 por la Comisión Europea. En el mencionado texto, la Comisión aboga por la armonización de las normativas de los Estados miembros en la regulación del derecho de rectificación¹⁷.

18. Posteriormente, se aprobó la Directiva 89/552/CEE, de 3 de octubre, del Consejo, sobre coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de radiodifusión televisiva¹⁸, que se refiere al derecho de rectificación en su artículo 23. Dicho precepto fue objeto de modificación por parte de la Directiva 97/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE¹⁹, que le dio su redacción actual. En su primer punto señala que *“sin perjuicio de las demás disposiciones civiles, administrativas o penales adoptadas por los Estados miembros, cualquier persona física o jurídica, independientemente de su nacionalidad, cuyos legítimos derechos, en particular por lo que atañe a su honor y su reputación, hayan sido lesionados como consecuencia de una alegación incorrecta hecha en un programa televisivo deberá poder disponer de un derecho de réplica o de medidas equivalentes”*. Además, en su tercer párrafo, dispone que *“los Estados miembros adoptarán las disposiciones necesarias para establecer este derecho o estas medidas y determinar el procedimiento para su ejercicio”*.

19. No obstante, las anteriores Directivas únicamente se refieren al derecho de rectificación en el ámbito específico de la televisión²⁰. Y lo mismo ocurre con la Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Directiva 89/552/CE²¹, aunque este último texto recoge una novedad importante: introduce por primera vez una referencia al

¹⁵ Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1998-9479 (fecha última consulta: 01/04/2020).

¹⁶ Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf (fecha última consulta: 01/04/2020).

¹⁷ Para ello, la Comisión proporciona una serie de directrices. Puede consultarse un extracto de las mismas en: L.C. BARRÉS OROÑEZ, “El derecho de rectificación”, op. cit., pp. 7 y 8.

¹⁸ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:31989L0552> (fecha última consulta: 01/04/2020).

¹⁹ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A31997L0036> (fecha última consulta: 01/04/2020).

²⁰ Ello, pese a que desde el Parlamento Europeo se venía reclamando desde largo tiempo atrás el establecimiento de un derecho de rectificación en todos los medios de comunicación. En este sentido, pueden destacarse dos Resoluciones: la de 12 de marzo de 1982, relativa a la televisión y a la radiodifusión en la Comunidad Económica Europea; y la de 16 de septiembre de 1991, sobre la concentración de los medios de comunicación y el pluralismo. En esta última Resolución solicitaba expresamente a la Comisión la presentación de una propuesta de Directiva que garantizara el derecho de rectificación en todos los medios de comunicación (punto 26).

²¹ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32007L0065> (fecha última consulta: 01/04/2020).

posible ejercicio del derecho de rectificación en internet. Sin embargo, lo hace de una forma somera, limitándose a plantear la posibilidad de que el derecho de rectificación pueda resultar de aplicación también en internet: *“el derecho de réplica es un recurso jurídico apropiado para la radiodifusión televisiva y podría aplicarse también en el ámbito de los servicios en línea”* (punto 53). Una posibilidad que, por otro lado, ya había sido planteada un año antes por la Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de diciembre de 2006, relativa a la protección de los menores y de la dignidad humana y al derecho de réplica en relación con la competitividad de la industria europea de servicios audiovisuales y de información en línea²²: *“conviene que el derecho de réplica o los recursos equivalentes se apliquen a todos los medios de comunicación en línea y que se tomen en consideración las características respectivas del medio y del servicio”* (punto 15). Además, este último texto dedica su anexo 1 al establecimiento de una serie de directrices para la aplicación, a escala nacional, de medidas para garantizar el derecho de rectificación en relación con los medios de comunicación en línea. Su objetivo es *“instaurar, en la legislación o las prácticas nacionales de los Estados miembros, medidas destinadas a garantizar el derecho de réplica o recursos equivalentes en relación con los medios de comunicación en línea, teniendo debidamente en cuenta sus disposiciones legislativas nacionales y constitucionales y sin perjuicio de la posibilidad de adaptar su ejercicio a las particularidades de cada tipo de medio de comunicación”*.

20. Posteriormente, la Comisión aprobó la Directiva 2010/13/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, de coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual²³. Aunque está referida de nuevo al ámbito específico de la televisión, insiste en que *“el derecho de réplica es un recurso jurídico apropiado para la radiodifusión televisiva y podría aplicarse también en el ámbito de los servicios en línea”*.

21. Más recientemente, se adoptó el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE²⁴, y que es conocido como Reglamento General de Protección de Datos. No obstante, no se ha aprovechado la ocasión para dotar al derecho de rectificación de un marco jurídico uniforme en el espacio europeo. De hecho, el texto no recoge ninguna referencia al derecho de rectificación ante la publicación de informaciones erróneas o inexactas

III. Dispersión normativa y falta de armonización de la regulación del derecho de rectificación en los ordenamientos nacionales

22. Como hemos visto en el apartado anterior, las distintas iniciativas llevadas a cabo en el marco del Derecho Internacional no han fructificado en la creación de un derecho de rectificación universal y homogéneo; y ni siquiera en el ámbito europeo se ha conseguido la pretendida unificación normativa. Lejos de ello, la mayor parte de los textos se limitan a recomendar (en la mayoría de los casos) o a imponer a los Estados que incluyan este derecho en sus respectivos ordenamientos jurídicos.

23. Ante el fracaso de los organismos internacionales para introducir un derecho de rectificación de carácter universal, su regulación se encuentra dispersa en los ordenamientos nacionales, cada uno de los cuales lo ha configurado en un modo diverso.

²² Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2006.378.01.0072.01.SPA&toc=OJ.L:2006:378:TOCrv:OJ.L_.2006.378.01.0072.01.SPA&toc=OJ.L:2006:378:TOC (fecha última consulta: 01/04/2020).

²³ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010L0013&from=EN3&from=EN> (fecha última consulta: 01/04/2020).

²⁴ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679=EN3&from=EN> (fecha última consulta: 01/04/2020).

24. Pero ello no quiere decir que los esfuerzos llevados a cabo para tratar de armonizar la regulación de los distintos Estados hayan resultado totalmente en balde. De hecho, es posible encontrar muchas analogías entre las diferentes regulaciones, precisamente gracias a esta labor armonizadora²⁵. A modo de ejemplo, la mayor parte de los Estados de nuestro entorno (con alguna excepción²⁶) admiten su ejercicio tanto en la vía prejudicial como judicial (en el caso de que la primera no resulte efectiva)²⁷, reconocen este derecho en favor de las personas tanto físicas como jurídicas²⁸, en general establecen plazos breves para su ejercicio²⁹ y no exigen que el perjuicio sea efectivo para que pueda ejercitarse el derecho, bastando con que sea hipotético o probable³⁰.

25. Sin embargo, todavía queda bastante camino por recorrer, pues existen muchas diferencias en la naturaleza, contenido y alcance que las normativas de los Estados han atribuido al derecho de rectificación³¹. Como he adelantado, ni siquiera es uniforme la denominación que utilizan los distintos ordenamientos para referirse a este derecho. A modo de ejemplo, nuestro ordenamiento jurídico habla de derecho de rectificación³², al igual que ocurre con el Derecho italiano (*diritto di rettifica*). En Francia, Portugal y Alemania se habla de derecho de respuesta (*droit de réponse*, *direito de resposta* y *Gegendarstellungsrecht*, respectivamente). Y en los Estados anglosajones suele hablarse de derecho de réplica (*right of reply*)³³. Tampoco coincide la jurisdicción competente para conocer de la acción de rectificación, ni la legitimación activa y pasiva, ni el contenido del propio derecho o los plazos para su ejercicio³⁴.

26. Como vengo señalando, en el marco actual, caracterizado por una creciente internacionalización de la información, esta dispersión normativa es susceptible de generar algunos problemas desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado (a los que paso a referirme en el siguiente apartado); y, además, las diferencias existentes entre los ordenamientos jurídicos de los distintos países conllevan una enorme inseguridad jurídica para los ciudadanos y dificultan enormemente el ejercicio transfronterizo del derecho de rectificación³⁵.

²⁵ Sobre las analogías que presentan las regulaciones del derecho de rectificación en los diferentes Estados, vid. P. FARRÉ LÓPEZ, "Analogías entre los ordenamientos jurídicos tomados en consideración", La Ley, 4286, 2010, p. 1 (esta doctrina forma parte del libro "El derecho de rectificación. Un instrumento de defensa al poder de los medios", edición nº 1, Editorial La Ley, Madrid, octubre, 2008).

²⁶ Vid. P. FARRÉ LÓPEZ, "Diferencias entre los distintos ordenamientos jurídicos", La Ley, 4287, 2010, p. 2 (esta doctrina forma parte del libro "El derecho de rectificación. Un instrumento de defensa al poder de los medios", edición nº 1, Editorial La Ley, Madrid, octubre, 2008).

²⁷ Este es el caso de los ordenamientos anglosajones y escandinavos, en los que no se reconoce un derecho de réplica o rectificación exigible judicialmente (*Ibidem*, p. 1).

²⁸ *Ibidem*, p. 3.

²⁹ Vid. P. FARRÉ LÓPEZ, "Analogías entre los ordenamientos jurídicos...", op. cit., p. 1.

³⁰ *Idem*.

³¹ Un problema al que hacía ya referencia hace varias décadas el Informe de la Comisión Internacional sobre problemas de la Comunicación de 1980 (Informe MacBride). Disponible en: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000034156_spa (fecha última consulta: 01/04/2020).

³² Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación, nuestro ordenamiento también recogía, se distinguía entre el derecho de réplica, cuando la acción era ejercida por una autoridad, y el derecho de rectificación, cuando procedía de un particular (artículos 58 y 62 de la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966). Sin embargo, con la promulgación de la mencionada norma se unificó el sistema bajo un único derecho, al que se le dio la denominación de derecho de rectificación.

³³ Vid. P. FARRÉ LÓPEZ, "Rectificar y replicar", La Ley, 4272, 2010, p. 1 (esta doctrina forma parte del libro "El derecho de rectificación. Un instrumento de defensa al poder de los medios", edición nº 1, Editorial La Ley, Madrid, octubre, 2008).

³⁴ Vid. P. FARRÉ LÓPEZ, "El Derecho de rectificación en el Consejo de Europa", op. cit., p. 4 y "Diferencias entre los distintos ordenamientos jurídicos", op. cit., pp. 1 y ss.

³⁵ Vid. P. FARRÉ LÓPEZ, "El Derecho de rectificación en la Unión Europea", La Ley, 4277, 2010, p. 4 (esta doctrina forma parte del libro "El derecho de rectificación. Un instrumento de defensa al poder de los medios", edición nº 1, Editorial La Ley, Madrid, octubre 2008).

IV. El ejercicio transfronterizo de la acción de rectificación desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado

1. Competencia judicial

A) Determinación de la competencia judicial internacional

27. No encontramos en el ámbito del Derecho Internacional Privado una norma que establezca de forma específica cuál es el tribunal competente para conocer de las demandas que tienen por objeto la salvaguarda de los derechos de la personalidad, y, entre ellas, las relativas al derecho de rectificación, lo que nos obliga a acudir a las normas generales que resultan de aplicación en materia de responsabilidad extracontractual³⁶. Al respecto, contamos con tres posibles instrumentos para aplicar en esta materia, en función de si el demandado está domiciliado en un Estado miembro de la Unión Europea, en un Estado del denominado territorio Lugano o en un tercer Estado³⁷:

28. En aquellos casos en los que el demandado tenga su domicilio en un Estado miembro de la Unión Europea, la competencia judicial vendrá determinada por el Reglamento (UE) 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil³⁸ (en adelante: Bruselas I bis), pues así lo establece su artículo 5.

29. El Reglamento Bruselas I bis atribuye preferencia sobre el resto de foros a la sumisión de las partes, ya sea expresa o tácita (artículos 25 y 26), a excepción de los foros exclusivos. Como es sabido, dicha sumisión consiste en que las partes acuerden atribuir a un tribunal determinado la competencia para resolver los conflictos que puedan surgir entre ellas. Lo cierto es que en el caso que nos ocupa, al movernos en el ámbito extracontractual, normalmente no existirá dicho acuerdo previo de sumisión. No obstante, junto a la sumisión expresa también cabe la denominada sumisión tácita, que tiene lugar cuando el demandante decide interponer la demanda ante un tribunal determinado y el demandado comparece sin impugnar la competencia, en cuyo caso se considera que existe un pacto entre las partes para atribuir la competencia a dicho tribunal.

30. En defecto de sumisión expresa o tácita de las partes que atribuya la competencia a un tribunal determinado, el Reglamento Bruselas I bis establece el foro general del domicilio del demandado (artículo 4). Así, resultarán competentes los tribunales del Estado miembro en el que se encuentre domiciliado el medio de comunicación o la red social o servicio equivalente en el que se haya publicado la información que se pretende rectificar³⁹. En el caso de que se trate de una persona jurídica (lo que en la práctica es muy habitual), se entenderá que está domiciliada en el lugar en que se encuentre: a) su sede estatutaria; b) su administración central, o c) su centro de actividad principal (artículo 63.1 del Reglamento Bruselas I bis).

31. Además, existe un foro especial por razón de la materia, previsto en el artículo 7.2 del Reglamento Bruselas I bis, que otorga competencia judicial internacional a los Tribunales del Estado miembro

³⁶ Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado (volumen II)*, Granada: Comares, 2016, p. 1286. Vid. también: STJUE de 7 de marzo de 1995 —Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint Sarl y Chequepoint International Ltd contra Presse Alliance SA—, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61993CJ0068> (fecha última consulta: 01/04/2020).

³⁷ Vid. G. PALAO MORENO, “Competencia judicial internacional en supuestos de responsabilidad civil en Internet”, en AA.VV.: *Cuestiones actuales de Derecho y tecnologías de la información y la comunicación*, Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006, pp. 275 y ss.; y P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “La vulneración de los derechos de la personalidad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *La Ley Unión Europea*, 4, 2013, pp. 18 y ss.

³⁸ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1215&from=DE> (fecha última consulta: 01/04/2020).

³⁹ Vid. J.M. BENITO GARCÍA, “El derecho de rectificación electrónica...”, op. cit., pp. 175 y 176.

donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso. Por tanto, el demandante podrá presentar la demanda, alternativamente, ante los tribunales del domicilio del demandado o ante los del lugar donde se haya producido o pueda producirse el daño.

32. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que, cuando el Reglamento Bruselas I bis se refiere al lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso, incluye tanto el lugar del hecho causal como aquel en el que se verifica el resultado dañoso (STJUE de 25 de octubre de 2011 —caso eDate Advertising GmbH/X, Olivier Martinez, Robert Martinez/MGN Limited—⁴⁰).

33. Pero cuando se trata de información difundida a través de internet, la determinación de la competencia con base en el lugar en el que se ha producido la verificación del hecho dañoso resulta más problemática, pues es frecuente que se produzcan daños en diferentes Estados⁴¹, y, en concreto, en todos aquellos en los que la información sea o haya sido accesible y en los que la víctima pueda haber sufrido un ataque a su reputación. Ello plantea el interrogante de si es posible solicitar, ante los tribunales de un único Estado, que se publique la rectificación en todos aquellos lugares en los que haya estado accesible la información originaria; o si, por el contrario, ha de solicitarse la rectificación ante los tribunales de todos los Estados en los que se haya difundido la información.

34. Para responder a esta pregunta debemos acudir una vez más a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dimanante de su Sentencia de 25 de octubre de 2011—caso eDate Advertising GmbH/X, Olivier Martinez, Robert Martinez/MGN Limited—⁴², en la que señala que, cuando los daños contra los derechos de la personalidad se producen en varios Estados, en aplicación del foro especial, la víctima puede interponer la acción de reparación, bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se encuentra su centro de intereses, para reclamar por la totalidad del daño causado; o bien ante los órganos jurisdiccionales de cada Estado parte en el que se hayan verificado los perjuicios, pero en este último caso, resultarían competentes para conocer únicamente de los daños producidos en dicho Estado.

35. Si aplicamos la mencionada doctrina de forma específica al derecho de rectificación, el resultado es que el perjudicado puede solicitar, ante los tribunales del Estado en el que se encuentre su centro de intereses, la rectificación de la información publicada en todos los Estados. En cuanto a la determinación del centro de intereses del perjudicado, en el caso de las personas físicas, se suele identificar, por lo general, con el lugar que corresponde a su residencia habitual; mientras que en el caso de las personas jurídicas se atiende al lugar donde la misma ejerce su actividad comercial principal, pues es allí donde su reputación puede verse más perjudicada por la difusión de una información errónea o inexacta⁴³.

36. Respecto a la posibilidad de que el perjudicado se dirija ante los órganos jurisdiccionales de cada uno de los Estados miembros en los que la publicación haya sido difundida y en los que alegue haber sufrido un ataque contra su reputación, conocida como “tesis mosaico”, creo que debería interpretarse de modo restrictivo. Y es que, como ponen de manifiesto Calvo Caravaca y Carrascosa González, una interpretación amplia implicaría que todos los tribunales del mundo serían competentes, debido al alcance mundial de los contenidos publicados en internet⁴⁴. Por ello, siguiendo a los mencionados

⁴⁰ TJCE 2011\331.

⁴¹ Sobre los criterios de determinación del lugar en el que se ha producido el daño en estos supuestos, vid. más ampliamente: A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado (volumen II)*, op. cit., p. 1396 y ss.; A.P. Abarca Junco (et. al.), *Derecho Internacional Privado*, Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2016, pp. 661 y ss.; y C. ESPLUGES MOTA (ET. AL.), *Derecho Internacional Privado*, Valencia: Tirant lo blanch, 2018, pp. 659 y ss.

⁴² TJCE 2011\331.

⁴³ Vid. A. MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, ¿En qué estado se ha producido el daño en el caso de publicación en internet de información inexacta?, *Revista de Derecho Patrimonial*, 45, 2018, p. 4

⁴⁴ Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en internet*, Madrid: Colex, 2001, pp. 110 y ss.

autores, considero que la interpretación más razonable es que no serán competentes los tribunales de aquellos países en los que no se haya producido (ni pueda producirse) perjuicio alguno, lo que, llevado al derecho de rectificación, supone que no tendrán competencia los tribunales de los Estados con los que el sujeto perjudicado no tenga ningún tipo de vínculo, no ejerza ningún tipo de actividad profesional y carezca de proyección pública, puesto que no parece que su derecho al honor sea susceptible de resultar lesionado en dichos lugares.

37. Por otro lado, si el demandado no está domiciliado en ningún Estado miembro, pero tiene su domicilio en uno de los Estados del denominado territorio Lugano (Islandia, Noruega y Suiza), será de aplicación el Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 de octubre de 2007⁴⁵ (en adelante: Convenio de Lugano), tal y como dispone su artículo 4. Al igual que hemos visto para el Reglamento Bruselas I bis, el Convenio de Lugano atribuye preferencia sobre el resto de foros a la sumisión de las partes (artículos 23 y 24). En defecto de sumisión expresa o tácita de las partes que atribuya la competencia a un tribunal determinado, establece el foro general del domicilio del demandado (artículo 2). Y, nuevamente, encontramos un foro especial por razón de la materia: el lugar del hecho dañoso (artículo 5.3). Para su determinación, me remito a lo expuesto unas líneas más arriba.

38. Por último, en caso de que el demandado tenga su domicilio en un Estado que no sea miembro de la Unión Europea y no se encuentre tampoco en el denominado territorio Lugano, para determinar si los tribunales españoles son competentes habrá que acudir a la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial (en adelante: LOPJ), pues tanto el Reglamento Bruselas I (artículo 6.1) como el Convenio de Lugano (artículo 4.1) se remiten a la normativa interna de cada Estado⁴⁶. Ahora bien, ello será así siempre que no nos encontremos ante alguna de las excepciones previstas en el artículo 6.1 del Reglamento Bruselas I y en el artículo 4.1 del Convenio de Lugano (entre las que se encuentra la sumisión de las partes a un tribunal determinado). Por lo demás, téngase en cuenta que, a diferencia del Reglamento Bruselas I bis y del Convenio de Lugano, la LOPJ nos permite determinar únicamente si los tribunales españoles son o no competentes, es decir, no identifica el tribunal que resulta competente en caso de que no lo sean los españoles.

39. Descendiendo a las reglas concretas de determinación de la competencia, el artículo 22 ter.1 LOPJ establece el foro general del domicilio del demandado. No obstante, en la práctica dicho foro no entrará en juego, ya que, si el demandado está domiciliado en España, al tratarse de un Estado miembro de la Unión Europea, resultará de aplicación el Reglamento Bruselas I bis. Sin embargo, la LOPJ también prevé un foro especial en razón de la materia: el lugar del hecho dañoso (artículo 22 quinquies.1.b)). Este foro especial sí podrá resultar operativo, en concreto, en aquellos casos en los que el demandado se encuentre domiciliado en un tercer Estado y el daño se haya producido en España. Ello, siempre que las partes no se hayan sometido expresa o tácitamente a los tribunales españoles o de cualquier otro Estado de la UE o del territorio Lugano, pues en ese caso entrarían en juego los foros de los artículos 25 y 26 del Reglamento Bruselas I bis o los artículos 23 y 24 del Convenio de Lugano, respectivamente.

40. Antes de cerrar este apartado resulta de interés hacer una referencia a la Resolución del Instituto de Derecho Internacional “Internet and the Infringement of Privacy: Issues of Jurisdiction, Applicable Law and Enforcement of Foreign Judgments”, de 31 de agosto de 2019⁴⁷, a través de la cual se propone una armonización de las normas de Derecho Internacional Privado de los diferentes Estados para la determinación de la competencia judicial internacional en relación a los supuestos de vulneración de los derechos de la personalidad a través de internet. La mencionada Resolución otorga preferencia sobre el resto de foros a la sumisión de las partes (artículo 6). En defecto de sumisión de las partes que

⁴⁵ Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:22007A1221\(03\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:22007A1221(03)&from=EN) (fecha última consulta: 01/04/2020).

⁴⁶ Vid. A.P. ABARCA JUNCO (ET. AL.), *Derecho Internacional Privado*, op. cit., pp. 664.

⁴⁷ Disponible en: www.idi-iil.org/app/uploads/2019/09/8-RES-EN.pdf (fecha última consulta: 01/04/2020)

atribuya la competencia a un tribunal determinado, establece cuatro foros alternativos: el lugar donde se origine el daño, el domicilio del demandado, el lugar donde se produzcan o puedan producirse los daños más extensos y el domicilio del demandante, siempre que el material publicado fuera accesible en dicho Estado (artículo 5.1). La interposición de la demanda en cualquiera de los Estados competentes en virtud de lo anterior permitiría obtener la reparación de los daños que se hubieran producido o pudieran producirse en todos los Estados. (artículo 3.1).

B) Determinación de la competencia interna de los tribunales españoles

41. En cuanto a la competencia interna, el artículo 52.1.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante: Lec.), establece que, en materia de derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y, en general, en materia de protección civil de derechos fundamentales, será competente el tribunal del domicilio del demandante, y cuando no se encuentre en territorio español, el tribunal del lugar donde se hubiera producido el hecho que vulnere el derecho fundamental de que se trate.

42. No obstante, la competencia interna para conocer de la acción de rectificación ha sido expresamente prevista por la LODR, que, en virtud del principio de especialidad, resulta de aplicación preferente. El artículo 4 de dicha norma atribuye la competencia al Juez de Primera Instancia del domicilio del perjudicado o al del lugar donde se encuentre el domicilio del medio de comunicación (o de la red social o servicio equivalente) en que se haya publicado la información, pudiendo optar el perjudicado entre uno u otro. En caso de que la competencia no pueda determinarse mediante la aplicación de dicho precepto (lo que ocurrirá cuando demandante y demandado se encuentren domiciliados en un tercer Estado, pero el daño se haya producido en España), acudiremos con carácter supletorio a la regla general contenida en el artículo 52.1.6 Lec., y, por ende, resultará competente el tribunal del lugar en el que se haya producido el daño.

43. En cualquier caso, si el juez se considera incompetente, por haberse presentado la demanda ante un tribunal distinto del competente en virtud de las normas mencionadas en el párrafo precedente, de oficio y sin audiencia del demandado, dictará auto no admitiendo a trámite la demanda (artículo 5.2 LODR) e indicando el órgano al que corresponde el conocimiento del asunto (artículo 5.3 LODR). En ese caso, el perjudicado podrá dirigir su demanda al órgano competente dentro de los siete días hábiles siguientes al de la fecha de notificación de la resolución.

2. Ley aplicable

44. Respecto a determinación de la ley aplicable, no está prevista en ningún Tratado Internacional y tampoco en la normativa comunitaria. De hecho, el Reglamento (CE) 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de Julio de 2007, relativo a las obligaciones extracontractuales⁴⁸ (en adelante: Roma II) excluye de su ámbito de aplicación las obligaciones extracontractuales que se deriven de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad (artículo 1.2.g)).

45. Aunque ha habido alguna iniciativa para regular de forma específica las reglas de determinación de la ley aplicable en el ejercicio de la acción de rectificación, lo cierto es que no han prosperado. Sin ir más lejos, el artículo 30 del Reglamento Roma II establecía la obligación de que *“a más tardar el 31 de diciembre de 2008, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un estudio sobre la situación en el ámbito de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de la violación de la intimidad y de los derechos relacionados con*

⁴⁸ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32007R0864> (fecha última consulta: 01/04/2020).

la personalidad, teniendo en cuenta las normas sobre la libertad de prensa y la libertad de expresión en los medios de comunicación, y las cuestiones sobre conflicto de ley relacionadas con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos”; una obligación que no se ha cumplido. Además, el 2 de mayo de 2012, el Parlamento Europeo emitió un Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la modificación del Reglamento (CE) 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de Julio de 2007, relativo a las obligaciones extracontractuales⁴⁹, en el que pretendía introducir un artículo 5 bis, cuyo cuarto párrafo preveía que “la ley aplicable al derecho de réplica o medidas equivalentes y a toda medida preventiva o demanda por perjuicios contra un editor u organismo de radiodifusión respecto al contenido de una publicación o emisión y respecto a las violaciones de la privacidad o de los derechos relacionados con la personalidad derivadas del tratamiento de datos personales será la del país en que el emisor o editor tenga su residencia habitual”. Sin embargo, esta propuesta tampoco se ha materializado en la práctica. Así mismo, cabe mencionar en este punto, una vez más, la Resolución del Instituto de Derecho Internacional “Internet and the Infringement of Privacy: Issues of Jurisdiction, Applicable Law and Enforcement of Foreign Judgments”, de 31 de agosto de 2019, que atribuye preferencia al acuerdo de elección de ley adoptado por las partes (artículo 8), y, en defecto de acuerdo, propone como norma de conflicto la ley interna del foro (artículo 7), con algunas excepciones⁵⁰.

46. Así las cosas, y ante la ausencia de una norma internacional que regule la determinación de la ley aplicable en estos supuestos, habrá que atender a las normas de conflicto del foro⁵¹. En el ordenamiento español, esta cuestión está prevista en el artículo 10.9.1 del Código Civil, que señala que “las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven”. Si atendemos al tenor literal del precepto, cabría deducir que la ley aplicable al derecho de rectificación será la del lugar desde el que se haya publicado la información que se pretende rectificar. El problema es que cuando se trata de informaciones emitidas a través de internet, puede resultar complicado determinar desde donde se han publicado exactamente. Por ello, siguiendo a Calvo Caravaca y Carrascosa González, creo que lo más oportuno es llevar a cabo una interpretación flexible del artículo 10.9.1 del Código Civil e incluir el lugar donde se produce el daño, lo que, aplicado a nuestro estudio, nos conduce a la ley del lugar en el que se difunde la información⁵².

47. En caso de que la información publicada esté accesible en diferentes Estados (que resulta lo más habitual en la práctica), parece que lo razonable es aplicar la ley del país donde se ha producido el mayor daño, que normalmente será el país de residencia habitual del perjudicado, pues es el lugar en el que su fama y reputación puede resultar dañada en mayor medida. Ello permitirá la aplicación de la ley española cuando la persona perjudicada tenga su residencia habitual en España.

⁴⁹ Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2012-0152+0+DOC+XML+V0//ES> (fecha última consulta: 01/04/2020).

⁵⁰ Si resultara competente el tribunal del domicilio del demandado y en el momento del perjuicio dicho domicilio se encontrara en otro Estado, la ley aplicable sería la ley interna del Estado que, considerando todas las circunstancias, tuviera la conexión más estrecha y significativa; si resultara competente el tribunal del lugar donde se hubiera producido o pudiera producirse el daño y la persona agraviada probara que el comportamiento crítico de la persona cuya responsabilidad se alega se produjo en otro Estado, la ley interna de este último Estado regiría todas las cuestiones de fondo, siempre que la persona agraviada solicitara formalmente la aplicación de esa ley y, a petición del tribunal, estableciera el contenido de la misma; si resultara competente tribunal del domicilio del demandante y la persona cuya responsabilidad se invoca demostrara que los efectos perjudiciales más amplios se produjeron en otro Estado, la ley interna de este último Estado regiría todas las cuestiones de fondo, siempre que esa persona solicitara formalmente la aplicación de esa ley y, a petición del tribunal, estableciera el contenido de la misma; y, por último, si la competencia del tribunal se basara en un acuerdo válido de elección de foro y ese tribunal estuviera situado en un Estado distinto de los que resultan competentes en virtud del artículo 5, la ley aplicable sería la del Estado que, considerando todas las circunstancias, tuviera la conexión más estrecha y significativa.

⁵¹ Vid. A. MORENO SÁNCHEZ-MORALED, “¿En qué estado se ha producido el daño en el caso de publicación en internet...”, op. cit., p. 4; y A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado* (volumen II), op. cit., p. 75.

⁵² Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado* (volumen II), op. cit., pp. 1403 y 1404. Vid. también en el mismo sentido: A.P. ABARCA JUNCO (et. al.), *Derecho Internacional Privado*, op. cit., pp. 676 y 677 y ss.

VI. A modo de conclusión

48. La internacionalización de las comunicaciones, favorecida por la notable expansión que ha experimentado internet en los últimos años, exige repensar la regulación actual del derecho de rectificación. En este sentido, sería conveniente crear un derecho de rectificación universal; y, entre tanto, resulta ineludible avanzar en la labor armonizadora de las normativas de los distintos Estados con el objetivo de unificar criterios legislativos.

49. De hecho, la comunidad internacional parece ser consciente de ello, y, desde diferentes foros internacionales, se han aprobado varios textos recomendando la armonización de las regulaciones estatales. No obstante, lo cierto es que no se han conseguido grandes avances y todavía son muchas las diferencias existentes en la regulación del derecho de rectificación en los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados. Ello provoca inseguridad jurídica y plantea algunos problemas desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado.

50. Y es que, tampoco encontramos en los diferentes textos supranacionales de Derecho Internacional Privado ninguna norma que regule de forma expresa el derecho de rectificación, lo que ha exigido una importante labor hermenéutica por parte de la jurisprudencia y de la doctrina, que, como hemos visto, han tratado de aportar soluciones para clarificar el sistema. Sería deseable, en cualquier caso, que se acometieran las oportunas reformas legislativas con el objeto de introducir reglas específicas para la determinación de la competencia judicial y de la ley aplicable en el ejercicio transfronterizo de la acción civil de rectificación.

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y MEDIDAS CAUTELARES: HACIA UNA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO CIVIL EUROPEO CONVERGENTE CON LOS ORDENAMIENTOS NACIONALES

INTERNATIONAL JURISDICTION AND PROVISIONAL MEASURES: TOWARDS A COMMON INTERIM JUSTICE IN EUROPEAN CIVIL PROCEDURE CONVERGING ON NATIONAL LAWS

JUAN CARLOS ORTIZ-PRADILLO

Profesor Titular de Derecho Procesal

Universidad Complutense de Madrid

Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR)

Recibido: 19.06.2020 / Aceptado: 01.07.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5674>

Resumen: La obtención y ejecución de medidas cautelares y provisionales en el ámbito de aplicación del Derecho Internacional Privado de la Unión Europea constituye una materia que aún debe solventar diversas e importantes cuestiones controvertidas. Pese a la evolución efectuada en dicha materia con el Reglamento 1215/2012 y con la jurisprudencia del TJUE, sigue sin estar claro el concepto de medida cautelar, la posibilidad de su solicitud con anterioridad a la sustanciación del asunto principal o la eficacia transfronteriza de las medidas adoptadas sin audiencia de la parte contraria. No obstante, en los últimos trabajos y propuestas de la Unión Europea para la armonización del Proceso Civil de la Unión, apreciamos una cierta tendencia a tratar de consagrar un régimen unitario de la tutela cautelar en el Espacio judicial europeo, caracterizado por admitir tanto la tutela cautelar solicitable *ante causam* como la adoptable *inaudita parte debitoris* y su eficacia transfronteriza más allá del Estado en que fue acordada.

Palabras clave: medidas cautelares, Reglamento Bruselas I bis, armonización, Proceso Civil Europeo, tutela cautelar.

Abstract: The obtaining and enforcement of protective and provisional measures in cross-border cases under the European Regulations in International Private Law is a matter which has yet to deal with some controversial issues. Despite the progress made with Regulation (EU) No 1215/2012 and the CJEU case-law, it remains unclear its definition, the possibility of its request prior to the determination of the court having jurisdiction on the substance of the matter, or the cross-border enforcement of the measures ordered without the defendant being summoned to appear. However, within the last Union's legislative works and proposals in the field of the harmonisation of the Civil Procedure, it must be

* Este trabajo fue preparado para ser defendido en el Seminario «Hacia un proceso civil convergente con Europa: balance de situación», dirigido por los Profs. Fernando GASCÓN INCHAUSTI y Pilar PEITEADO MARISCAL, que debería haberse celebrado en la Facultad de Derecho de la UCM el 25 de junio de 2020 y que tuvo que ser suspendido como consecuencia de la pandemia asociada al Covid-19. Es uno de los resultados del Proyecto de Investigación “Hacia un proceso civil convergente con Europa. Hitos presentes y retos futuros” (PGC2018-094693-B-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. Agradeceré el envío de cualquier crítica, sugerencia o comentario: juancarlosortiz@ucm.es.

highlighted a tendency to enshrine a common regime for the interim Justice in the European Judicial Area. And that common regime is characterised by admitting both the provisional measures requested prior to the main claim and the cross-border effectiveness of the *ex parte* measures beyond the State in which they were ordered.

Keywords: provisional measures, Regulation Brussels I Recast, harmonisation, European civil procedure, interim justice.

Sumario: I. Introducción: la tutela judicial efectiva como motor de armonización y como fundamento de la tutela cautelar en el ámbito transfronterizo. 1. El peligro de ineffectividad en los litigios transfronterizos. II. Limitaciones de la tutela cautelar en el Derecho Procesal Civil de la Unión Europea. 1. Limitaciones a la extraterritorialidad de la tutela cautelar. 2. Limitaciones a la tutela cautelar *ante causam*. A) La generalización de la tutela cautelar *ante causam* en el plano interno. B) La excepcionalidad de la tutela cautelar *ante causam* en el plano transfronterizo. 3. Limitaciones a la tutela cautelar *inaudita parte debitoris*. A) La doctrina «Denilauler» y el rechazo al exequátur de medidas cautelares *inaudita parte*. B) Los avances del Reglamento Bruselas I bis respecto de las medidas cautelares con contradicción diferida. III. Reflexión final: hacia la consagración de la tutela cautelar *ante causam* e *inaudita parte* en el Derecho Procesal Civil de la Unión Europea.

I. Introducción: la tutela judicial efectiva como motor de armonización y como fundamento de la tutela cautelar en el ámbito transfronterizo

1. Existe una evidente interconexión entre el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE) y la tutela judicial que se deriva de dicho ejercicio (art. 24 CE), pues si la actividad genérica de la Jurisdicción es la aplicación del Derecho objetivo («aplicación de la ley¹»), la citada interconexión significa que el ejercicio de la potestad jurisdiccional debe desembocar en una resolución «efectiva». Y en este sentido, la efectividad del derecho a la tutela judicial proclamada por el art. 24.1 de la Constitución requiere para su consecución una serie de mecanismos, medios o potestades, y entre los mismos, las medidas cautelares se muestran como uno de dichos mecanismos tendentes a garantizar la efectividad de la tutela judicial que recaiga en el proceso concreto².

2. En consecuencia, el fundamento de las medidas cautelares es el derecho constitucionalmente reconocido a que la tutela judicial otorgada por los órganos jurisdiccionales sea efectiva³. El derecho a la tutela judicial debe poder asegurar el cumplimiento práctico de la resolución que en su día se dicte para cumplir así con la exigencia constitucional de ser una tutela eficaz, de modo que el fundamento

¹ Hasta la Ley Orgánica del Estado de 1967, y con la salvedad de la Constitución de 1931, todas las Constituciones promulgadas desde 1812 señalaban que el contenido de la potestad jurisdiccional era *aplicar las leyes* (art. 242 CE 1812; art. 63 CE 1837; art. 66 CE 1845; art. 67 CE 1856; art. 91 CE 1869; art. 76 CE 1876). Vid., F. GARRIDO FALLA, F., en VV.AA., *Comentarios a la Constitución*, Civitas, 1980, p. 1645.

² Por ello, CALAMANDREI (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Cedam, Padua, 1936, p. 22) las calificó de «instrumento del instrumento». En este sentido, PICÓ I JUNOY (*Las garantías constitucionales del proceso*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 69) señala tres materias que inciden en la efectividad de la tutela judicial: la inmodificabilidad de la sentencia o eficacia de cosa juzgada, las medidas cautelares, y la ejecución de las resoluciones firmes. Y GARBERÍ LLOBREGAT (*Las Medidas Cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina, Jurisprudencia y Formularios*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, p. 33) entiende como mecanismos para conseguir que la tutela judicial sea efectiva: 1º de manera preliminar, la instauración de un adecuado régimen de medidas cautelares, y 2º con posterioridad, el perfeccionamiento del sistema de ejecución de los pronunciamientos de los tribunales.

³ Vid., entre otros, F. RAMOS MÉNDEZ, «Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil», *Justicia*, 1985, núm. I, pp. 75-90.; F. CHAMORRO BERNAL, *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías derivados del art. 24.1 de la Constitución*, ed. Bosch, Barcelona, 1994, p. 283 y ss.; M. A. JOVÉ PONS, *Medidas cautelares innominadas en el proceso civil*, ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1995, p. 65; M. ORTELLS RAMOS, P. CALDERÓN CUADRADO, *La tutela judicial cautelar en el derecho español*, ed. Comares, Granada, 1996, p. 3; J. L. VÁZQUEZ SOTELO, «La configuración de las medidas cautelares en el anteproyecto de LEC», en VV.AA., *Presente y Futuro del Proceso Civil* (Coord. J. PICÓ I JUNOY), ed. Bosch, Barcelona, 1998, p. 679; I. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho Procesal Civil. La ejecución forzosa. Procesos especiales*, ECERA, Madrid, 2000, p. 379 y ss.

constitucional de las medidas cautelares no se debe centrar en el aspecto general del derecho a la tutela, sino específicamente en el derecho a la efectividad de la misma⁴.

3. Por ello, aunque la fundamentación de la tutela cautelar sobre la base de la tutela judicial efectiva dio pie a la doctrina a derivar dicho fundamento del derecho a que el fallo se cumpla⁵, el Tribunal Constitucional, no obstante, ha establecido de forma expresa y directa el fundamento de la tutela cautelar dentro del derecho de acción del art. 24.1 CE, señalando, de una parte, que «la tutela judicial ha de ser, por imperativo constitucional, «efectiva», y la medida en que lo sea o no ha de hallarse en la suficiencia de las potestades atribuidas por ley a los órganos del poder judicial para, efectivamente, salvaguardar los intereses o derechos cuya protección se demanda» (STC 238/1992, de 17 de diciembre), y más concretamente, que «la tutela judicial efectiva no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la futura resolución definitiva que recaiga en el proceso⁶» (STC 14/1992, de 10 de febrero).

4. En la Unión Europea, el principio de tutela judicial efectiva es un principio general del Derecho comunitario que resulta de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y ha sido consagrado en los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales y reafirmado en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

5. Es más, la búsqueda de una tutela judicial efectiva es uno de los motores que impulsan la construcción de un espacio judicial europeo porque permite a la Unión Europea (art. 81 TFUE) aprobar instrumentos legislativos que favorezcan la armonización de las legislaciones nacionales, sobre la base de articular una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales.

6. En el Derecho Procesal Civil Europeo, la posibilidad —que constituye el objeto del presente análisis— de que un órgano jurisdiccional, distinto del competente para conocer el litigio principal, pueda conocer de la pretensión cautelar supone asumir ese fundamento de velar por una tutela judicial efectiva, en el sentido de que el tribunal llamado a conocer de la tutela cautelar asume una “función de garante de los derechos de los justiciables no sólo en su territorio, sino también en el territorio de otro Estado; y es que su actividad en relación con las medidas cautelares tiende a asegurar la efectividad de una hipotética sentencia que se dicte por un tribunal extranjero en favor de quien sea actor en ese proceso⁷”.

7. Para llevar a cabo dicho análisis, tomaremos como objeto de estudio la tutela cautelar transfronteriza recogida en el régimen establecido en el Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento

⁴ F. CHAMORRO BERNAL, *La tutela judicial efectiva*, op. cit., p. 286.

⁵ La STC 32/1982, de 7 de junio, F.J. 2º, estableció por primera vez que «el derecho a la tutela efectiva no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de justicia, ni se limita a garantizar la obtención de una resolución de fondo fundada en derecho, sea o no favorable a la pretensión formulada. *Exige también que el fallo judicial se cumpla* y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido; lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en favor de alguna de las partes, en meras declaraciones de intenciones». Así, F. RAMOS MÉNDEZ (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, (Coord. V. CORTÉS DOMÍNGUEZ) ed. Tecnos, Madrid, 1985, pp. 689 y ss.) fundamentó la efectividad futura de la sentencia en la relación existente entre el art. 118 CE —obligado cumplimiento de las resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales— y el art. 18.2 LOPJ —ejecución de las sentencias en sus propios términos, y si la ejecución resultare imposible, adopción de medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria—. Por ello, el fundamento de las medidas cautelares se ha relacionado con la potestad jurisdiccional establecida en el art. 117.3 CE (L. PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, *Tratado de Derecho Procesal civil*, vol. II, 2ª edic., ed. Aranzadi, Pamplona, 1985, Libro V, p. 847; J. MONTERO AROCA, “Medidas cautelares”, en *Trabajos de Derecho Procesal*, ed. Librería Bosch, Barcelona, 1988, p. 444).

⁶ La doctrina del Tribunal Constitucional más destacable en materia cautelar se recoge en las SSTC 66/1984, de 6 de junio; 115/1987, de 7 de julio; 202/1987, de 17 de diciembre; 237/1991, de 12 de diciembre; 14/1992, de 10 de febrero; 238/1992, de 17 de diciembre; 148/1993, de 29 de abril; 210/1993, de 28 de junio; 218/1994, de 18 de julio; 27/1995, de 6 de febrero; 39/1995, de 13 de febrero de 1995; 182/2000, de 10 de julio, y STC 159/2008, de 2 de diciembre.

⁷ F. GASCÓN INCHAUSTI, “Capítulo X. Medidas cautelares (art. 31 RB)”, en VV.AA., *Derecho Procesal Civil Europeo. Volumen I*. (Dir. A. DE LA OLIVA SANTOS; Coord. F. GASCÓN INCHAUSTI), Aranzadi Thomson Reuters, 2011, p. 311.

Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil –en adelante, RB I-*bis*–, cuyo art. 35 establece que «Podrán solicitarse a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de dicho Estado miembro, incluso si un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro es competente para conocer del fondo del asunto».

1. El peligro de ineffectividad en los litigios transfronterizos

8. Con carácter general, los presupuestos necesarios para adoptar una resolución cautelar que proteja provisionalmente el derecho invocado por la parte son, tal y como se ha admitido mayoritariamente⁸, el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, el *periculum in mora* o peligro por la mora del proceso, y la prestación de una contracautela suficiente para responder por los daños y perjuicios que la adopción de las medidas haya provocado a la parte afectada por las mismas para el caso de que la sentencia no estime lo garantizado provisionalmente.

9. De ellos, interesa destacar la especial importancia que juega la acreditación del *periculum in mora* en los litigios transfronterizos, pues a la hora de demostrar indiciariamente el existente riesgo de insatisfacción de su pretensión, si no se adoptan de forma provisional medidas que garanticen la ulterior efectividad de dicha sentencia, siempre se ha defendido que la propia duración del proceso conlleva ciertos peligros; en concreto, un específico peligro de daño marginal derivado precisamente de la tardanza en la emisión de la resolución definitiva y capaz de dificultar la efectividad de la tutela judicial dispensada por los órganos jurisdiccionales⁹.

10. El peligro de ineffectividad al que atienden las medidas cautelares se encuentra integrado por tres elementos: la nota temporal del proceso, el daño marginal inminente que puede producirse durante esa demora, y la ineficacia de la sentencia estimatoria de la pretensión actora a causa de dicho daño marginal. Además, se han distinguido dos clases de *periculum in mora*: el peligro por la mora del proceso (peligro objetivo), que trae su causa de la propia duración que implica necesariamente el proceso, y el peligro de insatisfacción (peligro subjetivo), referido a aquellos hechos o conductas de la parte demandada –y no a su simple cualidad¹⁰–, durante la tramitación que conlleva el proceso, que dificulten o impidan la posterior efectividad de la resolución definitiva (*suspectio debitoris*).

11. Ese peligro, tanto objetivo como subjetivo, se ve acentuado en los litigios transfronterizos, cuya duración temporal es considerable, lo que posibilita que el patrimonio del deudor disminuya e, incluso, sea enajenado para dificultar el cobro por parte del acreedor¹¹. De ahí que el propio TJUE, en su

⁸ Junto con estos tres elementos, ciertos autores establecen presupuestos específicos como por ejemplo la «necesaria pendencia del proceso» (vid. M. SERRA DOMÍNGUEZ, F. RAMOS MÉNDEZ, “Teoría general de las medidas cautelares”, en *Las medidas cautelares en el proceso civil*, ed. Industrias M. Pareja, Barcelona, 1974, pp. 11 y ss. pp. 34 y ss.; la «proporcionalidad» (vid. S. BARONA VILAR, “Tutela cautelar en materia de propiedad intelectual”, *Cuadernos de derecho y comercio*, 1997, n° 24, p. 225; la «menor onerosidad» (I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho Procesal Civil*, op. cit., p. 385; o la «idoneidad» (J. GARBERÍ LLOBREGAT, *Las Medidas Cautelares en la Nueva Ley...*, op. cit., p. 45).

⁹ CALAMANDREI (*Introduzione...*, op. cit., p. 18) definía el *periculum in mora* como «el peligro de aquel ulterior daño marginal que podría derivarse del retraso de la resolución definitiva». La expresión «peligro de daño marginal» es de E. FINZI, “Questioni controverse in tema de esecuzione provvisoria”, *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1926, núm. 2, p. 49.

¹⁰ Para la Audiencia Provincial de Castellón (Auto núm. 160/2012, secc. 3ª, de 28 de septiembre) no es suficiente el hecho de que el demandado sea de nacionalidad extranjera, si no se acredita la concurrencia de otros elementos. Cfr., el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid de 9 de diciembre de 2014 (Procedimiento núm. 707/2014) en el que se hizo especial hincapié en que «la situación se hace más grave si tenemos en cuenta que la futura demandada desarrolla su actividad desde el paraíso fiscal estadounidense de Delaware, y se presenta según los notorios medios de comunicación con una deliberada vocación de opacidad, según indiciariamente consta con la documental presentada con la solicitud, lo que podría suponer una facilidad para situarse al margen de las leyes españolas y europeas».

¹¹ A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (“Medidas provisionales y cautelares y Reglamento Bruselas I-bis”, *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2015, núm. 1, pp. 55-78) también apuntan el hecho de que los tribunales estatales sólo tienen “poder

Sentencia *St. Paul Dairy*, declarase (respecto del Convenio de Bruselas de 1968) que “la excepción a la competencia prevista en el artículo 24 del Convenio, pretende evitar a las partes el perjuicio resultante del alargamiento de los plazos inherentes a todo procedimiento internacional¹²”.

12. Es más, dentro de ese fundamento común de articular instrumentos que faciliten la efectividad de las resoluciones judiciales que se dicten en el Espacio Judicial Europeo, el peligro de demora constituye uno de los *leitmotiv* que dan pie a las especialidades de la tutela cautelar del Derecho Procesal Civil Europeo aquí examinadas: la disociación a la hora de solicitar y conceder pretensiones cautelares que garanticen la efectividad de la pretensión discutida en el litigio principal. Siendo la regla general que la competencia para la tutela cautelar recaiga sobre el mismo órgano que conoce de la pretensión principal¹³, el sistema europeo establece una importante excepción que autoriza a un órgano jurisdiccional de un Estado a resolver sobre una solicitud de medida provisional o cautelar aunque no sea competente para conocer del fondo del litigio.

13. El especial régimen establecido en el art. 35 RB I-*bis*, que posibilita solicitar la adopción de medidas cautelares a un tribunal de un Estado distinto del que conoce del asunto principal, se justifica en atención al principio de efectividad de la tutela que los tribunales han de dispensar para aquellos supuestos excepcionales en los que exista un Estado en donde el peligro de ineffectividad se pueda conjurar más eficazmente que en el Estado ante el cual se tramita el proceso principal¹⁴. Y ese peligro de ineffectividad también sirve de fundamento para posibilitar al Estado ante el que se solicita la ejecución de la resolución principal dictada en el Estado de origen (régimen del art. 40 RB I-*bis*) la adopción de medidas cautelares en tanto se procede a dicha ejecución¹⁵.

II. Limitaciones de la tutela cautelar en el Derecho Procesal Civil de la Unión Europea

14. No existe apenas discusión en reconocer que la nota característica por excelencia de las medidas cautelares es la instrumentalidad, la cual trae su causa del propio art. 24.1 CE en el sentido explicado anteriormente: la tutela judicial debe ser efectiva y las medidas cautelares se configuran como un instrumento para garantizar la efectividad de la tutela judicial que se otorgue finalmente en la sentencia dictada en el proceso principal (arts. 721.1 y 726.1.1º LEC).

15. Hablamos de instrumentalidad porque las medidas cautelares se configuran como un instrumento destinado a lograr la efectividad de la resolución jurisdiccional definitiva. En palabras de GUASP,

efectivo” en el territorio en el que ejercen su función jurisdiccional, mientras que el deudor puede mover su patrimonio desde un Estado a otro para evitar ese poder territorial del Estado, de modo que las medidas cautelares “internacionales” servirían para reducir este peligro. En la misma línea, GARCÍA GUTIÉRREZ (“La tutela cautelar en las recientes reformas del derecho internacional privado español”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 16, 2016, p. 284) recuerda que los procesos con vínculos internacionales tienden a durar más que los internos; es preciso hacer notificaciones al extranjero, obtener pruebas más allá del foro y, en numerosas ocasiones, es preciso acreditar o investigar también el contenido y vigencia de un Derecho extranjero.

¹² STJCE *St. Paul Dairy*, de 28 de abril de 2005 (Asunto C-104/03).

¹³ STJCE *Van Uden*, de 17 de noviembre de 1998 (Asunto 391/95), aptdo. 22: “el órgano jurisdiccional competente para conocer del fondo de un asunto en virtud de uno de los criterios de competencia previstos en el Convenio sigue siendo también competente para adoptar medidas provisionales o cautelares, sin que esta última competencia esté supeditada al cumplimiento de otros requisitos”. Afirmación refrendada posteriormente en la STJCE *Mietz*, de 27 de abril de 1999 (Asunto 99/96), aptdo. 41.

¹⁴ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, op. cit., p. 72.

¹⁵ BACHMAIER WINTER (“Artículo 40”, en VV.AA., *Comentario al Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, (coords. P. BLANCO-MORALES LIMONES, F. F. GARAU SOBRINO, M. L. LORENZO GUILLÉN, F. J. MONTERO MURIEL, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, p. 793) señala que la respuesta a esta posibilidad de acordar medidas cautelares sobre la base de un título que ya conlleva fuerza ejecutiva es “sencilla y paradójica: con la adopción de medidas cautelares se pretende neutralizar el riesgo que la demora del propio proceso de ejecución puede conllevar; y lo paradójico es que los procesos de ejecución puedan implicar una demora tal que haga necesario que el ejecutante solicite la adopción de medidas cautelares para asegurar el resultado de esa ejecución”.

cumple una *finalidad garantizadora del cumplimiento de las otras dos clases de tutela*¹⁶. Por ello, frente a las tradicionales potestades “declarativa” y “ejecutiva”, la cautelar se configura como un *tertium genus* que no da lugar a un proceso autónomo como tal, sino que la misma goza de cierta autonomía procedimental.

16. Esta autonomía procedimental significa que la tutela cautelar se lleva a la práctica a través de un procedimiento o incidente conformado por fases diferenciadas entre sí (solicitud, valoración, adopción o denegación, oposición e impugnación, ejecución, modificación y alzamiento), pero dentro de otro proceso —al que se denomina «proceso principal»— y por el mismo órgano jurisdiccional que conoce o debe conocer de ese proceso principal¹⁷.

17. En el plano transfronterizo, sin embargo, esa “autonomía procedimental” conlleva la siguiente disociación: otro órgano judicial de otro Estado puede conocer del procedimiento cautelar. Es lo que se ha llamado la excepción en materia de las reglas de competencia, llegando a ser tildado de «elemento perturbador» del régimen establecido en materia de competencia judicial internacional¹⁸.

18. El hecho de que la tutela cautelar pueda ser pretendida ante un tribunal de un foro extranjero (distinto al competente para resolver el litigio principal) resulta crucial y da lugar, de una parte, a que dicho tribunal actúe conforme a sus reglas procesales internas en lo que se refiere al procedimiento cautelar a seguir tras la solicitud, que se acomodará a lo previsto en la normativa procesal interna conforme al tradicional axioma *lex fori regit processum*. Y de otra parte, a que las medidas a adoptar serán aquellas previstas en la legislación interna del Estado requerido y no las recogidas en el Ordenamiento del Estado en el cual se sigue el proceso de fondo¹⁹.

19. Ello ha obligado a determinar, en primer lugar, a qué se refiere el art. 35 RB I-*bis* (heredero del art. 31 del Reglamento 44/2001, y éste, a su vez, del art. 24 del Convenio de Bruselas) cuando habla de «medidas provisionales o cautelares», exigiendo efectuar un importante análisis de las diferentes versiones lingüísticas del RB I-*bis* para llegar a la conclusión de que no se trata de realidades diferentes, sino que las medidas cautelares, de aseguramiento o de protección serían una subespecie de las provisionales²⁰.

20. Además de ello, y con independencia de que los Estados atiendan a la regulación cautelar prevista en sus ordenamientos internos, deberán tener presente la interpretación supranacional de dicho Reglamento en manos de su intérprete supremo: el TJUE, quien a través de consolidada jurisprudencia se ha decantado por establecer un concepto autónomo de medida cautelar, ajeno a las posibles diferencias nacionales, y las concibe como medidas caracterizadas por su provisionalidad e instrumentalidad, destinadas a mantener una situación de hecho o de derecho para salvaguardar derechos cuyo reconocimiento se solicita, con los requisitos típicos de *fumus boni iuris* y *periculum in mora* —además de permitir que el órgano judicial pueda solicitar determinadas garantías al demandante—, con un vínculo

¹⁶ J. GUASP, *Derecho Procesal Civil*, tomo II, 3ª edic., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, p. 683, define el proceso cautelar como «aquel que tiene por objeto facilitar otro proceso principal garantizando la eficacia de sus resultados».

¹⁷ Como especialidad, el art. 725.2 LEC permite que un tribunal territorialmente incompetente para conocer del proceso principal adopte en prevención las medidas cautelares que considere más urgentes.

¹⁸ A. DICKINSON, “Provisional Measures in the Brussels I Review: Disturbing the Status Quo”, *Journal of Private International Law*, vol. 6, nº3, December 2010, pp. 519-564. Para dicho autor, el régimen finalmente incorporado en el art. 31 (Reglamento 44/2001) no sólo no consiguió el propósito de fijar reglas de competencia judicial internacional “altamente predecibles”, sino que se trata de una excepción a la competencia del domicilio del demandado (artículo 2) y crea un panorama no uniforme (*non-uniform landscape*) en el que no es posible que los litigantes determinen únicamente sobre la base del Reglamento si un concreto tribunal es o no competente para conceder medidas provisionales.

¹⁹ El propio art. 35 RB I-*bis* así lo afirma, al referirse a las medidas “previstas por la ley de un Estado miembro”. Y tal afirmación resulta pacífica en la doctrina. Vid. C. ALBRECHT, *Das EuGVÜ und der einstweilige Rechtsschutz in England und in der Bundesrepublik Deutschland*. Carl Winter Verlag, Heidelberg, 1991, p. 84 y ss.; E. MERLIN, “Le misure provvisorie e cautelari nello spazio giudiziario europeo”, *Riv. Dir. Proc.*, 2002, nº3, p. 769.

²⁰ F. GASCÓN INCHAUSTI, “Capítulo X. Medidas cautelares (art. 31 RB)”, op. cit., p. 313.

de conexión real entre su objeto y el juez que conoce del asunto, y cuya adopción respete las reglas de contradicción²¹.

21. Sin ánimo de entrar ahora a analizar dicha interpretación autónoma de la tutela cautelar por parte del TJUE²², lo cierto es que el régimen cautelar establecido en el Reglamento Bruselas I *bis* conlleva una serie de especialidades (en puridad, las denominaremos «limitaciones») que distorsionan, en parte, el alcance de esa pretendida efectividad de la tutela principal a garantizar y obstaculizan la libre circulación de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil en el Espacio judicial europeo. Esto es, precisamente, lo que buscamos poner de manifiesto con el presente estudio.

1. Limitaciones a la extraterritorialidad de la tutela cautelar

22. La primera especialidad derivada del régimen cautelar establecido en el RB I-*bis*, en el que puede disociarse entre el foro que conoce del proceso principal y aquél otro u otros que puedan conocer de pretensiones cautelares, se refiere al diferente alcance que puede tener dicha resolución cautelar según ésta haya sido adoptada por el mismo órgano jurisdiccional que esté conociendo o pueda conocer de la pretensión principal en virtud de cualquier foro de competencia judicial internacional de los recogidos en el Reglamento (arts. 4 a 26 RB I-*bis*); por el órgano jurisdiccional ante el que se solicite la medida cautelar para garantizar una pretensión principal que se tramite ante otra jurisdicción (art. 35 RB I-*bis*); o bien por el órgano jurisdiccional al que se requiera para ejecutar una resolución con fuerza ejecutiva en virtud de lo dispuesto en el Capítulo III del Reglamento (art. 40 RB I-*bis*).

23. A diferencia de lo dispuesto expresamente en los arts. 35 y 40 RB I-*bis*, la facultad cautelar del órgano judicial competente para conocer del fondo del asunto (litigio principal) no se encuentra recogida en precepto alguno del Reglamento, a diferencia de lo que sí ha hecho, internamente, el art. 22 *sexies* LOPJ. Ha sido el TJUE quien se ha ocupado de recordar expresamente que “el tribunal competente para conocer del fondo de un asunto en virtud de uno de los criterios de competencia previstos por el Convenio sigue siendo también competente para adoptar medidas provisionales o cautelares, sin que esta última competencia esté supeditada al cumplimiento de otros requisitos²³”. Y dicha facultad cautelar del foro *principal*, en principio, tendrá eficacia transfronteriza, a diferencia de la acordada por el foro *auxiliar* de los arts. 35 y 40 RB I-*bis*.

²¹ Como principales Sentencias del TJUE en materia cautelar, véanse las Sentencias *De Cavel*, de 27 de marzo de 1979 (Asunto 143/78); *De Cavel II*, de 6 de marzo de 1980 (Asunto 120/79); *CHW*, de 31 de marzo de 1982; *Denilauler*, de 21 de mayo de 1980 (Asunto 125/79); *C.H.W.*, de 31 de marzo de 1982 (Asunto 25/81); *Reichert*, de 26 de marzo de 1992 (Asunto C-261/90); *Zuckerfabrik*, de 21 de febrero de 1991 (Asuntos 143/88 y 92/89); *Hatrex*, de 10 de febrero de 1994 (Asunto 398/92); *Atlanta*, de 9 de noviembre de 1995 (Asunto 465/93); *Van Uden*, de 17 de noviembre de 1998 (Asunto 391/95); *Mietz*, de 27 de abril de 1999 (Asunto 99/96); *Turner*, de 27 de abril de 2004 (Asunto 159/02) o *St. Paul Dairy*, de 28 de abril de 2005 (Asunto C-104/03); y *Meroni*, de 25 de mayo de 2016 (Asunto C-559/14).

²² Respecto a la concepción autónoma de «medidas cautelares», véanse los trabajos de L. CARRILLO POZO, *Comentario al convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (Coord. A. CALVO CARAVACA), Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, pp. 432-457; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El régimen de las medidas cautelares...*, op. cit., p. 73; M. A. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, “Las medidas cautelares «internacionales»”, *Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ, Madrid, 1997, nºXVII, p. 417; L. QUERZOLA, “Tutela cautelare e convenzione di Bruxelles nell'esperienza della Corte di Giustizia delle Comunità europee”, *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2000, fasc. 3, p. 831 y ss.; A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Legislación de Derecho Internacional Privado comentada y con jurisprudencia*, ed. Colex, Madrid, 2002, p. 274; E. MERLIN, “Le misure provvisorie...”, op. cit., p. 784 y ss.; F. GASCÓN INCHAUSTI, “Capítulo X. Medidas cautelares (art. 31 RB)”, op. cit., p. 313.

²³ SSTJCE *Van Uden*, op. cit., aptdo. 22 y *Mietz*, op. cit., aptdo. 41. Por ello, ARENAS GARCÍA (“Las medidas provisionales y cautelares en el Reglamento Bruselas I: de la regulación actual a la regulación proyectada”, *Diario La Ley*, Nº 7601, de 31 de marzo de 2011) entiende legítimo interrogarse sobre el fundamento de la atribución de dicha competencia en materia cautelar a los Tribunales que gozan de jurisdicción para pronunciarse sobre el fondo del asunto y defiende la necesidad de que dicha competencia se recogiese expresamente.

24. Este dispar alcance o fuerza transfronteriza en función del foro que adopta la medida cautelar, catalogado como un régimen “coherente²⁴”, se explica de un modo sencillo en el considerando núm. 33 del Reglamento de 2012: la medida cautelar dictada por el órgano jurisdiccional que conoce del fondo del asunto podrá ser reconocida y ejecutada en otro Estado miembro en virtud del cauce previsto en el Capítulo III del mismo, al garantizarse su libre circulación y su consideración de «resolución» a los efectos previstos en los arts. 36 y ss. (art. 2, letra a). Por el contrario, cuando las medidas provisionales y cautelares sean ordenadas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no es competente en cuanto al fondo del asunto —foro alternativo en virtud del art. 35 RB I-bis—, su efecto queda limitado al territorio de ese Estado miembro.

25. Dicho régimen puede ser presentado como un sistema con dos modelos de tutela cautelar con alcances diferentes: uno extraterritorial (transfronterizo) o *fuerte*: el acordado por el foro que resulte competente para el asunto principal y cuya competencia, a su vez, podrá hacerse residenciar en cualquiera de las distintas reglas establecidas en las secciones del capítulo II RB I-bis o de otros Reglamentos especiales por razón de la materia. Y otro limitado (nacional) o *débil*: el acordado por el foro alternativo del art. 35 RB I-bis, cuya competencia dependerá de la localización de un «vínculo de conexión real» entre la pretensión cautelar y dicho foro, como por ejemplo pueda ser el Estado miembro donde estén situados los bienes que serán objeto de las medidas solicitadas²⁵, tal y como prevé internamente nuestro art. 22 *sexies* LOPJ, o donde se persiga ejecutar la resolución principal, como dispone el propio art. 40 RB I-bis. No obstante, este sistema cautelar de doble vía y basado en esa disociación competencial, antes indicada, debe ser objeto de ciertas matizaciones.

26. Por lo que respecta al foro débil o auxiliar del art. 35 RB I-bis, éste no es tan débil o limitado si se tiene en cuenta que el mismo es considerado una norma de remisión a las reglas internas de competencia internacional en materia cautelar, incluso aunque éstas contengan foros exorbitantes, que sólo se aplican a la determinación de la competencia en cuanto al fondo (asunto principal) pero no para la petición cautelar²⁶. Además, esa eficacia territorial limitada al Estado en que se han acordado las medidas cautelares se ve compensada con la posibilidad de que las mismas se puedan acordar *ante causam* y/o *inaudita altera parte*, a lo cual nos referiremos más adelante. Y a todo ello debe sumarse la posibilidad de que las medidas cautelares adoptadas en virtud de dicho foro auxiliar sí puedan llegar a desplegar efectos extraterritoriales “de facto”, sin necesidad de instar su exequatur en tales territorios, si las mismas se encuentran aseguradas mediante una *astreinte* o mediante otra sanción personal como el *contempt of court* inglés²⁷.

27. En nuestra opinión, sin embargo, tales medidas “anti-proceso” no debieran ser adoptables, ni por el foro competente para conocer del proceso principal, ni tampoco por el foro auxiliar del art. 35 RB I-bis, pues su incompatibilidad con el sistema del Reglamento²⁸ trasciende de la distribución competencial del sistema (esto es, excede de la diferenciación entre foros exclusivos, exorbitantes, alternativos, etc.), ya que supone una injerencia contraria al mismo, al ir en detrimento de la eficacia del Convenio (entiéndase, ahora, el Reglamento. STJUE de 15 de mayo de 1990, C-365/88, asunto *Hagen*).

28. En España, por ejemplo, la jurisprudencia también ha rechazado la posibilidad de que un tribunal español acuerde como medida cautelar la suspensión de otro proceso iniciado en un Estado

²⁴ M. VIRGÓS SORIANO y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Thomson/Civitas, 2.ª ed., 2007, p. 337.

²⁵ STJCE *Denilauler*, de 21 de mayo de 1980 (Asunto 125/79), aptdo. 16. Un ejemplo concreto de esa conexión real con el foro lo explicita el art. 471 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, que al regular el embargo preventivo de buques, dispone que será competente, además del tribunal que tenga competencia objetiva para conocer de la pretensión principal, “el del puerto o lugar en que se encuentre el buque o aquel al que se espera que el buque arribe”.

²⁶ STJCE *Van Uden*, aptdo. 42.

²⁷ En este sentido, F. GASCÓN INCHAUSTI, “Capítulo X...”, op. cit., p. 334.

²⁸ Referidas al Reglamento 44/2001, vid. STJUE *Turner*, de 27 de abril de 2004 (Asunto C-159/02), posteriormente ratificada en la STJUE *West Tankers*, de 10 de febrero de 2009 (Asunto C-185/07).

extranjero²⁹ (un procedimiento de ejecución hipotecaria ante el Tribunal de Gran Instancia de Bayona, Francia), pero sin referirse expresamente a la doctrina TJUE. Sus fundamentos han consistido, por una parte, en estimar que el art. 727 LEC no contempla como medida cautelar la suspensión de un procedimiento judicial y tampoco cabe incardinarla en el número 11 del referido artículo. Y por otra parte, porque las causas de suspensión en el proceso de ejecución hipotecaria están legalmente tasadas.

29. Por lo que respecta al foro fuerte o extraterritorial, referido al Estado competente para conocer del fondo del asunto, la utilización de los distintos fueros de competencia judicial internacional del RB I-bis permite cierto *forum shopping* para obtener medidas cautelares «especialmente eficacísimas³⁰», pero también se encuentra afectado por el régimen de los fueros de competencia exclusiva del sistema europeo. La medida cautelar acordada por el tribunal que está conociendo o va a conocer del asunto principal también puede tener una eficacia territorial limitada al país que la hubiera estimado si se hubiera acordado infringiendo un fuero de competencia exclusiva, algo que no afecta al foro auxiliar del art. 35 RB I-bis.

30. La imposibilidad de ejecutar una medida cautelar acordada contraviniendo un fuero exclusivo la establece el art. 42.2 RB I-bis, letra b, apartado i, que exige al solicitante que trata de que se ejecute esa medida cautelar en otro territorio el certificado expedido conforme al artículo 53, con una descripción de la medida y *que acredite que el órgano jurisdiccional es competente en cuanto al fondo del asunto*. La misma se incorporó a nuestro sistema interno a través de la Disposición final vigésima quinta LEC de *Medidas para facilitar la aplicación en España del Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*.

31. En España, se ha defendido la exigencia de que el solicitante de la ejecución de la resolución cautelar presentare una copia fehaciente de la demanda iniciada en el extranjero, para así comprobar que el objeto del proceso allí seguido no versa sobre una competencia exclusiva de los tribunales españoles³¹. A ello se opone, de una parte, el hecho de que el asunto principal pudiera aún no estar *lite pendente*, y de otra parte, la prohibición general y radical de controlar la competencia judicial internacional del tribunal de origen (art. 45.3 RB I-bis), de modo que la sola afirmación del tribunal de origen que ha hecho constar en el certificado conforme al Anexo I debe ser suficiente³².

32. En nuestra opinión, esa imposibilidad de control de oficio de la competencia judicial internacional del tribunal del Estado que en origen acordó la medida cautelar que ahora se pretende ejecutar en España no impide que el sujeto contra quien se dirija tal ejecución pueda solicitar la denegación de la ejecución (art. 46 RB I-bis) porque la misma infrinja las reglas de competencias exclusivas de la sección 6 del capítulo II (art. 45.1.e RB I-bis).

33. Una cosa es que el solicitante cautelar pueda acudir al foro auxiliar del art. 35 RB I-bis para obtener una tutela cautelar limitada al territorio de dicho Estado, aunque sobre el fondo del asunto sea exclusivamente competente otro tribunal de otro Estado diverso, tal y como ha llegado a reconocer el propio TJUE en el asunto *Solvay*³³, y otra cosa distinta es que se intente ejecutar en un territorio (Estado

²⁹ AAP de San Sebastián, secc. 2ª, núm. 36/2018, de 8 de marzo.

³⁰ A. L. CALVO CARAVACA y J. GONZÁLEZ CARRASCOSA, “Medidas provisionales y cautelares y Reglamento Bruselas I-bis”, op. cit., p. 64.

³¹ J. A. ROBLES GARZÓN, J. A., *Comentarios Prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Trivium, Madrid, 2000, p. 651.

³² A. L. CALVO CARAVACA y J. GONZÁLEZ CARRASCOSA, “Medidas provisionales y cautelares y Reglamento Bruselas I-bis”, op. cit., p. 75, estiman que el juez del Estado miembro requerido, ante tal certificado, no podrá revisar la competencia judicial internacional del juez del Estado de origen.

³³ STJUE *Solvay*, de 12 de julio de 2012 (Asunto C-616/10), apdos. 49 a 51: “En estas circunstancias, parece que no existe el riesgo de contradicciones entre las resoluciones (...) si la resolución provisional adoptada por el juez que conoce con carácter

de ejecución) una medida cautelar acordada por un tribunal de otro Estado (Estado de origen), cuando la competencia para conocer del fondo del asunto se encontrase atribuida con carácter exclusivo a los tribunales de ese Estado en que se pretende ejecutar la medida.

34. Si los tribunales españoles tienen prohibida la ejecución de medidas cautelares acordadas por otro Estado que hubiera vulnerado un fuero de competencia exclusiva de la jurisdicción española, con mayor motivo deberían rechazar la solicitud de adopción de medidas cautelares para asegurar la efectividad de ese proceso seguido ante unos tribunales que han infringido dicha competencia exclusiva de la jurisdicción española. Esto es, como limitación adicional a la eficacia territorial de la regla dispuesta en el art. 35 RB I-*bis*, no podrán solicitarse a los tribunales españoles medidas cautelares para asegurar el resultado del proceso extranjero cuando los tribunales españoles resultaran ser exclusivamente competentes para conocer del fondo del litigio en virtud de una regla de competencia judicial internacional exclusiva prevista en el Reglamento, pues el tenor del art. 722.II LEC resulta claro a la hora de exceptuar aquellos supuestos en los que para conocer del asunto principal sean exclusivamente competentes los tribunales españoles³⁴.

2. Limitaciones a la tutela cautelar *ante causam*

A) La generalización de la tutela cautelar *ante causam* en el plano interno

35. La pendencia del proceso, presente o futura, es una consecuencia de la instrumentalidad de la tutela cautelar y no una característica aparte³⁵, pues si las medidas cautelares se configuran como un instrumento destinado a asegurar provisionalmente la efectividad de la tutela judicial, tendrán lugar dentro de un proceso en el cual se reclame dicha tutela. No tiene sentido solicitar el aseguramiento provisional de los efectos de una resolución que no se ha requerido y que, por tanto, no se emitirá. Esta manifestación es establecida expresamente en el art. 731 LEC bajo el nombre de «accesoriedad» de la medida cautelar respecto del proceso principal dentro del cual se otorga, o más específicamente, respecto del objeto litigioso (pretensión) que en él se ventila³⁶, de modo que si no existe dicha pretensión principal, desaparece la finalidad o razón de ser de la medida cautelar³⁷.

incidental no prejuzga en modo alguno la resolución que, con arreglo al artículo 22, número 4, del Reglamento nº 44/2001, deberá adoptar en cuanto el fondo el órgano jurisdiccional competente. A la luz de las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión que el artículo 22, número 4, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, en unas circunstancias como las controvertidas en el litigio principal, no se opone a la aplicación del artículo 31 de dicho Reglamento”. En el mismo sentido, vid. F. GASCÓN INCHAUSTI, “Artículo 35”, op. cit., p. 714.

³⁴ En nuestra opinión, los tribunales españoles no deberían garantizar cautelarmente una futura sentencia extranjera que nunca llegará a reconocerse y ejecutarse en España por haber infringido las competencias exclusivas fijadas en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, a favor de la solicitud cautelar en España, vid., F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El régimen de las medidas cautelares...*, op. cit., p. 115, y los allí citados. GASCÓN INCHAUSTI (*Medidas cautelares del proceso civil extranjero*, ed. Comares, Granada, 1998, p. 223) especifica que lo importante ha de ser si, aunque de un asunto conozcan o vayan a conocer de manera exclusiva los tribunales de un Estado, resulta necesario asegurar en otro Estado la efectividad de la sentencia que vaya a dictarse.

³⁵ Cfr. V. PÉREZ DAUDÍ (“Las medidas cautelares”, en VV.AA., *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*. Vol. III. (Coord., J. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL), ed. Difusión Jurídica, Barcelona, 2000, pp. 558 y 599), quien rechaza que la pendencia del proceso deba ser catalogada como una nota secundaria deducida de la instrumentalidad, y la entiende como el cuarto presupuesto de las medidas cautelares.

³⁶ F. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, tomo I, 4ª edic., ed. Bosch, Barcelona, 1990, p. 950.

³⁷ Conforme al AAP Madrid, secc. 20ª, núm. 1/2008 de 8 de enero, «La naturaleza accesoria propia de toda medida cautelar en relación al procedimiento principal adquiere especial importancia cuando, como en el caso presente, se solicita inaudita parte y sin existir procedimiento en el que se dilucide la cuestión de fondo cuya efectividad pretenda garantizar la medida interesada, de manera que denegada la medida y no constando exista entre las partes litigio alguno sobre la cuestión de fondo debatida, han desaparecido las razones de urgencia o necesidad que el artículo 730.2 LECiv exige para poderlas solicitar y por tanto para acordarlas, de manera que esas razones han desaparecido y con ellas la razón de ser o finalidad de la medida interesada, encontrándonos ante una situación equiparable a la carencia de objeto del procedimiento, lo que conlleva por sí solo la desestimación del recurso».

36. Frente al momento “ordinario” para la solicitud de medidas cautelares (interposición de la demanda principal), el art. 730.2 LEC señala la posibilidad de solicitar la adopción de medidas cautelares con carácter previo a la interposición de la demanda «si quien en ese momento las pide alega y acredita razones de urgencia o necesidad» (solicitud *ante causam*). Y finalmente, resulta admisible dicha solicitud durante la tramitación del proceso principal si a resultados del devenir de dicho proceso se muestra conveniente y necesaria una protección provisional de lo que finalmente sea declarado.

37. Toda la tramitación cautelar debe verse impregnada por la nota de la brevedad procedimental, dada la celeridad requerida para que la tutela que posteriormente se declare en la sentencia definitiva pueda ser eficazmente llevada a la práctica³⁸. Ahora bien, la tutela cautelar *ante causam* exige una particular «urgencia» (arts. 730 y 733 LEC) distinta a esa celeridad que ha de existir en sede cautelar³⁹, pues viene referida a determinadas circunstancias que implican que la medida cautelar sea adoptada en el menor plazo posible, saltándose incluso algunas de las fases respecto de lo que constituye el procedimiento cautelar ordinario. Y de otra parte, la «necesidad» de esos mismos preceptos también difiere de la necesidad analizada como uno de los componentes de la proporcionalidad de las medidas cautelares.

38. Frente a la necesidad como concreción de la proporcionalidad, referida al deber del órgano jurisdiccional de adoptar aquella medida, no sólo idónea para asegurar la efectividad de la pretensión que pueda estimarse posteriormente en la sentencia definitiva, sino también aquella que además resulte menos gravosa para la parte que debe soportar dicha medida, la LEC también se refiere a la «necesidad» de las medidas cautelares en un sentido distinto: como un requisito específico a la hora de solicitar y obtener las medidas, bien con anterioridad a la interposición de la demanda en el proceso principal (medidas *ante causam*, art. 730.2 LEC), o bien sin la celebración de una audiencia previa (medidas *inaudita parte debitoris*, art. 733.2 LEC).

39. Esta noción de «necesidad» también se menciona, por ejemplo, para la solicitud de medidas durante la suspensión del proceso principal por haberse interpuesto declinatoria (art. 64.2 LEC), para la adopción de medidas urgentes por parte de los Jueces Decanos y los Presidentes de Tribunales y Audiencias en los asuntos aún no repartidos (art. 70 LEC), o para la su solicitud sin representación de procurador ni asistencia letrada con anterioridad al juicio (arts. 23.2.3º y 31.2.2º LEC). En estos casos, «necesidad» significa urgencia en su adopción; que la medida pretendida sea adoptada en el menor plazo posible. Por ello, ha de distinguirse la «necesidad» como manifestación de la proporcionalidad dentro de las características de las medidas cautelares (726.1.2º LEC) de aquella otra «necesidad» referida a la petición y adopción de medidas cautelares bajo circunstancias especiales (730.2 y 733.2 LEC).

40. Desde esta perspectiva, la urgencia y necesidad de la solicitud *ante causam* se refieren, no ya a la inminente necesidad de garantizar la efectividad de lo que se resuelva en el proceso principal mediante la adopción de la tutela cautelar, sino específicamente a la urgente necesidad de garantizar la efectividad de la propia medida que se solicita, en tanto se procede a tramitar la admisión a trámite de la demanda o la iniciación y sustanciación del proceso principal. Es decir, constituyen un *periculum in mora cualificado*⁴⁰, derivado de la duración de la propia puesta en marcha del proceso y la realización de los trámites ordinarios para convocar el procedimiento cautelar.

³⁸ Compartimos el criterio de V. FAIRÉN GUILLÉN, “La reforma del proceso cautelar español”, en *Temas del ordenamiento procesal, Tomo II*, ed. Tecnos, Madrid, 1969, p. 901 y ss., para quien los elementos [caracteres] de las medidas cautelares producen la urgencia del procedimiento.

³⁹ Cfr. V. PÉREZ DAUDÍ, “El proyecto de Ley de enjuiciamiento civil y las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial”, *La ley*, 1999, v. 20, núm. 4717, pp. 1-7, quien advierte que la «urgencia y necesidad» deben predicarse respecto de toda medida cautelar, y no sólo de las medidas cautelares previas.

⁴⁰ J. MASSAGUER FUENTES (“Las medidas cautelares en la ley de competencia desleal”, *RDM*, 1992, nº206, pp. 746 y 761) lo considera una «acentuación» del *periculum in mora* tradicional. En el mismo sentido, *vid.*, F. GASCÓN INCHAUSTI, *La Adopción de Medidas Cautelares con Carácter Previo a la Demanda*, ed. Cedecs, Barcelona, 1999, p. 43; I. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, p. 398; V. PÉREZ DAUDÍ (en VV.AA., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, vol. II*, (Coords., I. ARROYO MARTÍNEZ / J. M. EMBID IRUJO), ed. Tecnos, Madrid, 2001, p. 1239).

41. En palabras de la Audiencia Provincial de Madrid, «no puede confundirse con el peligro en la demora propio de todas las medidas cautelares y previsto en el art. 728.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (si así ocurriera la solicitud de medidas cautelares con carácter previo quedaría desprovista de singularidad, y el requisito adicional del artículo 730.2 resultaría vaciado de significado), ni tampoco con la urgencia que justifica la posibilidad de adoptar las medidas cautelares sin audiencia del demandado, ya que puede estar justificada la urgencia o necesidad de adoptar unas medidas cautelares previas a la demanda porque su solicitud no pueda demorarse el tiempo necesario para pedir las junto con la demanda, pero puede no concurrir la urgencia necesaria para adoptarlas *inaudita parte* porque no exista el menor riesgo de que su eficacia pueda quedar comprometida por el mero transcurso del tiempo necesario para cumplimentar los trámites de citación y celebración de la vista, ni se aprecie razón alguna para temer que el mero conocimiento de la parte demandada sobre la posibilidad de adoptar las medidas pudieran comprometer su buen fin⁴¹».

42. No obstante lo anterior, la doctrina ha considerado que, aunque la LEC permita que la urgencia requerida para pedir medidas cautelares con carácter previo a la demanda y aquella otra que permite su adopción *inaudita parte* pueden considerarse por separado, la regla general a considerar ha de ser que la urgencia y necesidad alegadas para solicitar medidas cautelares con anterioridad a la interposición de la demanda implican también la idea de que el solicitante cautelar pretenderá que tales medidas sean adoptadas sin audiencia previa⁴².

43. En nuestra opinión, sin embargo, la petición de medidas cautelares con anterioridad a la interposición de la demanda puede solicitarse con o sin audiencia previa a la parte pasiva de las mismas, según exista o no un peligro concreto de que tal audiencia pudiera frustrar la efectividad de las medidas reclamadas. Esto es, la justificación de la especial necesidad de solicitar y obtener la medida cautelar antes incluso de presentar la correspondiente demanda no conlleva implícitamente consigo el especial peligro de ineffectividad que la audiencia al demandado supone.

B) La excepcionalidad de la tutela cautelar *ante causam* en el plano transfronterizo

44. En el proceso civil transfronterizo, la ausencia de una mejor regulación de la tutela cautelar en manos del órgano con competencia judicial internacional para conocer del asunto principal también ha motivado dudas y cuestionamientos a la hora de analizar ese doble régimen entre el foro principal y el foro auxiliar en materia de medidas cautelares previas a la demanda.

45. Respecto a la facultad cautelar del foro principal, ya hemos visto que el Reglamento guarda silencio, de modo que si no prevé expresamente dicha facultad, menos aún puede esperarse del legislador europeo que se pronuncie sobre la posibilidad de solicitar medidas cautelares con carácter previo a la interposición de la demanda ante el foro competente para conocer del fondo del asunto, así como sobre la exigencia de que la pretensión principal sea interpuesta en un determinado plazo una vez acordadas aquéllas.

46. Ante tal silencio, hay quienes han defendido la eficacia transfronteriza de las medidas cautelares acordadas por parte del tribunal competente para el fondo del asunto aun antes de conocer del mismo porque «la férrea ligazón de esta tutela *ante causam* a la posterior interposición de la demanda encaja perfectamente con esa noción de la accesoriedad e instrumentalidad sobre la que ha insistido tan-

⁴¹ AAP Madrid, secc. 28ª, de 22 de enero de 2010.

⁴² Para V. PÉREZ DAUDÍ («El proyecto de Ley de enjuiciamiento civil...», op. cit., p. 5 y ss.) la adopción de medidas cautelares previas debiera ser siempre *inaudita parte*. J. GARBERÍ LLOBREGAT, *Las Medidas Cautelares en la Nueva Ley...*, op. cit., p. 107, también defiende que las medidas cautelares preprocesales se han de adoptar por los tribunales en todo caso sin prestar previa audiencia al futuro demandado.

to el tribunal de Luxemburgo⁴³”. Pero también hay quienes la rechazan hasta que no se demuestre que el tribunal que las adoptó es el conocedor del asunto principal, porque dicha facultad previa no garantiza el principio de seguridad jurídica y la previsibilidad del foro previo al juicio, y permitiría a los jueces aún no competentes en virtud de una norma de competencia del Reglamento acordar medidas provisionales o cautelares más allá de los límites establecidos por el Tribunal de Justicia⁴⁴.

47. Este problema se ve agravado, a nuestro parecer, porque otros instrumentos europeos sí se pronuncian expresamente sobre la posible adopción de medidas cautelares *ante causam* y la exigencia de que la pretensión principal sea interpuesta en un determinado plazo una vez acordadas las medidas previas, como por ejemplo sucede en la Directiva 2004/48/CE relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, en el Reglamento (UE) 655/2014 por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil o en la Directiva (UE) 2016/943 relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas.

48. La primera de estas normas, en su art. 9.5, dispone que «Los Estados miembros garantizarán que las medidas provisionales a las que se refieren los apartados 1 y 2 se revoquen o, cuando menos, se suspendan sus efectos a petición del demandado, si el solicitante no interpone en un plazo razonable una acción sobre el fondo ante la autoridad judicial competente, plazo que determinará la autoridad judicial que ordene las medidas, *cuando la legislación de un Estado miembro así lo permita*, o, en ausencia de dicha determinación, en un plazo que no supere los 20 días hábiles o 31 días naturales, si este último fuera mayor».

49. La segunda de ellas, el art. 10.1 del Reglamento regulador de la orden europea de retención de cuentas, establece que «Cuando el acreedor haya solicitado una orden de retención antes de incoar el procedimiento sobre el fondo del asunto, incoará dicho procedimiento y acreditará dicha incoación al órgano jurisdiccional ante el que presentó la solicitud de orden de retención en el plazo de 30 días a partir de la fecha de presentación de la solicitud o, si la fecha es posterior, en el plazo de 14 días a partir de la fecha en que se dictó la orden. El órgano jurisdiccional podrá asimismo, previa solicitud del deudor, ampliar dicho plazo, por ejemplo, para permitir a las partes que lleguen a un acuerdo sobre la demanda, e informará a las dos partes consecuentemente».

50. Y en tercer lugar, el art. 11.3.a) de la Directiva sobre secretos empresariales también se refiere a la posibilidad de dejar sin efecto las medidas cautelares previas, a instancia de la parte demandada, «si la parte demandante no ejercita una acción conducente a una resolución sobre el fondo del asunto ante la autoridad judicial competente en un plazo razonable determinado por la autoridad judicial que haya ordenado las medidas, *cuando la legislación del Estado miembro así lo permita* o, en ausencia de dicha determinación, en un plazo no superior a 20 días hábiles o 31 días naturales, si este último plazo es mayor».

51. No cabe duda de que el Reglamento regulador de la orden europea de retención de cuentas habilita, sin necesidad de previsión expresa de la legislación nacional, a solicitar la medida cautelar con anterioridad a la pretensión principal⁴⁵. Y entendemos que la alusión en las Directivas sobre derechos de

⁴³ J. PÉREZ GAIPO, “Tutela cautelar en el reglamento de Bruselas I Bis: ¿Un concepto amplio o restrictivo?”, en VV.AA., *La cooperación procesal internacional en la sociedad del conocimiento*, (coord. I. GONZÁLEZ PULIDO; Dir. F. BUENO DE MATA), Atelier, 2019, p. 80. También CALVO CARAVACA y GONZÁLEZ CARRASCOSA (“Medidas provisionales y cautelares y Reglamento Bruselas I-bis”, op. cit., p. 63) estiman que las medidas pueden acordarse por el juez que ya está conociendo del asunto o del juez que podría conocer del fondo del asunto en virtud de un foro de competencia judicial internacional recogido en el Reglamento.

⁴⁴ N. NISI, “I provvedimenti provvisori e cautelari nel nuovo Regolamento Bruxelles I-bis”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2015), Vol. 7, N° 1, p. 140.

⁴⁵ F. CORDÓN MORENO (“La orden europea de retención de cuentas en un proceso seguido en España: ¿naturaleza cautelar o ejecutiva?”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 69/2, julio-diciembre 2017, p. 303) afirma que la orden de

propiedad intelectual y sobre secretos empresariales a “cuando la legislación de un Estado miembro así lo permita” debe entenderse referida a la posibilidad de que el plazo para interponer la demanda principal no venga fijado legalmente, sino que pueda ser determinado por la autoridad judicial, y no a que el ordenamiento interno prevea la adopción de medidas cautelares con carácter previo a la iniciación del litigio principal. De lo contrario, no tendría sentido que la norma europea incluyera un plazo concreto sobre algo no previsto.

52. Respecto al foro auxiliar del art. 35 del Reglamento *Bruselas I bis*, también se ha discutido que puedan solicitarse medidas cautelares cuando el asunto principal aún no ha quedado residenciado ante los tribunales de otro Estado. De nuevo, y ante este silencio, se ha señalado que habrá de estarse a lo establecido en la regulación nacional interna⁴⁶, y sucede que en la legislación española, si bien el art. 730 LEC habilita con carácter general la posibilidad de solicitar medidas antes de interponer la demanda o después, comprobamos como el art. 722.II LEC requiere que el solicitante cautelar acredite *ser parte de un proceso jurisdiccional extranjero*, lo cual tendrá lugar tras la interposición de la demanda, pero nunca antes.

53. La exégesis de la expresión “Sin perjuicio de las reglas especiales previstas en los Tratados y Convenios o en las normas comunitarias que sean de aplicación” pasa por interpretar que, salvo Tratado o Convenio Internacional aplicable que expresamente permita la adopción de medidas cautelares previas al proceso, tal y como sucede por ejemplo en el Convenio Internacional sobre Embargo Preventivo de Buques de 1999 (art. 7), la legislación española impide la adopción de medidas cautelares previas a la demanda en aquellos supuestos en que el proceso principal deba tramitarse ante un tribunal extranjero, habida cuenta del tenor literal del art. 722.II LEC⁴⁷.

54. Pero también cabe argumentar que la legislación interna española no puede contradecir en ningún caso la normativa europea, ya que «la aplicación de las normas procesales nacionales no puede ir en detrimento de la eficacia del Convenio⁴⁸», y dicha normativa europea nada señala respecto a la exigencia de que el litigio principal esté ya sustanciado y a la necesidad de *ser parte* en el proceso principal. La excepción prevista en el art. 35 RB I-bis permite solicitar medidas cautelares a los tribunales de un Estado miembro «incluso si un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro *es competente para conocer* del fondo del asunto»; exige competencia para conocer, pero no que el asunto esté ya *lite pendente*.

55. En apoyo de esta solución podría añadirse que la adopción de medidas cautelares previas a la demanda está pensada para aquellos casos en que se acrediten especiales razones de urgencia y necesidad, y la necesidad de que el proceso principal deba seguirse ante un tribunal extranjero podría servir para justificar dicha urgencia y necesidad, pues ya hemos comprobado que el elemento transfronterizo supone un incremento de los riesgos de ineffectividad⁴⁹.

retención podrá pedirse (y acordarse), de acuerdo con las previsiones del Reglamento núm. 655/2014, *ante litem* o durante la pendencia del procedimiento (de declaración), y siempre *inaudita parte debitoris* (art. 11), sin necesidad, además, a diferencia de lo que ocurre en Derecho interno, de justificar razones de urgencia o necesidad”.

⁴⁶ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *El régimen de las medidas cautelares...*, op. cit., p. 45; F. GASCÓN INCHAUSTI, *Medidas cautelares del proceso civil extranjero*, op. cit., p. 420; M. ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*, La Ley, Madrid, 2000, p. 76 y ss. Por su parte, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ (*Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo III, ed. Iurium, Barcelona, 2000, p. 3242) lo considera «tal vez incompatible con el tenor literal del art. 24 del Convenio de Bruselas, pero razonable».

⁴⁷ En el mismo sentido, *vid.*, V. PÉREZ DAUDÍ, V., “Las medidas cautelares en los procesos internacionales”, *Práctica de Tribunales*, núm. 133, julio-agosto 2018, p. 5.

⁴⁸ STJUE *Hagen* de 15 de mayo de 1990 (C-365/88), apartado 20.

⁴⁹ Para GASCÓN INCHAUSTI (“Artículo 35”, en VV.AA., *Comentario al Reglamento (UE) n° 1215/2012...*, op. cit., p. 701), el régimen del art. 35 RB está pensado para acudir al Estado “donde deban desplegarse sus efectos las medidas cautelares a las que se aspira, tal vez de manera urgente, tal vez, incluso, *inaudita parte debitoris* (...) cuando el proceso sobre el fondo ya se desarrolla o se desarrollará en breve ante los tribunales de otro Estado o, dicho con menos palabras, *lite alibi pendente sive penditura*”.

56. En el arbitraje, una interesante consecuencia de considerar al sistema español como un foro «arbitration friendly» puede conducir a que se defienda la adopción de medidas cautelares *ante causam* en apoyo de un arbitraje extranjero, pues frente al tenor literal del art. 722.II LEC, la cláusula del art. 1.2 LA⁵⁰ incluye al art. 8 (adopción judicial de medidas cautelares), de manera tal que las partes que han decidido someter a arbitraje su controversia podrían, aún con anterioridad al inicio de las actuaciones arbitrales, acudir a los tribunales españoles para obtener medidas cautelares que aseguren lo que en su momento pueda declararse en el laudo arbitral⁵¹.

57. En la mediación, la STJUE *Alassini*⁵² señaló que el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2008/52 no se oponía a aquella legislación nacional que estipule la obligatoriedad de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, *ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial*, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial. Y que un sistema nacional que imponga, para determinados litigios, la tramitación previa de un procedimiento de conciliación extrajudicial no es contrario al Derecho de la Unión Europea cuando dicho procedimiento, entre otros aspectos, permita *adoptar medidas provisionales en aquellos supuestos excepcionales en que la urgencia de la situación lo exija*.

58. Si se considera compatible con el Derecho de la Unión Europea la existencia de una mediación o conciliación previas al proceso; que las mismas puedan ser obligatorias para determinadas materias (siempre que luego no se impida el acceso a la vía jurisdiccional); y que las mismas no impidan solicitar medidas cautelares, entendemos que estos argumentos permiten la solicitud de medidas cautelares *ante demandan*.

59. En España, el actual art. 10.2 de la Ley 5/2012 de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles se refiere a la posibilidad de solicitar medidas cautelares *durante el tiempo en que se desarrolle la mediación*, pero deja sin resolver la cuestión acerca de cómo proceder cuando se insten medidas cautelares previas a la demanda, y en vez de interponer aquélla, se inicie un procedimiento de mediación antes de acudir a los tribunales. Y es que la LEC no prevé expresamente la iniciación de la mediación como motivo de suspensión del plazo para interponer la demanda (art. 730.2.II LEC) ni como supuesto en el que no rige dicho plazo (art. 730.3 LEC), de modo que, a falta de una solución legal, estimamos que cabría considerar que el beneficiario de la tutela cautelar previa, durante la solicitud o formación de una mediación, tendrá un «deber de diligencia» similar a lo previsto en el arbitraje (es decir, informar al órgano judicial que acordó la medida cautelar acerca de que ha iniciado o instado la formación de un procedimiento de mediación y llevar a cabo las actuaciones tendentes a poner en marcha dicho procedimiento).

60. Además, y *lege ferenda*, vemos como el Anteproyecto de Ley de impulso de la Mediación aprobado por el Consejo de Ministros a comienzos de 2019 proponía la modificación de la LEC para, precisamente, permitir la solicitud de medidas cautelares, no sólo a quien sea parte en un procedimiento de mediación, sino también a «quien acredite ser parte de un pacto de mediación o de un convenio arbitral con anterioridad a las actuaciones de la mediación o arbitrales». Es decir, la *voluntas legislatoris* parece ir en esa dirección de admitir la solicitud de medidas cautelares antes de someter la cuestión principal a un proceso judicial o extrajudicial de resolución de conflictos.

⁵⁰ «Las normas contenidas en los apartados 3.º, 4.º y 6.º del artículo 8, en el artículo 9, excepto el apartado 2, en los artículos 11 y 23 y en los títulos VIII y IX de esta ley se aplicarán aun cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera de España».

⁵¹ A favor de la posibilidad de la solicitud de medidas cautelares con anterioridad a la pendencia arbitral, L. A. CUCARELLA GALIANA, *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje)*, ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2004.

⁵² STJUE *Alassini y otros*, de 18 de marzo de 2010 (asuntos acumulados C-317/08, C-318/08, C-319/08 y C-320/08).

3. Limitaciones a la tutela cautelar *inaudita parte debitoris*

A) La doctrina «Denilauler» y el rechazo al *exequátur* de medidas cautelares *inaudita parte*

61. Uno de los elementos que más contribuye a dotar de eficacia práctica a la tutela cautelar es el «efecto sorpresa» con que las mismas puedan ser obtenidas. De ahí la explícita posibilidad que nuestra legislación prevé a la hora de solicitar medidas cautelares «*junto con*» la demanda principal, y no «*en*» la demanda. Ello permite la solicitud de medidas cautelares, al mismo tiempo de interponer la demanda pero en un escrito separado, y no ya mediante el tradicional *Otrosí* dentro de la misma, cuando se pretenda la adopción *inaudita parte* de las medidas.

62. Esa búsqueda del efecto sorpresa también se prevé expresamente en la facultad recogida en el segundo inciso del art. 732.2 LEC, cuando la pretensión principal se dirija a obtener la cesación de conductas que se reputen como publicidad ilícita, competencia desleal, o violen un determinado derecho de la propiedad industrial o intelectual: el solicitante cautelar puede reclamar al tribunal que requiera los informes u ordene las investigaciones que el solicitante no pueda aportar o llevar a cabo por sí mismo y que resulten necesarias para resolver sobre la solicitud, *con carácter urgente y sin dar traslado del escrito de solicitud*.

63. La solicitud *inaudita parte debitoris* de la tutela cautelar se constituye así en una eficaz herramienta para dotar de gran efectividad al aseguramiento de lo que se pretenda en el proceso principal. A cambio de ello, los requisitos para la adopción de medidas cautelares sin dar audiencia al demandado se ven aumentados. La urgencia y necesidad requeridas se aproximan a lo señalado al analizar la solicitud cautelar previa a la demanda principal, pero no debe confundirse. El *periculum in mora* «cualificado», en el caso de las medidas solicitadas *inaudita parte*, no trata de conjurar el riesgo derivado de la tramitación del propio procedimiento cautelar ordinario, sino el riesgo que pudiera producir la audiencia al demandado para la efectividad de la propia medida cautelar.

64. En el plano transfronterizo, sin embargo, se ha criticado el hecho de que la «doctrina *Denilauler*» estableciera una importante limitación para el *exequátur* de resoluciones cautelares adoptadas *inaudita parte*, por cuanto dicha Sentencia declaró que «los requisitos a los que el Título III del Convenio subordina el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales no concurren en las medidas provisionales y cautelares decretadas o adoptadas por un órgano jurisdiccional sin que la parte contra la que vayan dirigidas haya sido citada a comparecer y que estén destinadas a ejecutarse sin haber sido previamente notificadas a esta última parte. De ahí se desprende que esta clase de resoluciones judiciales no puede acogerse a la ejecución simplificada prevista en el Título III del Convenio⁵³».

65. Ello daba lugar a una tutela cautelar débil en el espacio judicial europeo⁵⁴, lo cual fue objeto de importantes críticas y motivo de consultas y propuestas para mejorar los instrumentos europeos referidos a la libre circulación de las resoluciones provisionales y cautelares en la Unión Europea⁵⁵.

66. En efecto, el Libro Verde sobre la revisión del Reglamento 44/2001⁵⁶, lanzado en abril de 2009 por la Comisión, planteaba la posibilidad de que las medidas cautelares *ex parte* pudieran ser reconocidas y ejecutadas en virtud del Reglamento, “siempre que el demandado tenga la posibilidad de

⁵³ STJUE *Denilauler*, de 21 de mayo de 1980 (Asunto C-125/79), aptdo. 17.

⁵⁴ Vid., por todos, A. L. CALVO CARAVACA y J. GONZÁLEZ CARRASCOSA, “Medidas provisionales y cautelares y Reglamento Bruselas I-bis”, op. cit., p. 72.

⁵⁵ G. CUNIBERTI “La ejecución de las medidas provisionales y cautelares extranjeras en materia civil y mercantil en Europa”, *Diario La Ley*, N° 7601, de 31 de marzo de 2011, califica la doctrina sentada por el TJCE en el asunto *Denilauler* como “un precedente molesto” hasta que el legislador europeo lo remedie y se hacía eco de la propuesta de revisión del Reglamento Bruselas I, de 14 de diciembre de 2010 que expresamente preveía eliminar dicha condición.

⁵⁶ COM(2009) 175 final.

impugnarlas posteriormente, particularmente a la luz de lo dispuesto en el artículo 9, apartado 4, de la Directiva 2004/48/CE”. Y como sabemos, dicho art. 9.4 prevé la revisión de la medida acordada sin oír a la parte contraria, a solicitud de ésta y en un plazo razonable tras la notificación de las medidas, de un modo similar a lo previsto internamente en nuestro art. 739 LEC.

67. En la Propuesta de Reglamento presentada por la Comisión en diciembre de 2010 se buscaba la “clarificación de las condiciones en que pueden circular en la UE las medidas provisionales y cautelares” como uno de los objetivos concretos de la reforma, para lo cual se afirmaba que “Con respecto a las medidas provisionales, en particular las medidas cautelares, la propuesta establece la libre circulación de las medidas concedidas por un tribunal competente sobre el fondo del asunto, y especialmente —en determinadas condiciones— las medidas concedidas *ex parte*”.

68. De entre las reformas planteadas en dicha Propuesta, el proyectado artículo 2 indicaba expresamente lo siguiente: «A los efectos del capítulo III, el término «resolución» engloba las medidas provisionales o las medidas cautelares ordenadas por un tribunal competente, en virtud del presente Reglamento, para conocer sobre el fondo del asunto. Incluye asimismo las medidas ordenadas sin que el demandado fuere citado a comparecer y *que estuvieren destinadas a ser ejecutadas sin necesidad de notificación previa al demandado*, siempre que este tuviere derecho a impugnar posteriormente la medida en virtud del Derecho nacional del Estado miembro de origen».

69. En la misma línea, el proyectado art. 42.2 exigía al solicitante de la ejecución en otro Estado miembro de una resolución que ordenare una medida provisional o cautelar, que aportase a las autoridades encargadas de dicha ejecución un certificado expedido por el tribunal de origen, con una descripción de la medida y que «(ii) en caso de que la medida fuere ordenada sin que se cite al demandado a comparecer y *debiere ser ejecutada sin notificación previa a este*, que el demandado tiene derecho a impugnar la medida en virtud de la ley del Estado miembro de origen».

70. Y en la misma dirección, en el seno de la iniciativa de los Institutos UNIDROIT y ELI para el desarrollo de unos principios del Proceso Civil Transnacional se conformó un específico Grupo de Trabajo sobre medidas cautelares y provisionales en cuyo primer informe (noviembre 2014) ya se proponía, como apartado 8.2, la posibilidad de que la medida cautelar pudiera ser acordada *ex parte*, con la condición de que el sujeto pasivo de tal medida tuviera la oportunidad de impugnar dicha decisión *lo antes posible*⁵⁷.

B) Los avances del Reglamento Bruselas I bis respecto de las medidas cautelares con contradicción diferida

71. El Reglamento Bruselas I bis mejoró la regulación jurídica a la tutela cautelar en la Unión Europea, aunque si lo comparamos con lo que se proponía en 2010 por parte de la Comisión en materia de medidas cautelares adoptables *inaudita parte*, resulta comprensible que el nuevo régimen cautelar haya sido calificado como “término medio”⁵⁸.

72. Frente a la propuesta de 2010 de incluir, dentro del término «resolución» a los efectos de su exequátur en otro Estado miembro, “las medidas provisionales o cautelares ordenadas sin que el deman-

⁵⁷ 8.2. *A court may order provisional relief without notice only upon urgent necessity and preponderance of considerations of fairness. The applicant must fully disclose facts and legal issues of which the court properly should be aware. A person against whom ex parte relief is directed must have the opportunity at the earliest practicable time to respond concerning the appropriateness of the relief.*

⁵⁸ “via di mezzo” según N. NISI (“I provvedimenti...”, op. cit., p. 140); “middle ground” para A. GERACI, G. GRASSI, F. LOMBARDI (“Juris(&)prudence in provisional measures. Balancing effective protection and right to defense in the EU judicial space perspective”. Themis Competition 2016, p. 6. Documento descargable de la página web: http://www.ejtn.eu/PageFiles/14777/Written%20paper_Italy.pdf. Fecha de consulta: 11 de mayo de 2020). Para PÉREZ GAIPO (“Tutela cautelar...”, op. cit., p. 81) el Reglamento Bruselas I bis “se queda a medias” y su solución choca con la propia razón de ser de este tipo de tutela cautelar.

dado fuere citado a comparecer y que estuvieren destinadas a ser ejecutadas sin necesidad de notificación previa al demandado, siempre que este tuviere derecho a impugnar posteriormente la medida en virtud del Derecho nacional del Estado miembro de origen”, el texto definitivo del art. 2.º RB I-bis matiza que el término «resolución», a dichos efectos, no incluye las medidas provisionales y cautelares que el órgano jurisdiccional acuerde sin que el demandado sea citado a comparecer, “a no ser que la resolución relativa a la medida haya sido notificada al demandado antes de su ejecución”, y tal notificación vuelve a ser exigida en el art. 42.2.c (algo que el Estado de origen puede certificar en el apartado 4.5 del Anexo I al que se refiere el art. 53 RB I-bis).

73. Este matiz resulta importante. No es lo mismo adoptar la medida y llevarla a la práctica sin ningún tipo de audiencia al sujeto pasivo de la misma (lo que la Propuesta de 2010 calificaba como *ser ejecutadas sin necesidad de notificación previa al demandado*), que adoptarla *inaudita parte* pero notificarla al demandado antes de su ejecución (lo que recoge el Reglamento de 2012) o fijar un plazo desde su notificación al demandado para que pueda impugnarla, tal y como sucede en el sistema procesal español (arts. 739 a 741 LEC). Si el demandado tuvo dicho plazo para impugnar tal resolución y voluntariamente no lo aprovechó, se ha considerado que dicha medida sí debería ser reconocida y ejecutada ante los tribunales del Estado requerido⁵⁹. Y lo mismo sucederá cuando la medida cautelar haya sido adoptada sin dar audiencia a un tercero que resulta afectado por la ejecución: habrá que comprobar si el órgano adoptante de la medida (Estado de origen) le comunicó dicha resolución y si dicho tercero ha tenido o no posibilidad de recurrir ante dicho tribunal⁶⁰.

74. Por ello, el sistema cautelar consagrado en el RB I-bis diferencia hasta tres supuestos de medidas cautelares, en función de las opciones disfrutadas por el sujeto pasivo de las mismas durante su discusión: a) las acordadas con audiencia del demandado en el Estado de origen, competente para conocer del fondo del asunto, que se reconocerán en el Estado de ejecución como cualquier otra resolución judicial; b) las acordadas *inaudita altera parte* y no notificadas al demandado, que no se considerarán una “resolución” a los efectos del Capítulo III; y c) las acordadas *inaudita parte* en el Estado de origen y notificadas al demandado antes de su ejecución, que también podrían desplegar efectos transfronterizos si el solicitante de su ejecución en el Estado requerido facilitase a las autoridades del Estado de ejecución una acreditación que pruebe esa notificación de la resolución al demandado⁶¹.

75. El segundo matiz importante del nuevo régimen jurídico en materia de medidas cautelares aprobado en 2012 lo encontramos en el Considerando nº33 RB I-bis. Aunque explica que “las medidas provisionales y cautelares ordenadas por dicho órgano jurisdiccional sin que el demandado haya sido citado a comparecer no deben reconocerse ni ejecutarse en virtud del presente Reglamento, a no ser que la resolución que contenga la medida sea notificada al demandado antes de su ejecución”, a continuación especifica que “*Esto no debe obstar al reconocimiento y ejecución de tales medidas en virtud del Derecho nacional*”.

76. Conforme a esta coletilla final, la medida cautelar adoptada *inaudita parte* en el Estado de origen, competente para conocer del fondo del litigio, también podría desplegar sus efectos en el Estado requerido si así lo admite su Derecho interno, aunque no se beneficiaría del régimen simplificado de circulación previsto en el RB I-bis⁶². En España, paradójicamente, el derecho interno aplicable en defecto

⁵⁹ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El régimen de las medidas cautelares...*, op. cit., p. 144; M. ORTELLS RAMOS, “La tutela cautelar en los procesos civiles con elementos extranjeros”, *Revista del Poder Judicial*, 1998, nº49, p. 535; F. GASCÓN INCHAUSTI, “Capítulo X. Medidas cautelares (art. 31 RB)”, op. cit., p. 336.

⁶⁰ Así lo admite expresamente la STJUE de 25 de mayo de 2016 (C-559/14, asunto *Meroni*).

⁶¹ A. L. CALVO CARAVACA y J. GONZÁLEZ CARRASCOSA, “Medidas provisionales y cautelares y Reglamento Bruselas I-bis”, op. cit., pp. 73-74.

⁶² Vid. A. GERACI, G. GRASSI, F. LOMBARDI, “Juris(&)prudence in provisional measures...”, op. cit., p. 6, que citan a F. GARCIMARTÍN, *The cross border effectiveness of inaudita altera parte measures in the Brussels I recast regulation: an appraisal, in The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, 2014, p. 182.

de Tratado o Convenio internacional o instrumento europeo análogo —la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil— exige en su art. 41.4 que las medidas cautelares “se hubieran adoptado previa audiencia de la parte contraria”, razón por la cual dicho régimen ha sido tildado de «sorprendente»⁶³.

III. Reflexión final: hacia la consagración de la tutela cautelar *ante causam e inaudita parte* en el Derecho Procesal Civil de la Unión Europea

77. Con posterioridad a ese tímido avance del Reglamento 1215/2012 a la hora de facilitar, con matices, la libre circulación de las medidas cautelares y provisionales acordadas *inaudita altera parte*, se han aprobado nuevos instrumentos legales y determinadas iniciativas en el seno de la Unión Europea que nos permiten concluir que existe un deseo de impulsar un régimen unitario de la tutela cautelar en el Espacio judicial europeo como una herramienta más dentro del Derecho Procesal Civil de la UE para facilitar la efectividad de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en los litigios transfronterizos, y que, dentro del mismo, tendría cabida —serían caracteres comunes— tanto la tutela cautelar solicitable *ante causam* como la adoptable *inaudita parte*.

78. Si bien el camino seguido hasta ahora en materia de armonización pasaba por la aproximación de los ordenamientos nacionales a través de las herramientas legislativas europeas (la «comunitarización» y posteriormente «europeización» de los procesos civiles nacionales), la tutela cautelar representa un ámbito en el que puede apreciarse la tendencia de buscar la convergencia del Derecho Procesal Civil de la Unión Europea con las realidades nacionales de los Estados miembros que ya constituyen una práctica asentada y ampliamente armonizada. Es decir, debe entenderse como un camino de dos direcciones: la tradicional adecuación de los ordenamientos nacionales a los estándares mínimos fijados por el legislador europeo y asentados por la jurisprudencia del TJUE, pero también la recepción por el propio Derecho de la Unión Europea de lo que constituye ya una realidad prácticamente uniforme en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros.

79. La solicitud de medidas cautelares *ante causam* y su adopción *inaudita altera parte* constituyen sendas realidades recogidas por los códigos procesales civiles de los Estados miembros, cuyos tribunales nacionales han validado su adecuación a los estándares constitucionales de protección de las garantías procesales de los sujetos afectados por las mismas⁶⁴, de modo no sólo deberían considerarse compatibles con el Derecho de la Unión, sino incorporarse a los instrumentos europeos de cooperación judicial civil y ser objeto de una libre circulación y reconocimiento en el espacio judicial europeo.

80. Como se ha visto, el régimen de las medidas cautelares en el Derecho Internacional Privado siempre ha sido fuente de importantes debates y la “solución intermedia” recogida en el RB I-*bis* no ha dejado contento a nadie⁶⁵. Por ello, procede avanzar en la consecución de un régimen europeo de medidas cautelares que facilite su exportabilidad en los litigios transfronterizos. Y el mejor camino para ello es fijar una serie de principios rectores mínimos de la tutela cautelar en un instrumento legal europeo capaz de asegurar una verdadera libre circulación de medidas cautelares en el espacio judicial europeo.

⁶³ L. GARCÍA GUTIÉRREZ, “La tutela cautelar...”, op. cit., p. 295, quien también habla de “inconsistencia del sistema”.

⁶⁴ En España, la adopción *inaudita parte* de medidas cautelares fue declarada conforme al derecho a la tutela judicial efectiva por parte del Tribunal Constitucional mediante el ATC 186/1983, de 27 de abril. Para GARCIMARTÍN ALFÉREZ (“La competencia judicial para adoptar medidas cautelares: el caso Iberdrola vs. EDF”, *RCd*, 2008, nº3, pp. 147-156) y GÓMEZ JENE (“Arbitraje, medidas cautelares y Reglamento Bruselas I”, *Diario La Ley*, Nº 7601, de 31 de marzo de 2011), “Las medidas *inaudita parte* son conocidas en todos los ordenamientos europeos y han sido consagradas por el Tribunal Constitucional. Sería insólito pensar que el Reglamento Bruselas I ha querido acabar con ellas”.

⁶⁵ Sobre el grado de insatisfacción de la doctrina con dicho régimen (referido al Convenio de 1968 y al Reglamento de 2001), vid. C. HONORATI, “Provisional Measures and the recast of Brussels I Regulation: a missed opportunity for a better ruling”, *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2012, p. 525 y la bibliografía allí citada. Accesible en: <http://ssrn.com/abstract=2443137>.

81. El mejor ejemplo de este avance apreciado en las instituciones europeas lo representa la orden europea de retención de cuentas bancarias regulada en el Reglamento 655/2014; un instrumento respecto del cual se ha llegado a afirmar que el legislador europeo ha positivizado en él la doctrina sobre las medidas cautelares a la que se aspira en el Derecho Procesal Civil de la Unión Europea⁶⁶ y que de su regulación cabe extrapolar no pocas previsiones para un posible futuro régimen común de medidas cautelares en la Unión Europea⁶⁷.

82. No obstante, dicho Reglamento también constituye una evidencia de las dificultades para avanzar en el desarrollo de un régimen general de las medidas cautelares y provisionales en el Derecho Procesal Civil de la Unión Europea. Los trabajos UNIDROIT/ELI dan muestra de la dificultad a lo largo de los años para aprobar una norma europea que recogiera ese régimen cautelar europeo unificado y facilitar así una tutela cautelar unitaria en el espacio judicial europeo.

83. Por ello, la orden europea de retención de cuentas bancarias representó un importante cambio de rumbo —y un enorme paso hacia adelante— al centrarse en establecer un régimen europeo unitario y detallado de una concreta medida cautelar. Pero lo que queremos poner de manifiesto al señalarle como ejemplo es que, tratándose de la avanzadilla para una futura tutela cautelar europea, observamos como el legislador europeo apuesta, dentro de esas líneas caracterizadoras, tanto por la posibilidad de su solicitud *ante causam*, como por la posibilidad de una adopción *inaudita parte debitoris*.

84. Decimos que se trata del mejor ejemplo de la tendencia aquí defendida porque es el primer Reglamento europeo que consagra expresamente la posibilidad de solicitar y obtener la tutela cautelar *ante causam* (art. 5), fijando el propio Reglamento el plazo para instar el posterior procedimiento principal y el deber del beneficiario de la medida de acreditar tal incoación al órgano jurisdiccional ante el que hubiera presentado la solicitud de orden (art. 10.1). Y en la misma dirección, también es el primer Reglamento europeo que garantiza el reconocimiento y ejecución transfronteriza de una medida cautelar acordada *inaudita parte*, lo cual ya no es una posibilidad a instancias del solicitante en función de lo que prevea el derecho procesal interno del Estado miembro en que se solicite, sino la única posibilidad (art. 11).

85. Tal y como declara expresamente el art. 22, «Una orden de retención dictada en un Estado miembro con arreglo al presente Reglamento —es decir, *inaudita parte debitoris*— será reconocida en los demás Estados miembros sin necesidad de procedimiento alguno y tendrá fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin necesidad de una declaración de fuerza ejecutiva⁶⁸». Aunque limitado al ámbito de una específica medida cautelar (la retención de cuentas bancarias), dicha norma puede servir de referencia a la hora de defender la validez de la contradicción diferida para asegurar ese efecto sorpresa tan importante en materia cautelar, y aún más en los litigios internacionales, facilitando su ejecución transfronteriza.

86. Otro ejemplo de esa nueva tendencia europea a reconocer expresamente la tutela cautelar *ante causam* la encontramos en el terreno de los procedimientos de insolvencia transfronterizos. Para mejorar la eficacia de los mismos, el Considerando nº36 del Reglamento 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia indica expresamente que “El órgano jurisdiccional competente para abrir el procedimiento de insolvencia principal debe estar facultado para ordenar medidas provisionales y cautelares desde el momento mismo de la solicitud de apertura del procedimiento. *Las medidas cautelares y provisionales, ya sean anteriores o posteriores al inicio del procedimiento de insolvencia, son importantes para garantizar la eficacia del mismo*”.

⁶⁶ F. GASCÓN INCHAUSTI, *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, Marcial Pons, 2018, p. 79.

⁶⁷ M. L. VILLAMARÍN LÓPEZ, “La orden europea de retención de cuentas y sus requisitos de acceso. A propósito de la reciente sentencia del TJUE de 7 de noviembre de 2019”, en VV.AA., *Ejecución de decisiones relativas a deudas monetarias en la Unión Europea Experiencia española y adopción de decisiones informadas* (Dir. C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN), Dykinson, 2020, p. 250.

⁶⁸ En el mismo sentido, F. CORDÓN MORENO, “La orden europea de retención de cuentas...”, op. cit., p. 308.

87. Conforme a tal premisa, y aunque el art. 52 (Medidas cautelares) nada dice respecto a la posibilidad de que las medidas cautelares sobre bienes del deudor situados en otro Estado miembro sean acordadas *inaudita parte*, la remisión del art. 7 a la ley del Estado de apertura del procedimiento nos conduce a sostener que la tutela cautelar *ante causam* y la *inaudita parte debitoris* serán una constante generalizada. En el Derecho español, por ejemplo, el art. 17 de la Ley Concursal prevé la adopción de medidas cautelares, a petición del legitimado para instar el concurso necesario, al admitir a trámite la solicitud de declaración de concurso, lo cual tiene lugar antes de emplazar al deudor para que conteste la petición de concurso. Su remisión al régimen general de la LEC también apoya esta idea.

88. Finalmente, y dentro de ese camino de la armonización procesal civil en la Unión Europea, la Propuesta de Directiva sobre normas mínimas comunes de procedimiento civil en la Unión Europea, de julio de 2017, avanza en esa misma dirección iniciada por el Reglamento referido a la orden europea de retención de cuentas bancarias y plantea un modelo de tutela cautelar común en el Derecho de la Unión Europea, cuyos caracteres generales incluirían la tutela cautelar *ante causam* e *inaudita parte*.

89. Conforme al apartado 1º del art. 6 de la citada Propuesta, las medidas cautelares y provisionales podrán ser acordadas “antes de que se inicie el procedimiento sobre el fondo del asunto y en cualquier fase de dicho procedimiento”. Y conforme al apartado 3º, “Los Estados miembros velarán por que, en casos debidamente justificados, se puedan adoptar medidas provisionales sin que el demandado sea oído, cuando el retraso pudiera ocasionar un daño irreparable al demandado, o cuando existe un riesgo demostrable de destrucción de pruebas”.

90. Como vemos, el Parlamento vuelve a retomar en 2017 la idea recogida en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil del año 2010⁶⁹ en el siguiente sentido: a diferencia de la «doctrina *Denlauler*» y de la solución intermedia del Reglamento Bruselas I *bis*, conforme a las cuales la tutela cautelar adoptada *inaudita parte* sería objeto de ejecución transfronteriza sólo cuando hubiera sido notificada al deudor “antes de su ejecución” (Considerando nº33 y art. 2.a RB I-*bis*), la Propuesta defiende que la notificación al deudor de la medida cautelar acordada *inaudita parte* sea notificada “tras la ejecución de las medidas”, y que sea a instancia del demandado cuando pueda producirse una revisión de la tutela cautelar acordada, tal y como prevé el régimen procesal español de los arts. 739 a 741 LEC.

91. El mensaje lanzado desde el Parlamento Europeo parece claro: a la hora de aproximar las legislaciones procesales civiles nacionales para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de los arts. 47 CDFUE y 6 CEDH (recordemos que el mismo constituye el fundamento de la tutela cautelar), el régimen europeo cautelar a insertar en un hipotético Código Procesal Civil Europeo⁷⁰, capaz de asegurar la eficacia transfronteriza de las medidas cautelares y provisionales adoptadas por el tribunal competente para conocer del fondo del asunto, revestiría como elementos básicos comunes muchos de los expresamente recogidos en la LEC española: justicia rogada, solicitud *ante causam*, adopción *inaudita parte debitoris* con posibilidad de contradicción diferida, exigencia de caución como regla general y responsabilidad del solicitante cautelar por los daños producidos con la ejecución de la medida.

⁶⁹ COM(2010) 748.

⁷⁰ Por ello se ha calificado como “un salto cualitativo de enorme trascendencia” (F. GASCÓN INCHAUSTI, *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional...*, op. cit., p. 78).

PROCESOS TRANSFRONTERIZOS DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS, RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR Y COMPETENCIA INTERNA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES*

CROSS- BORDER MEASURES MODIFICATION PROCEDURES, MINOR'S HABITUAL RESIDENCE AND INTERNAL COMPETENCE OF SPANISH COURTS

PILAR PEITEADO MARISCAL

*Profesora Titular Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid*

Recibido: 15.06.2020 / Aceptado: 03.07.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5675>

Resumen: Tomando como punto de partida una resolución de la Audiencia Provincial de Barcelona, se analizan tres problemas muy comunes de los procesos transfronterizos de modificación de medidas de responsabilidad parental: la relación con el proceso en el que se acordaron las medidas originales, los problemas para la determinación de la residencia habitual del menor y el tribunal ante el que debe suscitarse el asunto cuando la competencia internacional está atribuida a los órganos jurisdiccionales españoles.

Palabras clave: responsabilidad parental, procesos de modificación de medidas, competencia internacional.

Abstract: Taking as starting point a legal ruling of the Barcelona's Provincial Court, three of the most common problems regarding cross-border measures modification procedures on parental responsibilities are analysed. The relation with the process in which the original measures were agreed, main problems deciding the minor's habitual residence, and the Court in which the matter must be aroused when the international competence has been ascribed to Spanish jurisdictional Courts.

Keywords: parental responsibility, measures modification procedures, international competence.

Sumario: I. Un punto de partida concreto. El Auto 480/2019 de la Audiencia Provincial de Barcelona.1. Los hechos del AAP Barcelona 480/2019.2. Los motivos del recurso.3. Las normas aplicables al asunto.II. Primera cuestión. Sentencia del tribunal belga, *perpetuatio iurisdictionis* y relación entre ambos procesos.1. Introducción. La naturaleza autónoma de los procesos de modificación de medidas.2. El mantenimiento de la competencia durante el proceso y el cambio de competencia con el cambio de proceso.III. Segunda cuestión. Artículo 8 del Reglamento 2201/2003 y foro de la residencia habitual del menor.1. El Considerando (12) y el superior interés del menor desde una perspectiva procesal.2. El Considerando (12), el criterio de proximidad y la jurisprudencia del TJUE. Jerarquización de parámetros.3. La solución del AAP Barcelona 480/2019.IV. La competen-

* Este trabajo fue preparado para ser defendido en el Seminario «Hacia un proceso civil convergente con Europa: balance de situación», dirigido por el Prof. Fernando Gascón Inchausti y por mí misma, que debería haberse celebrado en la Facultad de Derecho de la UCM el 25 de junio de 2020 y que tuvo que ser suspendido como consecuencia de la pandemia asociada al Covid-19. También por esta razón, la bibliografía y los materiales utilizados han sido mucho más limitados de lo que me habría gustado. Es uno de los resultados del proyecto de investigación «Hacia un proceso civil convergente con Europa. Hitos presentes y retos futuros» (PGC2018-094693-B-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

cia interna de los tribunales españoles para los procesos transfronterizos de modificación de medidas.1. Normas supranacionales de doble prevalencia y normas supranacionales de una sola fase.2. Los problemas y soluciones de la competencia interna para conocer de procesos transfronterizos de modificación de medidas

I. Un punto de partida concreto. El Auto 480/2019 de la Audiencia Provincial de Barcelona

1. El origen inmediato de este estudio está vinculado a la lectura del Auto 480/2019, de 9 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Barcelona (ECLI:ES:APB:2019:11725A). Las cuestiones que se plantean en esta resolución son las propias de cualquier proceso de modificación de medidas con un elemento transfronterizo: por un lado, la conexión entre el proceso en el que se acordó la medida cuya modificación se pretende y el proceso que se incoa para obtener la modificación buscada; y, por otro, el foro de competencia aplicable y, en relación con él, la determinación de cuál es el lugar de residencia habitual del menor. Se trata, además, de asuntos que preocupan a la doctrina, y que han merecido ya estudios y comentarios por parte de quienes conocen y aplican el Reglamento 2201/2003¹. ¿Por qué, entonces, abordar una vez más estos problemas?

La razón es que, pese a la frecuencia con que estas situaciones se presentan y, aunque las similitudes entre ellas son evidentes, lo múltiple que es la realidad en este tipo de asuntos determina que siempre exista un elemento distinto, algo que impide que un caso sea idéntico a otro; y la dificultad objetiva que habitualmente tienen inclina siempre a preguntarse si la solución finalmente acordada fue la mejor, o si hay criterios, elementos, que permitan afinar más, ofrecer una respuesta más segura. Solo la observación repetida de esta realidad compleja desde distintas perspectivas, valorando todos los perfiles que puede presentar, va permitiendo que el estudioso, el juez, el abogado, el experto, adquiramos la soltura y el criterio necesarios para manejar unas normas que tienen una relevancia social extraordinaria, puesto que afectan a menores que se encuentran en una situación familiar de conflicto.

Solo en 2019, año de la resolución mencionada, la Audiencia Provincial de Barcelona, tribunal del que procede, dictó otras 107 resoluciones definitivas, autos y sentencias, mediante las que se aplicaba el Reglamento 2201/2003. De entre ellas, 42 recayeron en procesos incoados para obtener la modificación de medidas relativas a menores acordadas en procesos de separación o divorcio. En el conjunto de Audiencias Provinciales, las resoluciones que aplicaron esta norma en el año 2019 ascienden a 200.

2. Los hechos y las soluciones del AAP Barcelona 480/2019 (ECLI:ES:APB:2019:11725A) servirán para presentar sobre un banco de pruebas concreto problemas y posibilidades extrapolables a otros muchos hechos y a futuras decisiones de los tribunales que tengan relación con la vinculación entre los procesos de modificación de medidas y los procesos anteriores en que tales medidas se acordaron, y con la determinación del Estado en el que un menor tiene su residencia habitual, en orden a la cada vez más correcta y previsible aplicación del Reglamento 2201/2003. Tras el examen de estas cuestiones, se abordará otra que ya no proceden directamente de la resolución judicial, la determinación del tribunal con competencia para conocer de la pretensión en materia de responsabilidad parental cuando España es el Estado de residencia habitual del menor.

1. Los hechos del AAP Barcelona 480/2019

3. Mediante esta resolución, la Audiencia Provincial de Barcelona decide un recurso de apelación contra otro auto, que estima la declinatoria formulada por el progenitor demandado en la instancia de un proceso de modificación de medidas respecto de un menor; la declinatoria arguye la falta de competencia internacional del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona ante el que la madre del menor

¹ Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, designado habitualmente como RB II bis.

pretende la modificación de ciertas medidas adoptadas respecto de él; y las medidas proceden de la sentencia de un tribunal belga dictada estimando a su vez otro recurso de apelación, el interpuesto por el padre del menor contra la sentencia de primera instancia, también de un tribunal belga, que acordaba atribuir de manera compartida el ejercicio de la patria potestad sobre el menor a ambos progenitores y la guarda a la madre. Leyéndolo en sentido contrario, nuestro asunto va, pues, de si tiene o no competencia internacional el tribunal español al que la madre de un menor le pide que modifique la decisión de un tribunal belga que la despoja de la custodia de su hijo para atribuírsela al padre del menor.

4. Los hechos narrados en el párrafo anterior tienen naturaleza procesal; para valorarlos en toda su dimensión, es necesario completarlos con un relato cronológico, que en parte conocemos como ahora se dirá, y también con otro conjunto de hechos que fundan los puntos de conexión que permiten determinar la competencia, que no conocemos tanto, porque el auto de la Audiencia Provincial no es demasiado explícito. Los datos que interesan a efectos de este estudio son los siguientes:

- En junio de 2016, un tribunal belga de primera instancia determina que la patria potestad respecto de un menor será compartida por sus padres y atribuye la custodia a la madre. Esta decisión es apelada por el padre no custodio ante un órgano jurisdiccional belga de segunda instancia.
- Mientras se tramita el recurso de apelación, la madre y el menor se trasladan a vivir a España. Este hecho, que es absolutamente nuclear y que contiene en sí varios perfiles importantes, lo conocemos solo de manera fragmentaria, así que lo primero que llama la atención de la resolución tomada como ejemplo es que pueda resolverse este asunto sin hacer ninguna referencia a algunos de los factores que a continuación se mencionan, ni tomarlos en consideración.
 - La resolución no lo dice de manera explícita, pero implícitamente se deduce con claridad que el traslado se produce en cuanto se dicta la sentencia que otorga la custodia a la madre, probablemente en el mismo verano de 2016.
 - También implícitamente deducimos que el traslado se produce, bien con autorización del tribunal, bien con el consentimiento del padre, puesto que no hay ninguna actuación procesal encaminada a denunciar la ilícita sustracción del menor. Esta deducción se confirma porque otra resolución dictada en este mismo caso —tangencial en lo que ahora nos ocupa, de otra sección de la misma Audiencia Provincial y mejor y más completamente motivada, pese a su brevedad, que la que decide el asunto principal— menciona la autorización obtenida por la madre del tribunal de primera instancia para trasladarse con el menor a España.
 - Desconocemos completamente la edad del menor, y también el tiempo que vivió en Bélgica o en otro lugar antes de su traslado a España, porque el auto de la Audiencia Provincial que resuelve la declinatoria no se refiere a estos extremos. Sin embargo, la misma resolución tangencial ya mencionada refiere que el menor fue escuchado en un informe obrante en autos y que expresó su deseo de vivir con su padre, así que no se trata de un lactante ni de un niño de muy corta edad; podemos suponer que al menos ha comenzado la educación primaria.
 - Y desconocemos, por último, la nacionalidad de la madre y las circunstancias que la impulsaron a salir de Bélgica con su hijo y a establecerse en España.
- En junio de 2018, es decir, dos años después de los hechos relatados hasta ahora, el tribunal belga de apelación modifica la sentencia de primera instancia y ordena que el menor resida con su padre, señalando también que esta decisión debe hacerse efectiva días antes de que comience el curso escolar, en septiembre de ese mismo año.
- En julio de 2018, probablemente en cuanto le fue notificada esta decisión, la madre interpone demanda de modificación de medidas respecto de las establecidas en la sentencia de apelación del tribunal belga ante el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, su —suponemos, porque tampoco se afirma explícitamente en el auto— lugar de residencia.

- El padre demandado realiza dos actuaciones relacionadas con esta demanda de modificación de medidas:
 - Interpone declinatoria impugnando la competencia internacional del tribunal español.
 - Formula una solicitud de declaración de ejecutoriedad de la sentencia de apelación del tribunal belga con apoyo en los artículos 28 y siguientes del Reglamento 2201/2003. El auto de ejecutoriedad es dictado en septiembre de 2018. La madre del menor lo recurre en apelación y recibe una resolución desestimatoria, el AAP Barcelona 184/2019, de 15 de mayo (ECLI:ES:APB:2019:3012A). A través de esta resolución, como se ha dicho antes, conocemos datos que la resolución principal del asunto solo permite suponer.
- En diciembre de 2018, el JPI de Barcelona estima la declinatoria formulada por el padre del menor, aprecia su falta de competencia internacional y dicta auto de archivo del proceso de modificación de medidas instado por la madre.
- Contra esta resolución interpone la madre del menor el recurso de apelación resuelto por el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona que constituye nuestro objeto de atención inmediato. La Audiencia Provincial desestima el recurso, confirma la resolución de primera instancia y archiva definitivamente el proceso de modificación de medidas por falta de competencia internacional de los tribunales españoles conforme al Reglamento 2201/2003.

2. Los motivos del recurso

5. El auto de la Audiencia Provincial de Barcelona relata de manera muy deficiente los motivos del recurso de la madre custodia frente al auto que estima la declinatoria interpuesta por el padre no custodio. Sí explicita que la recurrente alega la vulneración de las normas reguladoras de la sentencia recogidas en el artículo 218 LEC, y que achaca a la resolución recurrida falta de motivación y de acierto al aplicar las normas del Reglamento 2201/2003. La Audiencia Provincial despeja sin problema estas alegaciones, puesto que es constante y sin fisuras la jurisprudencia del TC —y en el mismo sentido del TS y de todos los tribunales, también del TSJ de Cataluña cuyas resoluciones cita el auto comentado— que declara que tanto el requisito de motivación de las resoluciones judiciales a que se refiere el artículo 218 LEC como el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva establecido por el artículo 24.1 CE se satisfacen si las partes pueden conocer los fundamentos fácticos y jurídicos de la decisión expresada en la resolución, a través de una motivación suficiente y racional; dicho de otro modo, tanto el derecho a la tutela judicial efectiva como la corrección de las resoluciones judiciales son observados si la motivación de la resolución que reciben las partes expone las razones de hecho y de Derecho que la sustentan, aunque sea de manera lacónica, escueta y sin agotar todos los argumentos posibles, y si estos fundamentos pueden considerarse racionales, y no ilógicos, absurdos o arbitrarios, aunque puedan resultar no acertados para otros observadores o aplicadores del Derecho.

La resolución no explica por qué la recurrente consideraba desacertada y poco motivada la resolución de instancia. Pero sí contiene las razones por las que el tribunal de apelación confirma la decisión del JPI respecto de la falta de competencia internacional de los tribunales españoles, que se examinarán en los epígrafes segundo y tercero de este artículo.

3. Las normas aplicables al asunto

6. Puesto que el asunto que nos ocupa no se refiere a la disolución del vínculo conyugal sino a las decisiones relativas a la responsabilidad parental, conviene recordar desde el principio tres factores importantes. El primero, que el artículo 1.1 b) del Reglamento 2201/2003 extiende el ámbito de aplicación de esta norma «a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental». El segundo, que el artículo 1.2 del mismo Reglamento enumera las cues-

ciones que integran la responsabilidad parental incluyendo en ellas los derechos de custodia y de visita; la tutela, curatela e instituciones análogas; la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia; el acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento; y las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de sus bienes. Y, el tercero, que el TJUE interpreta la responsabilidad parental de la misma manera amplia que se desprende del Reglamento; pueden verse como muestra de ello la STJUE de 2 de abril de 2009, *A.* (ECLI:EU:C:2009:225), que confirmó la aplicabilidad del Reglamento a todas las cuestiones referidas en su artículo 1.2 incluso cuando las decisiones se adoptan sobre la base del Derecho Público de protección de menores, o las SSTJUE de 6 de octubre de 2015, *Marie Matoušková* (ECLI:EU:C:2015:653), y de 19 de abril de 2018, *Saponaro y Xilina* (ECLI:EU:C:2018:265), que estiman que las solicitudes de autorizaciones destinadas a repudiar o adquirir derechos sucesorios en nombre de menores no se enmarcan en el ámbito jurídico del derecho de sucesiones, sino en el propio de la responsabilidad parental².

7. Cuando los Estados miembros deban resolver sobre responsabilidad parental, no sobre la base del Reglamento 2201/2003, sino aplicando el Convenio de la Haya³, se encontrarán en situación similar, puesto que esta norma también contempla un concepto amplio de responsabilidad parental que incluye tanto las medidas habitualmente vinculadas a los titulares de la patria potestad como otras más propias del ámbito de protección de menores⁴. El ámbito de aplicación del Convenio de La Haya es complicado, puesto que teóricamente rige respecto de decisiones de responsabilidad parental relativas a menores cuya residencia habitual no se encuentra en un Estado miembro; sin embargo, como es de sobra conocido y también irá apareciendo a lo largo de estas páginas, las decisiones relativas a la responsabilidad parental pueden adoptarse con base en el Reglamento 2201/2003 por tribunales que adquieren jurisdicción para ellas al presentarse unidas a la acción de disolución del vínculo matrimonial, y en estos casos la competencia del tribunal no está fundada en el lugar de residencia habitual del menor, aunque el tribunal se vaya a pronunciar sobre las medidas que le afectan. No es, pues, fácil, definir en abstracto la aplicabilidad de las normas con las que trabajamos, puesto que todos y cada uno de los hechos que configuran el caso concreto son relevantes, determinando que supuestos muy parecidos en los que cambian apenas algunos elementos tengan soluciones diferentes⁵.

8. El artículo 12.3 RB II bis establece todavía un foro más de competencia para decisiones de responsabilidad parental desvinculadas de las acciones matrimoniales de sus progenitores que tampoco conduce a la residencia habitual del menor. La STJUE de 12 de noviembre de 2014, *L. y M.* (ECLI:EU:C:2014:2364), refleja y resuelve las particularidades de esta regla, que descansa, entre otros elementos, en el acuerdo de las partes; un supuesto resuelto con aplicación de estas normas por parte de nuestros tribunales puede verse en la SAP Barcelona 407/2019, de 4 de junio (ECLI:ES:APB:2019:6647).

² La SAP San Sebastián 94/2014, de 22 de mayo, incluye en el ámbito de aplicación del RB II bis, en cuanto afectan a la responsabilidad parental, las decisiones relativas a las relaciones entre los menores y sus abuelos.

³ Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996.

⁴ No obstante, M.J. URREA SALAZAR 2020, pág. 14 v.e., hace notar que sobre este punto que «A efectos del Convenio los conceptos de «responsabilidad parental» y de «medidas de protección de menores», aun compartiendo la finalidad protectora del niño, son nociones diferenciadas. La primera surge de la ley o de un acuerdo con efectos jurídicos, mientras que las medidas de protección surgen de decisiones dictadas por autoridades públicas de los Estados contratantes y que pueden implicar una modificación, extinción, alteración, privación o atribución de la responsabilidad parental nacida *ex lege*. Y esta última diferenciación resulta relevante de cara al tratamiento conflictual». El tratamiento de la competencia internacional a estos efectos, pues, forma parte tanto del ámbito de aplicación del reglamento como del propio del Convenio de La Haya, pero no se aborda de igual manera en ambos textos. Puesto que el Reglamento 2201/2003 la competencia internacional para la adopción de medidas de protección está sometida a los mismos foros que cualquier otra medida de responsabilidad parental, mientras que el Convenio de La Haya prevé foros de competencia diferenciados.

⁵ El APP San Sebastián 77/2019, de 14 de junio (ECLI:ES:APSS:2019:676A), deslinda los ámbitos de aplicación de ambas normas jurídicas, y contiene una breve explicación del sistema de aplicación del Convenio de La Haya.

9. Es, por último, igualmente útil tener presente algo puesto constantemente de manifiesto por la doctrina, y es que el alcance de la responsabilidad parental y de los distintos conceptos que la integran tiene contenidos y significados distintos en los instrumentos internacionales y en los ordenamientos internos, no ya de los Estados miembros, sino de los diferentes países del mundo. Esta circunstancia determina que en ocasiones los padres adopten decisiones sobre sus hijos que, no solo entienden lícitas, sino que además efectivamente lo son, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico que conocen o del que piensan que les resulta aplicable; y que son en cambio completamente inadecuadas o incluso ilícitas valoradas desde otro encuadre jurídico. Urge reconducir esta situación⁶.

10. El marco normativo general aplicado por los tribunales españoles tanto en la instancia como en la apelación para resolver el asunto que tomamos como ejemplo es el adecuado. Ante un proceso transfronterizo relativo a decisiones que forman parte del ámbito de la responsabilidad parental, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE tienen que controlar su competencia internacional conforme al Reglamento 2201/2003 sin atender a limitaciones de naturaleza subjetiva, de manera que se encontrarán ante alguna de estas tres situaciones. La primera es que alguno de los foros que en él se contienen les atribuya competencia para conocer del asunto; la segunda consiste en que los mencionados foros señalen a los tribunales de otro Estado miembro y deban, por tanto, abstenerse de conocer; o puede concurrir, por último, la excepcional circunstancia prevista en el artículo 14 del Reglamento, que permite que los tribunales de los Estados miembros apliquen su legislación interna para resolver sobre su competencia si conforme a los foros del Reglamento no la tienen, pero tampoco resulta atribuible a ningún otro Estado miembro.

Descartado en este caso el recurso al artículo 14 del Reglamento y con él a la legislación interna —ya que la única alternativa razonable a los tribunales españoles son los órganos jurisdiccionales belgas, es decir, los tribunales de un Estado miembro— los foros de competencia que interesan en este asunto están claros. Puesto que la decisión sobre responsabilidad parental que se pretende del tribunal no está unida a pronunciamientos sobre el vínculo matrimonial de los progenitores (artículo 12 del Reglamento), y teniendo en cuenta que no se ha suscitado en ningún momento cuestión sobre la ilicitud del traslado del menor a España (circunstancia que determinaría que el tribunal competente fuese fijado conforme al artículo 10 del Reglamento), las normas que el tribunal español ante el que se formula la demanda debe tener en cuenta para pronunciarse sobre su competencia internacional son los artículos 8 y 9 del Reglamento 2201/2003, ya que tampoco nos encontramos ante la imposibilidad de determinar el lugar de residencia habitual del menor que desencadenaría la aplicación del artículo 13.

Hay que observar, por último, que no concurre en este caso un factor que con frecuencia complica la determinación del tribunal competente, y es que entre las decisiones de naturaleza parental cuya adopción se insta a través de un proceso de modificación de medidas se encuentren las relativas a los alimentos debidos a los hijos menores. Como es sabido, las obligaciones de alimentos no forman parte del ámbito de aplicación del Reglamento 2201/2003, sino que constituyen materia propia del Reglamento 4/2009⁷, que establece sus propios foros de competencia, no siempre coincidentes con los fijados para las cuestiones de responsabilidad parental en el Reglamento 2201/2003. Sin embargo, como pese a tratarse de asuntos distintos pueden encontrarse también estrechamente relacionados, existen entre ellos pasarelas de jurisdicción, con la misma finalidad con que el propio Reglamento 2201/2003 las establece entre las acciones de disolución del vínculo conyugal y las de responsabilidad parental. Los elementos imprescindibles para delimitar esta cuestión, en lo que aquí pudiera afectar, son los siguientes. El primero, que tales pasarelas de jurisdicción no son en absoluto obligatorias, de manera que los foros previstos en el artículo 3 del Reglamento 4/2009 le permiten al acreedor de alimentos dirigirse a un tribunal con competencia exclusivamente para esta obligación, y separarla de otras pretensiones relacionadas con ella que deban ejercitarse ante tribunales cuya competencia esté fundada en foros distintos; así se manifiesta la STJUE de 5 de septiembre de 2019, *R*.

⁶ Pueden verse algunos ejemplos gráficos e interesantes con la comparación de unos cuantos ordenamientos en el estudio de L. LÓPEZ-MUELAS, y P. ZABALGO «La regulación de la patria potestad y guarda y custodia en derecho comparado: España, Italia, Inglaterra, Alemania, Chile y EE.UU.», *Diario La Ley*, 25 de junio de 2019, págs. 1 a 11 v.e.

⁷ Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre de 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

y *P.* (ECLI:EU:C:2019:666) El segundo, que al regular los foros de competencia para las obligaciones de alimentos, el artículo 3 del Reglamento 4/2009 estima que estas obligaciones pueden ser accesorias tanto de una acción relativa al estado de las personas como de una acción relativa a la responsabilidad parental, de manera que podrían formularse junto con ellas y ser resueltas por el tribunal que fuera competente para conocer de estas acciones. Y, el tercero, que la STJUE de 16 de julio de 2015, *A. y B.* (ECLI:EU:C:2015:479), ha deslindado con claridad estos dos ámbitos —y, como consecuencia, la competencia internacional para ellos—, de manera que son accesorias a acciones relativas al estado de las personas las obligaciones de alimentos entre cónyuges o ex cónyuges, mientras que son accesorias a acciones de responsabilidad parental las obligaciones de alimentos relativas a los hijos.

II. Primera cuestión. Sentencia del tribunal belga, *perpetuatio iurisdictionis* y relación entre ambos procesos

1. Introducción. La naturaleza autónoma de los procesos de modificación de medidas

11. La sentencia que adopta medidas dirigidas a regular la situación post-ruptura de una relación de pareja es una resolución peculiar, puesto que, al contrario que muchas otras, no se pronuncia sobre circunstancias que pertenecen al pasado, sino que se proyecta sobre situaciones destinadas a durar en el tiempo; las decisiones que incorpora se acuerdan considerando unas condiciones que sin duda evolucionarán y cambiarán, determinando con ello posiblemente la necesidad de modificar las medidas que se adoptaron sobre su base. La custodia de los hijos o la patria potestad; los gastos extraordinarios o el uso de determinados bienes; las visitas, la cuantía de los alimentos y tantas otras disposiciones responden a un estado de cosas concreto, que varía con el paso del tiempo, los cambios en el trabajo, la situación económica o el lugar de residencia; que está condicionado por la salud de las personas implicadas, los años que cumplen, o los vínculos que entablan con terceros.

Por esta razón, todos los ordenamientos jurídicos incorporan procesos dirigidos a modificar las medidas que en su caso se acordaron —en la sentencia que resuelve la situación conyugal o en otras posteriores— para regular la situación que sigue a la ruptura de una relación de pareja. Esto no significa que tales sentencias carezcan de eficacia de cosa juzgada y, por tanto, puedan ser alteradas sin más en un proceso posterior. Al contrario, los procesos de modificación de medidas revelan con claridad la diferencia entre lo juzgado, lo considerado, lo contemplado, y lo que no se pudo considerar, contemplar, juzgar, de manera que solo son procedentes cuando se ha producido un cambio suficiente en las circunstancias contempladas por la medida cuya modificación se pretende; un cambio tal que permita considerar que la pretensión que se formula es nueva, y no la misma que ya fue decidida en un proceso anterior.

Nuestros tribunales exigen que se trate de un cambio trascendente —aunque si las medidas afectan a menores, se prefiere centrar el foco en que el cambio haga surgir nuevas necesidades para los hijos más que en su relevancia objetiva—; que esté fundado en hechos posteriores a los existentes y previsibles en el momento de la medida original; que no pueda haber sido predeterminado fraudulentamente por la parte interesada en el cambio; y que determine una situación duradera, no meramente transitoria o coyuntural. Pueden verse en este sentido y entre otras muchas, las SSAP Madrid 1077/2018, de 14 de diciembre (ECLI:ES:APM:2018:17999), y Barcelona 194/2019, de 21 de marzo (ECLI:ES:APB:2019:2340). Y puede observarse cómo la STJUE de 15 de febrero de 2017, *W., V. y X.* (ECLI:EU:C:2017:118), recoge entre sus antecedentes de hecho cómo los tribunales lituanos rechazan la interposición de un proceso de modificación de medidas que no acredita cambios en las circunstancias bajo las que se adoptaron las medidas concurrentes.

12. Desde una perspectiva procesal, por tanto, los procesos de modificación de medidas no tienen naturaleza incidental, sino principal; no son un apéndice de otro proceso sino que implican plenas posibilidades de alegación y de prueba, plenas facultades procesales tanto para las partes como para el tribunal. La novedad y autonomía del proceso de modificación de medidas es, además, particularmente relevante en los asuntos transfronterizos, puesto que la competencia de los tribunales de cualquier Esta-

do miembro para conocer de un proceso de modificación de medidas está completamente desvinculada tanto del origen —Estado miembro o no— como de la suerte que haya corrido —reconocimiento o no, exequátur o no— la primera resolución, la resolución que adoptó las medidas cuya modificación se pretende. Así lo declara la STJUE de 15 de febrero de 2017, *W., V. y X.* (ECLI:EU:C:2017:118): «El hecho de que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de residencia habitual del menor no hayan reconocido, total o parcialmente, la resolución firme en la que se basa el progenitor de que se trata para presentar su demanda de modificación no impide, tanto si esa denegación de reconocimiento es fundada como si no lo es, que tales órganos jurisdiccionales sean competentes para conocer de dicha demanda, dado que esta última inicia un nuevo procedimiento». Sin embargo, esta autonomía procesal no esconde la vinculación material que existe entre ambos procesos, puesto que solo por comparación con las circunstancias del primero puede decidirse la procedencia del segundo⁸.

2. El mantenimiento de la competencia durante el proceso y el cambio de competencia con el cambio de proceso

13. El proceso de modificación de medidas que incoa la madre del menor ante los tribunales españoles en el asunto que tomamos como referencia es, por tanto, un proceso nuevo, autónomo, independiente del proceso en el que se dictó la medida; aunque, evidentemente, su objeto está vinculado con él, de modo que la parte que lo insta tendrá que acreditar una variación suficiente en las circunstancias como para que el asunto no pueda considerarse juzgado. ¿Hay alguna norma en el Reglamento 2201/2003 que determine algún tipo de conexión entre la competencia para conocer del proceso en el que se adoptó la medida y la competencia del tribunal ante el que se suscita su modificación? La respuesta general es negativa; es cierto que el artículo 9 representa una pequeña excepción a esa respuesta general, pero no es aplicable a este caso. El RB II bis no considera el elemento «proceso» como criterio para la determinación la competencia, sino que atiende a la naturaleza de las pretensiones. Las relativas a medidas relacionadas con la responsabilidad parental, independientemente de que sean las primeras que se suscitan o la modificación de otras anteriores, de que se presenten solas o junto con otras, y del cauce procesal que disponga cada Estado para ellas, son competencia de los tribunales del Estado de residencia habitual del menor conforme a la regla general señalada en el artículo 8, salvo que concurran en ellas algunas circunstancias excepcionales que no encontramos en este supuesto, como las que contemplan los artículos 9, 10 o 12 del Reglamento.

La Audiencia Provincial de Barcelona menciona el artículo 9 RB II bis en su resolución, parece que porque el recurso también lo hace, pero lo descarta con claridad. Esta norma conserva la competencia del Estado miembro en el que residió el menor y en el que se dictó una resolución relativa al derecho de visita para conocer de la pretensión de modificación de esa medida aunque la residencia habitual del menor se hubiera trasladado a otro Estado, pero solo durante los tres meses siguientes a la adopción de la nueva residencia y solo si el progenitor titular del derecho continuase residiendo en él. En el caso estudiado, ni el objeto del proceso es el derecho de visita, sino el de custodia, ni el rango temporal se encuentra dentro del establecido por el artículo 9 del Reglamento⁹.

14. Aunque no es el problema que está en cuestión, el AAP 480/2019 se refiere en dos ocasiones a la competencia del tribunal belga que dicta la sentencia de apelación acordando otorgar al padre la custodia del menor, medida cuya modificación pretende la madre en la demanda que formula ante los tribunales españoles. La Audiencia Provincial trata de responder a la pregunta de si ese tribunal tenía competencia para acordar esa medida, puesto que la residencia del niño se trasladó a España nada más

⁸ Sobre esta vinculación material, que el legislador español ha tenido especialmente en cuenta al establecer la competencia para conocer de un proceso de modificación de medidas, volveremos en el epígrafe 4.2 de este trabajo.

⁹ La SAP Segovia 402/2019, de 5 de diciembre (ECLI: ES:APSG:2019:723), analiza —y rechaza— correctamente la pretensión de una de las partes de fundar la competencia de los tribunales españoles en este punto, examinando los requisitos de la norma y la interpretación que el TJUE ha hecho de ellos.

dictarse la sentencia de primera instancia, de modo que el menor no residió en Bélgica durante la tramitación y posterior decisión del recurso de apelación.

15. Es indudable que tribunal belga de segunda instancia resolvió sobre la custodia en el ámbito de su competencia aunque el menor no residiera por entonces en Bélgica; sin embargo, este dato no aporta nada a la decisión que tiene que adoptar el tribunal español sobre su propia competencia, puesto que se trata de procesos diferentes y de reglas de atribución de la competencia diferentes. La sentencia dictada por el tribunal belga de segunda instancia es consecuencia de un recurso de apelación contra la primera sentencia de este largo supuesto de hecho, pronunciada también por un tribunal belga, que atribuyó a la madre la custodia del menor. En todos los ordenamientos jurídicos continentales es conocida la regla procesal elemental denominada *perpetuatio iurisdictionis* que determina que, una vez comenzado el proceso, la competencia del tribunal no varía aunque cambien los hechos sobre los que tal competencia se sustentaba; de otro modo, los tribunales podrían adquirir o perder competencia con las actuaciones procesales comenzadas si las partes decidieran cambiar de domicilio, o trasladar de lugar la cosa litigiosa, entre otros muchos ejemplos posibles¹⁰.

El artículo 411 LEC lo expresa en los siguientes términos: “Las alteraciones que una vez iniciado el proceso, se produzcan en cuanto al domicilio de las partes, la situación de la cosa litigiosa y el objeto del juicio no modificarán la jurisdicción y la competencia, que se determinarán según lo que se acredite en el momento inicial de la litispendencia”. El AAP Barcelona 480/2019 que tomamos como referencia considera que existe contradicción entre la institución de la *perpetuatio* y el concepto de residencia habitual fundado en el criterio de proximidad y de interés superior del menor que el legislador europeo quiere sostener. La realidad es que son criterios jurídicos distintos, que sirven a finalidades distintas, y que la *perpetuatio* es imprescindible para mantener el orden en un proceso; para hacerlo previsible de manera que las partes puedan ajustar sus actuaciones a las normas jurídicas que lo rigen; para evitar la manipulación interesada de la competencia de los tribunales; y, finalmente y con todo ello, para que sea posible otorgar una tutela razonable y eficaz a quien la pide y tiene derecho a obtenerla.

Un proceso no está configurado solo por la primera instancia, sino también por las sucesivas instancias y recursos extraordinarios que el ordenamiento jurídico prevea y permita; como consecuencia, recaída sentencia de primera instancia, la competencia para conocer de un recurso contra ella ya no se determina *ex novo*, sino en función del tribunal que conoció de la primera instancia, como si las circunstancias que determinaron la competencia de este primero no hubiesen variado y se siguiese una línea jerárquicamente ascendente a partir de él, determinada conforme al conjunto de reglas denominadas «competencia funcional». Por esta razón, el tribunal belga de segunda instancia que dicta la medida de custodia impugnada por la madre del menor ante los tribunales españoles lo hace en el ejercicio de su competencia, puesto que ésta, en virtud de las reglas de competencia funcional, solo atiende a cuál fue el tribunal que dictó la resolución que se recurre —en este caso belga, evidentemente— y no a la residencia del menor o a cualquier otro punto de conexión de carácter objetivo, que es, en cambio, el tipo de criterio que se sigue para determinar la competencia para conocer de la primera instancia de un asunto, y cuyas circunstancias fundantes se consideran concurrentes para todo el proceso en virtud de la *perpetuatio iurisdictionis*.

16. Es, pues errónea la idea que se encuentra en algunos autores consistente en que la *perpetuatio iurisdictionis* conserva la competencia de un tribunal que ha conocido de un proceso para otro proceso distinto, de manera que, cuando esto no sucede, se está rompiendo o excepcionando esta regla.

¹⁰ Un supuesto parecido está resuelto con acierto en la SAP Girona 323/2019, de 24 de julio (ECLI:ES:APGI:2019:1064). Pendiente el proceso de divorcio y de adopción de medidas de responsabilidad parental ante los tribunales españoles, la madre y los hijos, uno de ellos menor, se trasladan a vivir a Francia, de manera que en apelación el demandado suscita la cuestión relativa a la falta de competencia del tribunal que conoció en primera instancia, por no ser el de la residencia habitual. La Audiencia Provincial aplica correctamente las reglas de la *perpetuatio* y descarta que el cambio de residencia pendiente el proceso pueda tener trascendencia alguna sobre la competencia del tribunal.

La *perpetuatio* mantiene la competencia del tribunal durante todo el proceso, lo que incluye las sucesivas instancias y recursos extraordinarios, y también así la competencia de los tribunales que conocen de ellos, fundada siempre en la del que conoció en primer lugar, aunque las circunstancias contempladas en los foros de conexión hayan variado desde que el proceso comenzó. Pero, terminado el proceso mediante resolución firme, termina también la competencia del tribunal, y con ella, la aplicación de la regla de *perpetuatio*, puesto que no se trata de una directriz que vincule la competencia para conocer de procesos distintos.

17. ¿Por qué se origina esta confusión? Pues por la indebida conexión que en ocasiones se establece entre la institución de *perpetuatio iurisdictionis* —como se ha visto, regla que mantiene la competencia del tribunal que la tenía a su favor al comenzar el proceso durante toda su tramitación, aunque varíen posteriormente las circunstancias que la fundaban— y la técnica de *prorrogatio fori* o competencia prorrogada, es decir, la posibilidad, contemplada en la norma jurídica, de que, bajo ciertas circunstancias, un tribunal conozca legítimamente de un asunto para el que, con aplicación de las reglas generales, carece de competencia, porque esas mismas reglas generales se la atribuyen a un órgano jurisdiccional distinto. Veamos esta diferencia en el propio Reglamento 2201/2003.

18. El artículo 12.1 RB II bis establece una prórroga de la jurisdicción del tribunal que se pronuncia sobre la disolución del vínculo matrimonial para los asuntos de responsabilidad parental, asuntos que, como regla general, pertenecen al tribunal de la residencia habitual del menor, que no tiene por qué coincidir con el tribunal ante el que los cónyuges han instado la nulidad, separación o divorcio. El Reglamento facilita así el desenvolvimiento de una situación muy común, consistente en que los cónyuges que quieren poner fin a su matrimonio deseen establecer en el mismo proceso las medidas que van a regir la situación post-ruptura. Puesto que esto sería imposible si las normas de competencia para conocer de la disolución del vínculo y de las decisiones relativas a la responsabilidad parental, que son diferentes, no fuesen modificables para adaptarse a esta situación, el artículo 12 RB II bis permite, con la concurrencia de ciertas condiciones, la prórroga de la competencia para conocer de la disolución del vínculo a las decisiones en materia de responsabilidad parental asociadas a él. Pero no asociadas en abstracto o en general, sino asociadas en el mismo proceso, puesto que la finalidad de la prórroga no es *prima facie* que conozca de ellas el mismo tribunal, sino que se tramiten juntas. Consecuentemente, el mismo artículo 12 RB II bis declara, en su apartado segundo, que esta competencia prorrogada cesará en cuanto termine el proceso en el que se formulan unidas pretensiones de disolución del vínculo y de responsabilidad parental.

La prórroga de jurisdicción del artículo 12 RB II bis puede suponer que se adopten medidas respecto de menores que ni siquiera residen en Estados miembros, como sucede en el supuesto resuelto por la SAP León 308/2017, de 6 de septiembre (ECLI:ES:APLE:2017:857), que determina la procedencia de que los tribunales españoles, competentes para conocer del divorcio de los cónyuges, adopten las medidas instadas por los padres y titulares de la responsabilidad parental respecto de un menor que reside en Senegal con su abuela. CALVO y CARRASCOSA¹¹ llaman la atención sobre estas situaciones, no frecuentísimas pero tampoco extrañas, puesto que el artículo 12 RB II bis exige que al menos uno de los cónyuges « ejerza la responsabilidad parental sobre el menor », circunstancia que habría que acreditar para fundar la jurisdicción del tribunal competente para la acción matrimonial respecto de las medidas de responsabilidad parental y que no parece muy sencillo que concurra de manera efectiva cuando la distancia a todos los niveles entre los menores y los padres es tan enorme. Dicho de otro modo, la prórroga de jurisdicción del tribunal competente en materia matrimonial para la adopción de medidas de responsabilidad parental es posible, pero ni mucho menos obligada ni automática; tal automatismo ha sido además descartado de forma expresa por el ATJUE de 3 de octubre de 2019, *OF y PG* (ECLI:EU:C:2019:816). De manera que, además del ejercicio efectivo de la responsabilidad parental sobre el menor, la aplicación del artículo 12 RB II bis exige el acuerdo de los progenitores para reunir ante el mismo tribunal las acciones matrimonial

¹¹ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dirs.). *Derecho Internacional Privado*. Vol. II, decimosexta edición. Comares, 2016, págs. 494 a 496.

y de responsabilidad parental —que no concurre siempre¹²—, y que la prórroga de la jurisdicción responda al interés superior del menor. ¿Y qué atiende más al superior interés del menor? ¿Que se decida sobre él con base en un ordenamiento jurídico «puerocéntrico»¹³, como los anteriormente mencionados autores califican al conjunto de normas supranacionales e internas a que deben atender nuestros tribunales en materia de protección de menores? ¿O que le sea aplicado el ordenamiento jurídico que le resulta próximo, aunque tenga un menor nivel de desarrollo en cuanto a la consideración de sus derechos procesales y sustantivos? Son preguntas que no tienen una respuesta sencilla y, probablemente, tampoco general¹⁴.

19. Lo anterior no significa, como se ha interpretado, que el artículo 12 RB II bis rompa la regla de la *perpetuatio*¹⁵, sino que la determinación de la competencia de un tribunal para conocer de un asunto, incluso en el muy excepcional caso de que se trate de una competencia prorrogada, se extiende a todo el proceso, incluidas las sucesivas instancias y los recursos extraordinarios, pero finaliza con él, sin que pueda alcanzar a procesos nuevos y distintos, incluso aunque guarden relación por las partes o el asunto. Imaginemos que el tribunal que conoce del divorcio de los cónyuges porque es, por ejemplo, el de la nacionalidad común de ambos (artículo 3.1 b) RB II bis), asume también la decisión sobre las medidas relativas a los hijos menores que insten los cónyuges ante él porque así se lo permite el artículo 12.1 RB II bis, pese a no ser el tribunal de la residencia habitual de los hijos, que tendría competencia para las cuestiones relativas a responsabilidad parental conforme al artículo 8. Supongamos que la sentencia que dicta este tribunal es recurrida por una de las partes en cuanto a las medidas adoptadas sobre los hijos. De este recurso va a conocer el tribunal que tenga competencia funcional en el Estado de que se trate para resolver los recursos contra las sentencias del primero, en virtud de las reglas de *perpetuatio iurisdictionis*, que mantienen la validez de las circunstancias que asentaron la competencia en el momento en que se formuló la demanda y para todo el proceso hasta que sea cerrado mediante una resolución firme. Si, posteriormente y con base en un cambio significativo de las circunstancias, cualquiera de los cónyuges pide la modificación de las medidas relativas a los hijos acordadas en el proceso que se inició ante el tribunal que disolvió el matrimonio, inicia un proceso nuevo y distinto, que en ninguna circunstancia se vería condicionado en cuanto a su competencia por una regla de *perpetuatio*, puesto que esta solo juega en el interior de un proceso y no en la conexión con procesos distintos, y que tampoco está ya determinado por la prórroga de la competencia que concurría en el primer proceso y que finaliza con él.

Así lo ha entendido con claridad el TJUE respecto de otra regla de prórroga de la competencia, esta vez por voluntad de las partes, que regula el artículo 12 RB II bis en su apartado tercero, y respecto de la que no se dice expresamente, como sí sucede en cuanto a la competencia prorrogada a que se refiere el artículo 12.1 RB II bis, que finalice con el proceso para el que la competencia se estableció. Pese a ello, la STJUE de 1 de octubre de 2014, *E. y B.* (ECLI:EU:C:2014:2246), afirma con base en distintas normas del Reglamento que «la competencia de un órgano jurisdiccional debe determinarse (...) en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional»; recuerda que el artículo 16 del Reglamento considera iniciado un procedimiento ante un órgano jurisdiccional «desde el momento en que se le presente el escrito de demanda»; y afirma que «la competencia en materia de responsabilidad

¹² Vid. como ejemplo contrario a la citada sentencia de la Audiencia Provincial de León el AAP Girona 57/2019, de 28 de marzo (ECLI:ES:APGI:2019:183A), en el que por no existir acuerdo entre los progenitores y no ser el tribunal de la residencia habitual del menor, el tribunal español se estima competente para la acción de divorcio pero no para la adopción de medidas de responsabilidad parental.

¹³ A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. 2016, págs. 482 a 484.

¹⁴ A.L. CAMPO IZQUIERDO «La determinación de la competencia en los procesos de familia con componente extranjero. A raíz de la STJUE, de 5 de septiembre de 2019, asunto C-468/18, en relación con STJUE de 16 de julio de 2015, asunto C-184/14», *Actualidad Civil*, n.º 10, octubre 2019, pág. 12 v.e. afirma, refiriéndose a las acciones de disolución del vínculo conyugal, responsabilidad parental y alimentos que «No siempre los estados miembros de la UE somos competentes para conocer de estas tres pretensiones, se ejerciten conjuntamente o por separado. Por ejemplo, en los supuestos habituales, de menores residentes en países sudamericanos, en compañía de familia extensa, residiendo sus progenitores por razones laborales en un Estado miembro». Esta aseveración es, tal vez demasiado rotunda y puede resultar cierta o no en función de cuáles de estas acciones se ejerciten conjuntamente y ante qué tribunal se formulen.

¹⁵ Así lo considera P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS «Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (Análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)», *La Ley Unión Europea*, n.º 21, diciembre 2014, pág. 17 v.e.

parental, prorrogada, en virtud del artículo 12, apartado 3, del Reglamento nº 2201/2003, en favor de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante quien los titulares de la responsabilidad parental han incoado de común acuerdo un procedimiento, se extingue al recaer una resolución firme en el marco de dicho procedimiento». Que la competencia no persiste una vez finaliza el proceso, como criterio general y sin sujeción a ninguna norma concreta del Reglamento, se encuentra de nuevo confirmado en la STJUE de 15 de febrero de 2017, *W., V. y X.* (ECLI:EU:C:2017:118), con referencia expresa a los procesos de modificación de medidas.

20. Recapitulando. El tribunal belga que dicta la sentencia de segunda instancia modificando la custodia a favor de la madre que decidió la sentencia de primera instancia, lo hace en el ámbito de su competencia aunque el menor ya no residía en Bélgica, como resultado de aplicar las reglas de *perpetuatio iurisdictionis* propias de los sistemas procesales continentales. Sin embargo, esta circunstancia no dice nada respecto del proceso de modificación de medidas que se suscita en España, que es un proceso nuevo y autónomo y cuyo tribunal competente debe determinarse, como se desprende de la combinación de los artículos 8 y 16 del Reglamento, con base en las circunstancias concurrentes en el momento en que se formula la demanda. Que el proceso en el que se acuerdan las medidas y el dirigido a modificarlas son diferentes e independientes y que para la completa tramitación del primero de ellos la competencia correspondía a los tribunales belgas lo ve con claridad el AAP 184/2019, de 15 de mayo, ya mencionado, conforme al que la Audiencia Provincial confirma el auto de ejecutoriedad de la sentencia belga de apelación instando y obtenido por el padre del menor ante los Juzgados de Barcelona conforme al artículo 23 del Reglamento: «Lo que no es posible y parece ser el núcleo del alegato de la recurrente es que en esta sede de apelación de una decisión de exequatur se prevea qué posible resolución se dictará en el futuro, en el procedimiento que la madre ha interpuesto en Barcelona, para dejar sin efecto, antes de que exista, lo acordado en firme por otro Tribunal que, en su momento, tenía la jurisdicción y competencia necesaria para decidir».

III. Segunda cuestión. Artículo 8 del Reglamento 2201/2003 y foro de la residencia habitual del menor

21. El artículo 8 del Reglamento 2201/2003 enuncia la regla general de competencia en materia de responsabilidad parental, atribuyéndosela al Estado miembro en el que el menor tenga su residencia habitual en el momento en que se formula la demanda. Como es sobradamente conocido, tanto el Reglamento como las decisiones del TJUE que se han referido a este foro de competencia configuran la residencia habitual a través de dos notas. La primera de ellas, su consideración como concepto autónomo, específico del Derecho europeo e independiente de lo que en cada Estado miembro se entienda por residencia habitual. La segunda, su naturaleza fáctica; a efectos del Reglamento 2201/2003, la residencia habitual no es un concepto jurídico enunciado en una norma o construido por la jurisprudencia haciendo acopio de diferentes elementos, sino que son los hechos que rodean a cada caso concreto los que, contemplados y valorados en su conjunto, permiten señalar cuál es la residencia habitual del menor afectado por la cuestión de responsabilidad parental.

En este sentido es interesante la extensa y compleja STS 624/2017, de 21 de noviembre (ECLI:ES:TS:2017:4113), que realiza la operación de deslindar el concepto autónomo de residencia habitual concebido por el Reglamento del que podría desprenderse de las normas del CC a efectos de nuestro ordenamiento jurídico interno. El objeto del proceso en el que recae esta resolución no está constituido por la adopción de medidas de responsabilidad parental, sino por la disolución del matrimonio de los cónyuges, pero el foro en discusión para ello es la residencia habitual, también previsto por el Reglamento 2201/2003 para las acciones relativas al vínculo conyugal.

Como es evidente, este modo de contemplar la residencia habitual como concepto jurídico y, a través de él, de fijar y determinar la competencia internacional para conocer de las decisiones relativas

a la responsabilidad parental, tiene la desventaja de la inseguridad y la gran ventaja de la flexibilidad y de la adaptación a la realidad¹⁶. Es cierto que del trasfondo de las normas europeas sobre competencia internacional suele emerger la previsibilidad como un valor a salvaguardar, y claramente no es esto lo que sucede con el artículo 8 del Reglamento 2201/2003. Sin embargo, también es cierto que la previsibilidad no es un elemento que acompañe siempre la vida de un menor cuyos progenitores mantienen un conflicto, y que el esfuerzo normativo por definir a través de la acumulación de datos cuál será el lugar desde el que un menor y sus circunstancias van a resultar más accesibles para un tribunal en el momento en que se formule una demanda sobre él puede provocar dos problemas. Uno, que parte de los elementos de la definición señalen un lugar y otro conjunto de ellos se refieran a un lugar distinto, de manera que el esfuerzo normativo no habrá evitado el conflicto, pudiendo, incluso, llegar a provocarlo. Y, otro, que existan diferencias entre la apariencia normativa y la realidad cualitativa; dicho de otro modo, aun apuntando la mayoría de los elementos normativos a un lugar, puede existir en el caso concreto un factor que señale a otro más coherente con la realidad. Por estas razones, considero adecuado el modo en que el Reglamento 2201/2003 configura el foro relativo a la residencia habitual, y estimo un acierto que el artículo 7 del Reglamento 2019/1111 mantenga el mismo criterio¹⁷.

22. La naturaleza predominantemente fáctica de la residencia habitual no impide que existan criterios para interpretar adecuadamente la voluntad del legislador del Reglamento al establecer la residencia habitual del menor como principal punto de conexión para determinar la competencia. Los dos primeros de estos criterios los proporciona el Reglamento en la primera frase de su Considerando (12), y la jurisprudencia del TJUE ha añadido algunos más.

1. El Considerando (12) y el superior interés del menor desde una perspectiva procesal

23. El Considerando (12) del Reglamento 2201/2003 comienza señalando que «Las normas de competencia que establece el presente Reglamento en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad». Parece que la consecuencia lógica que debe deducirse entonces es que una determinación del lugar de residencia habitual del menor que perjudique su interés o que lo distancie del órgano jurisdiccional que debe pronunciarse sobre su situación será, posiblemente, una decisión errónea, una selección incorrecta de los hechos que permiten deducir la residencia habitual o una deficiente inferencia a partir de ellos.

24. Ahora bien, ¿cuál es el superior interés del menor respecto de un proceso? El Considerando (12) no está contemplando la decisión final del proceso, no está vinculando —en este momento— el superior interés del menor al contenido de la sentencia, porque cualquier tribunal que fuera competente, e independientemente de los criterios con los que se le hubiera otorgado competencia, tendría que tomar en consideración el interés del menor para resolver el asunto que se le somete. El Considerando (12) atiende al superior interés del menor como criterio para seleccionar el tribunal que va a adoptar la decisión, no como criterio que el tribunal debe tener en cuenta respecto de la decisión que adopte. Evidentemente, también la decisión del tribunal tendrá que tomar como base el superior interés del menor, pero se trata de otro momento procesal distinto y posterior, que se proyecta sobre las cuestiones sustantivas, y no sobre las procesales. Dicho de otro modo, el superior interés del menor se toma como parámetro para dos asuntos distintos, que tienen naturaleza distinta: uno es procesal, y se refiere a la selección del tribunal más adecuado para ocuparse del proceso y dictar una sentencia; el otro es sustantivo, y se refiere al contenido

¹⁶ L.A. PÉREZ MARTÍN «Propuesta de un concepto europeo de residencia habitual en derecho de familia internacional», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, T XVIII, 2018, págs. 472 y 473 desarrolla las ventajas y desventajas de la residencia habitual como foro nuclear de competencia.

¹⁷ No es un parecer unánime en la doctrina. Pueden verse en contra L.A. PÉREZ MARTÍN «Residencia habitual de los menores y vulneración de derechos fundamentales», *La Ley Unión Europea* n° 66, enero 2019, pág. 7 v.e., y los autores que cita en apoyo de su postura en la nota 33. Este mismo autor propone un concepto de residencia habitual que entiende que deberían adoptar las normas europeas en materia de familia. *Vid.* L.A. PÉREZ MARTÍN 2018, pág. 490.

propio de la sentencia, a las medidas que se acuerdan o que se rechazan. Y, aunque es obvio que se trata de planos muy estrechamente conectados, tienen sus diferencias, y conviene no superponerlos.

25. Entiendo que el interés del menor desde una perspectiva meramente procesal radica en tres elementos, relacionados entre sí: la competencia debe recaer en un tribunal que pueda observar los derechos procesales del menor; la competencia debe recaer en un tribunal que minimice la turbación que el proceso supone en la vida del menor; y la competencia debe recaer en un tribunal que pueda escuchar al menor. Un pequeño comentario sobre cada uno de ellos.

El primero no deja de existir por el hecho de ser obvio y, afortunadamente, supuesto entre los Estados miembros de la Unión. El superior interés del menor conduce el proceso que le afecta a los tribunales que vayan a respetar correctamente sus derechos y garantías procesales conforme al estándar europeo que supone la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Y en un hipotético escenario de desigualdad entre los Estados miembros en este punto, sería un factor que habría que tener en cuenta. En segundo lugar, el superior interés del menor leído en términos procesales exige que un conflicto que le afecta sea resuelto del modo menos agresivo posible para su vida ordinaria: pide un proceso lo más breve posible; con los menores traslados de personas y documentos posibles; con una lengua y unos espacios y maneras de conducirse lo más familiares y comprensibles para el menor que sean posibles por si tiene que intervenir en él; en manos del tribunal que más pueda acercarse al conocimiento y valoración adecuados de las circunstancias que conducen a la adoptar —después— la mejor decisión posible. Por último, el superior interés del menor, desde una perspectiva procesal, está vinculado a la posibilidad de ser oído respecto de la decisión que le afecta. El Reglamento 2201/2003 no es una norma de homogeneización procesal, de manera que no impone ni regula esta posibilidad de audiencia; pero señala en su Considerando (19) que «La audiencia del menor desempeña un papel importante en la aplicación del presente Reglamento», indicando rápidamente a continuación que no forma parte de su objeto modificar los procedimientos nacionales aplicables y señalando en el Considerando (20) que la audiencia puede celebrarse mediante los instrumentos previstos en el Reglamento 1206/2001¹⁸. El superior interés del menor no exige la celebración de audiencia, por tanto, pero computa como dato a favor la posibilidad de que se celebre.

2. El Considerando (12), el criterio de proximidad y la jurisprudencia del TJUE. Jerarquización de parámetros

26. El conjunto de lo que podría considerarse interés superior del menor desde una perspectiva procesal, para integrar el Considerando (12), es, pues, trasladable al segundo criterio que el mismo Considerando enuncia, el criterio de proximidad. Un tribunal que pueda oír al menor, que pueda resolver con agilidad sin dejar de acceder con profundidad a los datos y circunstancias necesarios; un tribunal que por la lengua que utilice, el entorno exterior y la apariencia interior provoque en el menor más confianza que temor —dentro de las siempre limitadas posibilidades de que esto suceda—, es un tribunal “próximo” al menor. Ocurre, sin embargo, que la proximidad puede ser física, geográfica; y puede ser espiritual, cultural, vital. Y los problemas de competencia están normalmente originados por la necesidad de elegir entre estas dos proximidades, o entre proximidades de la misma naturaleza que acercan al menor a Estados distintos.

27. Son pues, bienvenidos, los criterios que aporta la jurisprudencia. Las resoluciones mediante las que se ha pronunciado el TJUE sobre la correcta interpretación del artículo 8 del Reglamento se

¹⁸ Reglamento 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil. Esta norma prevé la posibilidad de que el tribunal de un Estado miembro solicite de otro que tome declaración a una persona que se encuentra en su territorio, y permite también la obtención directa de pruebas por parte del tribunal de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. En ambos casos, el Reglamento toma en consideración la utilización de medios tecnológicos de comunicación como videoconferencias y teleconferencias.

asientan en la vinculación entre residencia habitual y centro principal de intereses ya establecida desde antiguo para asuntos de naturaleza diversa. Y, puesto que la residencia habitual se averigua a partir de un conjunto de elementos que construyen la vida ordinaria de cada individuo, no es un mal camino para hallarlo verificar el lugar en el que se materializan o en torno al que giran los intereses principales del sujeto afectado. ¿Cuáles son los intereses principales de un menor? O, en palabras muy gráficas de la STJUE de 28 de junio de 2018, *HR* (ECLI:EU:C:2018:513), ¿dónde se encuentra el «centro de vida» de un menor?

Como ya puso de manifiesto la STJUE de 22 de diciembre de 2010, *Mercredi y Chaffe* (ECLI:EU:C:2010:829), la respuesta a esta cuestión depende enormemente de la edad que el menor tenga, de la etapa de desarrollo en la que se encuentre. Pero creo que pueden señalarse tres grupos de factores que son acumulativos. El primero en el tiempo es la familia y, en concreto, el progenitor que tiene su custodia y con el que convive. Tan determinante resulta este aspecto, que el TJUE ha tenido ya varias ocasiones de analizar si, cuando el menor se encuentra en la primera etapa de su desarrollo, su residencia habitual puede ser definida por asociación con la residencia habitual del progenitor con el que convive, incluso aunque esta circunstancia determinase calificar como residencia habitual del menor un Estado en el que el menor no ha llegado a encontrarse físicamente. La STJUE de 8 de junio de 2017, *OL y PQ*, considera que la fijación de este criterio, «estableciendo con ello de hecho una regla general y abstracta de que la residencia habitual de un lactante es necesariamente la de sus padres, iría más allá de los límites del concepto de «residencia habitual», en el sentido del Reglamento nº 2201/2003, y sería contrario a la lógica interna, a la eficacia y a la finalidad del procedimiento de restitución». Se trata de unos términos ciertamente tajantes. De manera que, por el momento, el TJUE se ha inclinado por vincular residencia habitual a presencia física, si no actual, sí desde luego al menos pasada.

En cambio, lo cierto es que una vez existe presencia física del menor en un Estado, los elementos que determinarían la residencia habitual del menor en esta etapa inicial de lactancia se predicen del progenitor que tiene su custodia.

Así, la STJUE de 22 de diciembre de 2010, *Mercredi y Chaffe* (ECLI:EU:C:2017:436) estima que, puesto que el lactante está bajo la custodia de su madre, «debe evaluarse la integración de esta en su entorno social y familiar. En ese aspecto pueden tenerse en cuenta los criterios enunciados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, como las razones del traslado de la madre del menor a otro Estado miembro, los conocimientos lingüísticos de ésta o también sus orígenes geográficos y familiares». Más adelante insiste en que «deben considerarse en especial la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la estancia en el territorio de ese Estado miembro y del traslado de la madre a este último Estado, por una parte, y por otra, a causa en particular de la edad del menor, los orígenes geográficos y familiares de la madre, así como las relaciones familiares y sociales que mantienen ésta y el menor en el mismo Estado miembro».

El menor de la STJUE de 15 de febrero de 2017, *W, V. y X* (ECLI:EU:C:2017:118), no estuvo nunca en Lituania, aunque tenía nacionalidad lituana y fue un tribunal lituano el que dictó, sobre la base de una prórroga de jurisdicción del artículo 12.1 del Reglamento, las medidas de responsabilidad parental cuya modificación se pretendió posteriormente dando lugar a la cuestión prejudicial. Tampoco las SSTJUE de 8 de junio de 2017, *OL y PQ* (ECLI:EU:C:2017:436), y de 17 de octubre de 2018, *UD y XB* (ECLI:EU:C:2018:835), estiman que la residencia habitual de los menores a que estas resoluciones se refieren se hallen en Estados en los que nunca se han encontrado, pese a que tales Estados sí puedan ser considerados como residencia habitual de sus progenitores, o aunque los progenitores tuvieran la intención de establecer su residencia habitual en ellos.

Cuando el menor avanza en su desarrollo vital, suceden dos cosas; una, que el factor familia persiste y a la vez cambia, puesto que el centro de interés ya no acoge solo al progenitor con el que convive y del que depende absolutamente como le sucede a un lactante o a un niño de muy corta edad, sino que se amplía a la familia extensa, hermanos, primos, abuelos; y, la otra, que ingresa en el mundo escolar, circunstancia que no implica solo un colegio concreto y un grupo de compañeros, con lo que esto ya supone, sino también una lengua y un determinado sistema educativo: en cierto modo, un entorno nacional. La tercera etapa del desarrollo evolutivo trae consigo el tercer conjunto de factores, sin que los otros dos pierdan importancia: se añaden, pues, los amigos, grupos de integración, aficiones concretas y ámbitos en los que éstas se desarrollan.

Desde luego, en las etapas segunda y tercera la naturaleza de los hechos que determinan el centro principal de intereses del menor, su residencia habitual, lleva inherente la presencia física del menor en el lugar de escolarización, en el que se comparte la vida con la familia extensa o en que se convive con amigos y se desarrollan facetas distintas de la académica. Sin embargo, hay que tener en cuenta que desde la perspectiva del TJUE —y como parece lógico—, no cualquier presencia física se compadece adecuadamente con una residencia habitual; no lo haría, desde luego, la que estuviese caracterizada por la temporalidad y la transitoriedad, aunque, como se verá más adelante, lo temporal y transitorio no tienen tampoco una única lectura, puesto que puede suceder que lo que intencionalmente era definitivo o transitorio termine convertido en lo contrario por múltiples causas, y entonces habrá que atender a la mayor trascendencia de la intención o de la realidad. De donde se desprende de nuevo que es acertado no definir el concepto de residencia habitual a través de una acumulación de datos y permitir que los tribunales lo deduzcan de cada caso concreto.

28. Los factores sobre los que el TJUE considera que los tribunales nacionales deben apreciar cuál es la residencia habitual del menor son sobradamente conocidos, sostenidos en el tiempo y se desprenden fundamentalmente de sus resoluciones más tempranas, habiendo sido reiterados por las siguientes. Y, aunque a continuación los repasemos brevemente, pienso que la clave de la determinación de la residencia habitual del menor no está en ninguno de ellos, sino en dos afirmaciones que tomo de la STJUE de 28 de junio de 2018, *HR* (ECLI:EU:C:2018:513). No es que se formulen en esta sentencia por primera vez, pero sí aparecen de manera especialmente clara en un momento en el que el TJUE lleva más de diez años interpretando el reglamento 2201/2003. La primera de estas afirmaciones es que «Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la residencia habitual del menor debe determinarse sobre la base de un conjunto de circunstancias de hecho que son particulares en cada caso». La segunda observación toma la anterior como punto de partida, y avanza sobre ella un paso que constituye un criterio interpretativo fundamental: «Como se ha recordado en el apartado 41 de la presente sentencia, la determinación de la residencia habitual del menor, en el sentido del artículo 8, apartado 1, del Reglamento nº 2201/2003, implica un análisis global de las circunstancias particulares de cada caso. Las indicaciones dadas en el marco de un asunto, por tanto, solo pueden hacerse extensivas a otro con cautela».

29. Teniendo en cuenta, pues, que los criterios más importantes de entre los señalados por el TJUE se refieren a la contemplación conjunta de las circunstancias de cada caso y a la cautela necesaria para extrapolar a un asunto los resultados de otro, vamos a examinar brevemente los factores objetivos y subjetivos que el TJUE valora para la determinación de la residencia habitual del menor. No comparto la impresión, sostenida por parte de la doctrina, de que el TJUE mantiene un enfoque híbrido, que presta atención a distintos elementos¹⁹. Por supuesto que el Tribunal considera que hay distintos factores en juego, como además es evidente con toda la fuerza que se pone en la importancia de los datos de hecho. Sin embargo, esos elementos no son equivalentes ni se combinan de una forma homogénea sino que, a mi juicio, están jerarquizados, de manera que algunos de ellos son considerados secundarios, y solo adquieren importancia cuando simultáneamente decrece, como consecuencia de los caracteres específicos del supuesto concreto —que, como se ha dicho, es el criterio hermenéutico fundamental—, el valor de los que el TJUE considera principales. El TJUE es en este punto bastante fiel a sí mismo: hay factores que considera, en abstracto, mucho más determinantes que otros para señalar la residencia habitual; sin embargo, entiende también que el conjunto de las circunstancias del caso concreto puede determinar que esos factores no resulten relevantes y se alcen otros que habitualmente no tienen un papel principal.

30. El elemento nuclear que define la residencia habitual para el tribunal es la presencia física estable del menor en un Estado, muy por encima de la proximidad de carácter espiritual que pueda existir entre el menor y otro Estado en el que su presencia física sea un elemento menos potente. Una buena expresión

¹⁹ *Vid.* B. CAMPUZANO DÍAZ. «Una nueva sentencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento 2201/2003: Sentencia de 17 de octubre de 2018, UD Y XB, As. 393/18 PPU», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, n.º 2, 2019, pág. 468.

de esta idea se encuentra —de nuevo— en la STJUE de 28 de junio de 2018, *HR* (ECLI:EU:C:2018:513): «Por consiguiente, para interpretar el concepto de «residencia habitual» del menor, en el sentido del artículo 8, apartado 1, del Reglamento nº 2201/2003, no se puede conceder una importancia preponderante a los vínculos de carácter cultural del menor o a su nacionalidad en perjuicio de consideraciones geográficas objetivas, a menos que se pase por alto la intención del legislador de la Unión».

Y, en este mismo sentido, hay que tener en cuenta que los supuestos de imposible discernimiento de la residencia habitual del menor los resuelve el artículo 13.1 RB II bis optando, efectivamente, por la presencia física: «Cuando no pueda determinarse la residencia habitual del menor y no pueda determinarse la competencia sobre la base del artículo 12, serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que esté presente el menor».

Nótese que este criterio que me parece central, «presencia física estable», se compone de dos factores. Uno es objetivo, la presencia física, mientras que la estabilidad tiene una naturaleza menos evidente. A mi juicio, no hace tanto referencia a la duración de la presencia física como a su vocación, al planteamiento vital que subyace tras la presencia física. Una presencia física con vocación de estabilidad deja algunos rastros, tiene algunos rasgos que permiten caracterizarla más allá de su duración.

Como ya se ha dicho, ni el RB II bis ni el TJUE piensan en cualquier presencia física. Por ejemplo, la STJUE de 2 de abril de 2009, *A.* (ECLI:EU:C:2009:225), consideró que una presencia física en un Estado miembro que pudiera calificarse como «errante» no permitía fundar en ella el concepto de residencia habitual y, por tanto, tampoco la competencia de sus tribunales para conocer de cuestiones de responsabilidad parental. Lo mismo sucede en la STJUE de 28 de junio de 2018, *HR* (ECLI:EU:C:2018:513), respecto de lo que pueden considerarse estancias de vacaciones y periodos festivos, que representan, interrupciones ocasionales y temporales en el desarrollo normal de la vida del menor y que no permiten, por tanto, fundar la residencia habitual en el Estado en el que se producen. Como puede observarse, en ambos casos el criterio es más cualitativo que cuantitativo, no importan tanto la duración de las estancias como la vocación con que se hacen, el planteamiento vital que subyace a ellas.

En la misma línea, la *Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis* elaborada por la Comisión Europea afirma que «Aunque el uso del adjetivo «habitual» podría indicar una necesidad de establecer cierta duración de la residencia antes de que esta se pueda calificar de «habitual», no se ha de excluir la posibilidad de que un menor adquiera su residencia habitual en un Estado miembro el mismo día de su llegada, o poco después».

31. Por esta razón, si la presencia física del menor en un Estado miembro es estable, no suele haber problema para considerarlo su residencia habitual; sin embargo, cuando la presencia física del menor en un Estado es endeble, bien porque ha durado poco tiempo, bien porque está rodeada de elementos peculiares, bien porque el menor ha tenido presencia física con una entidad comparable en Estados distintos —es decir, cuando la estabilidad es cuestionable pese a que la presencia física exista—, el TJUE maneja otros dos tipos factores, vinculados ambos a la estabilidad, a la vocación de permanencia.

32. El primero de ellos es el conjunto de elementos objetivos que permiten corroborar integración social y familiar del menor en ese Estado en el que, además tiene presencia física. Entran aquí todos los elementos citados por la STJUE de 2 de abril de 2009, *A.* (ECLI:EU:C:2009:225), y repetidos en otras muchas posteriores: duración, regularidad, condiciones y razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a tal Estado; nacionalidad del menor; lugar y condiciones de escolarización; conocimientos lingüísticos y relaciones familiares y sociales del menor en el Estado en el que se encuentra²⁰.

²⁰ Puede verse, por ejemplo, el examen de estos factores que hace la SAP Alicante 61/2019, de 8 de febrero (ECLI:ES:APA:2019:422), para determinar si los menores a que se refiere el asunto tienen o no su residencia habitual, y no meramente esporádica, en nuestro país.

En ocasiones todos estos hechos, vinculados a la presencia física, entran en conflicto con otros que también indican presencia física en un lugar, como inscripciones en registros públicos o certificados de empadronamiento. Como regla general los tribunales atienden a lo que acredita vida real, cotidiana y en relación con otros del menor, aunque suponga contradicción con lo que se desprende de documentos más o menos oficiales²¹.

33. El segundo grupo de factores a que me refiero, mucho más complicado pero presente en la jurisprudencia y merecedor por tanto de atención, están vinculados a la intención de los progenitores. Ante una presencia física endeble —es decir, débil para fundar con claridad una residencia habitual—, que, además, por su propia debilidad no permite siquiera resolver por completo con base en los factores objetivos antes mencionados, el TJUE ha considerado valorables los datos que subjetivamente permiten descubrir si el establecimiento en un determinado Estado lo es con el objetivo de crear una residencia habitual para el menor; hay que llamar la atención, sin embargo, sobre el hecho de que tal valoración rara vez es positiva. Dicho de otro modo, es muy poco frecuente que la intención de los progenitores de establecer determinado Estado como la residencia habitual del menor juegue efectivamente a favor de la confirmación de tal residencia habitual.

La STJUE de 2 de abril de 2009, *A.* (ECLI:EU:C:2009:225), valoró positivamente en este sentido la intención expresada a través de circunstancias como la compra o alquiler de una vivienda en el Estado miembro de destino, o la solicitud de una vivienda social presentada ante los servicios competentes del referido Estado. Sin embargo, resulta llamativo cómo la STJUE de 9 de octubre de 2014, *C. y M.* (ECLI:EU:C:2014:2268), considera que no puede haber intención verdadera de establecer la residencia de un menor en un Estado cuando se hace sobre la base de una resolución de custodia no firme e impugnada, que puede ser revocada y como consecuencia determinar la temporalidad de la residencia, de la que el TJUE hace derivar la naturaleza de no habitual. Volveremos sobre este punto en el epígrafe siguiente. En todo caso, la STJUE de 8 de junio de 2017, *OL y PQ* (ECLI:EU:C:2017:436), ofrece una visión clara de la posición de este tipo de factores para el TJUE: «Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la intención de los padres no puede, en principio, ser decisiva por sí sola para determinar la residencia habitual de un menor, en el sentido del Reglamento n° 2201/2003, pero constituye un «indicio» que puede venir a completar un abanico de otros elementos concordantes».

3. La solución del AAP Barcelona 480/2019

34. Tomar como banco de pruebas un supuesto práctico concreto implica examinar desde la perspectiva teórica la solución adoptada en el caso. Brevemente recordamos: la sentencia belga de primera instancia le otorga la custodia a la madre, que obtiene autorización del tribunal para trasladarse con el menor a España. El recurso de apelación formulado por el padre se resuelve dos años después, con el resultado de revocar la sentencia de instancia, atribuyéndole la custodia del menor y ordenando que éste vuelva a Bélgica para comenzar el curso escolar en septiembre. Tras esta sentencia y antes de que llegue la fecha para el retorno fijada por el tribunal belga, la madre interpone demanda de modificación de medidas ante los tribunales españoles. Es la declinatoria por falta de competencia internacional de los tribunales españoles formulada por el padre la que resuelve el AAP Barcelona 480/2019.

35. La cuestión que tiene que resolver el tribunal consiste en decidir si el traslado del menor a España sobre la base de una resolución que no era firme y que, como consecuencia, podía ser modificada, es suficiente para fundar la residencia habitual del menor en España y, por tanto, la competencia de los tribunales españoles. Si usamos los términos de análisis planteados en el epígrafe anterior, lo que sucede es que la presencia física del menor en España en el momento de formularse la demanda es dé-

²¹ *Vid.* sobre este punto D. GLUHAIA. «Residencia habitual del menor y tribunales competentes para modificar una resolución judicial sobre derecho de visita. Aplicación jurisprudencial de los artículos 8 y 9 del Reglamento (CE) 2201/2003», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, N° 1, 2019, págs. 754-755.

bil en términos de estabilidad: el menor está en España, pero ¿es estable esa presencia física? ¿O debe ceder ante otra presencia física que también ha existido, la que el menor tuvo en Bélgica hasta dos años antes, y donde parece que va a volver? Ante esta situación, el tribunal tendría que analizar el conjunto de factores objetivos y subjetivos a los que se ha ido refiriendo el TJUE; y, a mi juicio, lo hace poco y con poco acierto. Esta falta de acierto se debe tanto a la técnica de análisis usada por el tribunal como a los dos argumentos en los que funda su decisión.

36. En cuanto a la técnica. Ya se ha expuesto aquí que los criterios hermenéuticos que estimo más importantes de entre todos los formulados por el TJUE se refieren por un lado a la formación de criterio sobre la base del examen conjunto y ponderado de las circunstancias fácticas del caso y, por otro, a la cautela con la que hay que aplicar soluciones adoptadas para otros supuestos. Pues bien; como igualmente se ha puesto de manifiesto en el epígrafe primero, es increíble la cantidad de datos objetivos que, con base en la jurisprudencia del TJUE, tienen que ser considerados para determinar la residencia habitual del menor cuando la sola presencia física no es suficiente y que la resolución que observamos no contempla. Es muy posible que el tribunal los conozca, pero deben constituir el fundamento de su decisión, y no aparecen como tales. Si no concurre una presencia física claramente estable, hay que atender a los elementos que indican integración del menor en el entorno en el que se encuentra —y que, como se ha dicho, varían con su edad— y a la voluntad de constituir un determinado lugar como residencia habitual. Sin embargo, la resolución no menciona la edad del menor, ni las razones por las que la madre se traslada con él a España; no conocemos las nacionalidades de madre y menor, no sabemos si tienen familia en España, o tal vez trabajo; si el menor ha estado escolarizado en España o si desarrolla actividades extraescolares que lo integren en otros grupos de personas; ignoramos si el lugar en el que viven es calificable como provisional o indica una vocación de permanencia. El tribunal toma su decisión atendiendo a datos que no son estos; los datos de hecho no cuentan para determinar un foro cuya particularidad consiste precisamente en que sólo está construido por circunstancias fácticas.

Los problemas técnicos del AAP Barcelona 480/2019 no terminan aquí —siempre desde mi punto de vista, claro—; el segundo criterio hermenéutico que considero fundamental de entre los indicados por el TJUE es no extrapolar resultados de otros casos si no es con mucho cuidado, porque, al ser tan relevante lo fáctico, la diferencia entre algunos, pocos, elementos, puede determinar un cambio en la solución jurídica acertada. Sin embargo, y esto nos permite saltar a la cuestión de los argumentos que sustentan la decisión que analizamos, uno de los dos criterios en los que la Audiencia Provincial asienta su decisión de estimar carentes de jurisdicción a los tribunales españoles es la equivalencia de la cuestión que se suscita ante ella con el asunto resuelto por la STJUE de 9 de octubre de 2014, *C. y M.* El segundo criterio, y así quedan ambos enunciados antes de examinarlos en profundidad, radica en considerar que la sentencia belga de apelación ha fijado el lugar de residencia del menor en Bélgica, de manera que necesariamente hay que deducir la falta de competencia internacional de los tribunales españoles.

37. La STJUE de 9 de octubre de 2014, *C. y M.* (ECLI:EU:C:2014:2268), examina efectivamente si el traslado de lugar de residencia de un menor sobre la base de una resolución recurrida y que, por tanto, puede ser revocada, permite entender que la residencia habitual del menor ha cambiado y, como consecuencia, que se modifican también los tribunales competentes para conocer de las cuestiones relativas a la responsabilidad parental. Junto con este dato, que efectivamente coincide exactamente con un hecho fundamental del asunto al que se enfrenta la Audiencia Provincial, concurren otros dos —tal vez tres— que, en cambio, son completamente distintos, y que podrían determinar una solución distinta.

- El primero es que la STJUE de 9 de octubre de 2014, *C. y M.* se dicta en el contexto de una acción de restitución de un menor por retención ilícita, y las normas del Reglamento 2201/2003 a que se refieren las cuestiones prejudiciales resueltas por el tribunal no son las que regulan los foros de competencia en materia de responsabilidad parental, sino las que definen lo que puede entenderse por traslado o retención ilícita de un menor, es decir, los artículos 2 11) y 11 del RB II bis. Evidentemente, estas normas se refieren a la residencia habitual del menor

- y permiten que el TJUE profile su concepto, pero el contexto, la óptica y el problema que se pretende resolver son muy diferentes.
- El segundo es que el tiempo que tarda en resolverse el recurso de apelación mediante el que se impugna la resolución de instancia que permite que la madre se traslade de Estado con el menor en el asunto resuelto por la STJUE de 9 de octubre de 2014, *C. y M.* es de ocho meses. El tiempo que tarda en resolverse el recurso de apelación mediante el que se impugna la resolución de instancia que permite que la madre se traslade de Estado con el menor en el asunto resuelto por el AAP Barcelona 480/2019, de 9 de septiembre, es de dos años. El tiempo durante el que el menor ha estado residiendo en un Estado distinto es más del doble entre un supuesto y otro.
 - Decía que tal vez haya un tercer dato que marque la diferencia, y es la edad del menor. Los datos de la STJUE de 9 de octubre de 2014, *C. y M.* nos permiten saber que la menor tenía cuatro años cuando se trasladó de Estado con su madre, y que estuvo en este segundo Estado durante ocho meses. Los datos del AAP Barcelona 480/2019 no nos permiten conocer la edad del menor, aunque tangencialmente sabemos que está en edad escolar, puesto que la resolución del tribunal belga que le otorga la custodia al padre que vive en Bélgica ordena que el niño haya sido trasladado a este Estado para el comienzo del curso escolar en septiembre. La edad escolar abarca un periodo amplísimo de la vida de un menor, que puede comenzar a los tres años. Si el menor estuviese en este extremo, significaría que ha pasado en España la mitad de su vida o más, dos años de tres o de cuatro. Si el menor tuviese más años, seis, ocho, diez, implicaría que ha pasado en España un periodo significativo de su vida, en el que se integra en un entorno social, puesto que dos cursos escolares para un menor son mucho tiempo. Ninguno de estos extremos es examinado por el AAP Barcelona 480/2019.

38. La doctrina de la STJUE de 9 de octubre de 2014, *C. y M.* (ECLI:EU:C:2014:2268) que la Audiencia Provincial toma como base para el primero de los argumentos que la conducen a rechazar la competencia de los tribunales españoles se contiene en la siguiente consideración del TJUE: «Al examinar, en particular, las razones de la estancia del menor en el Estado miembro al que ha sido trasladado y la intención del progenitor que le ha llevado a éste, en circunstancias como las del asunto principal, es importante tener en cuenta que la resolución judicial que autorizaba el traslado podía ser ejecutada provisionalmente y que había sido recurrida en apelación. En efecto, esos factores no favorecen una constatación de la transferencia de la residencia habitual del menor, ya que dicha resolución tenía carácter provisional y ese progenitor no podía tener la certeza al tiempo del traslado de que la estancia en ese Estado miembro no sería temporal».

Mirado de manera aislada, no parece uno de los aspectos más afortunados de la doctrina del TJUE. Por un lado, es necesario otorgar valor a la justicia de primera instancia, si no se quieren alentar los recursos meramente dilatorios y obstaculizadores para la parte contraria; quien adecúa su conducta a ella tiene un pronunciamiento judicial a su favor y, en estos casos además, una autorización del tribunal que estima que existen razones justificadas para trasladar la residencia. Visto en sentido contrario, la impugnación tiene tantas posibilidades de prosperar como de ser rechazada, de manera que mantener la residencia en el Estado de origen también podría considerarse temporal, puesto que el progenitor que ya ha obtenido la custodia y que quiere trasladarse con el menor a otro Estado estaría esperando solo a que la sentencia que le es favorable se confirme, viviendo con un planteamiento transitorio y temporal hasta que pueda marcharse con una sentencia firme. Y, por otro lado, es excesivo el paralelismo que establece la STJUE de 9 de octubre de 2014, *C. y M.*, entre residencia habitual y conciencia de estancia temporal. Quien se traslada con su familia a otro Estado para desarrollar un proyecto laboral que va a durar unos años está modificando muy posiblemente —no olvidemos que hay que tener en cuenta el conjunto de los hechos y no un solo dato— durante esos años su residencia habitual, que es un concepto acuñado precisamente para adaptarse a los hechos y evitar la rigidez de conceptos con un componente más jurídico; si la residencia habitual es el lugar al que pienso volver, aunque durante un periodo de tiempo significativo no desarrolle mi vida ordinaria en él, entonces el componente fundamental de la residencia habitual no es el de los hechos sino el de la intención, no el físico sino el espiritual; y no es esto lo que se desprende

de la jurisprudencia del TJUE hasta el momento. La temporalidad es, además y muy particularmente, un elemento asociado a las medidas de responsabilidad parental en contextos de conflictividad familiar: la resolución firme no permite pensar que las cosas se han resuelto de manera definitiva, puesto que un cambio en las circunstancias, fortuito, provocado, o producto de factores incontrolables como el paso del tiempo, la edad, la salud o la muerte, abre paso a un proceso de modificación de medidas y a que lo que parecía seguro dure tal vez muy poco tiempo.

Sin embargo, el TJUE no mira este asunto de manera aislada. Inmediatamente después de afirmar que el traslado con base en una resolución cuya ejecución es solo provisional «no favorece» la materialización de un cambio en la residencia habitual del menor, el TJUE continúa diciendo que «Dada la necesidad de asegurar la protección del interés superior del menor, al evaluar todas las circunstancias específicas del caso esos factores deben ponderarse con otros aspectos de hecho que pudieran demostrar una cierta integración del menor en un entorno social y familiar desde su traslado, como los mencionados en el apartado 52 de esta sentencia, y en particular el tiempo transcurrido entre ese traslado y la resolución judicial que anuló la resolución de primera instancia y fijó la residencia del menor en el domicilio del progenitor que permanecía en el Estado miembro de origen. En cambio, el tiempo transcurrido desde esa última resolución no puede tomarse en consideración en ningún caso». Esto cambia totalmente la perspectiva: el TJUE pone reparos —tal vez algo excesivos, como ya se ha indicado— para considerar que el cambio de residencia habitual puede producirse sobre la base de una resolución impugnada, pero estima que esos reparos deben ponderarse junto con todas las circunstancias específicas del caso, y menciona concretamente dos factores: la integración en un entorno social y familiar del menor que se haya podido producir, y el tiempo que media entre el traslado y la resolución que revoca la atribución de custodia sobre cuya base se produjo éste.

39. Inexplicablemente, el AAP Barcelona toma en consideración la primera parte, pero no la segunda. No porque la ignore, puesto que la cita expresamente, sino porque considera que «estas precisiones se hacen en un contexto en el que lo que se ha planteado es una demanda de sustracción internacional en la que debe calificarse si la retención en el Estado al que se trasladó el menor en virtud de la sentencia de primera instancia es o no ilícito (...)». Es precisamente este contexto distinto lo que convierte en un error de técnica tomar en consideración que la presencia física de un menor en un Estado sobre la base de una resolución solo provisionalmente ejecutable es débil para fundar la residencia habitual del menor en ese Estado, y desdeñar la consideración de las circunstancias de hecho a las que hay que atender cuando la presencia física no es un factor suficiente, más aún cuando la propia resolución del TJUE que se toma como modelo insiste en que se consideren todas las circunstancias del caso y, particularmente el tiempo que ha durado ese traslado y lo que ha sucedido en cuanto a la integración social y familiar del menor durante ese tiempo. No conocemos estas circunstancias porque la resolución no las menciona, salvo el tiempo de dos años que tarda en resolverse la apelación y durante el que el menor reside en España, pero es posible que hubieran sido suficientes para fundar la residencia habitual y la competencia internacional de los tribunales españoles.

Como término de comparación, puede tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 10 RB II bis respecto de la competencia para acordar medidas de responsabilidad parental si se ha producido el traslado o retención ilícitos del menor. La regla general es que el Estado de origen en el que residía habitualmente el menor conserva su competencia, pero puede ser adquirida por los tribunales del Estado al que el menor fue trasladado o en el que es retenido —ilícitamente— si concurren ciertas condiciones, que toman como base que el menor haya residido en tal Estado al menos un año y esté integrado en su nuevo entorno²². Insisto en que además de este dato tienen que concurrir otros elementos y en que se trata de la comparación de dos contextos completamente distintos. Pero no deja de resultar curioso por contraste que un traslado lícito que dura dos años no sea suficiente para valorar, con base en el artículo 8 RB II bis y no en un supuesto excepcional, los datos de hecho que determinarían si existe integración social y familiar del menor y, con ella, residencia habitual.

²² Como ejemplo de aplicación de esta norma puede verse el AAP Barcelona 487/2017, de 21 de noviembre (ECLI:ES:APB:2017:8978A). La resolución es un punto voluntarista, también porque el caso es enormemente complejo, pero acertada en su conjunto.

40. Como se ha dicho, la Audiencia Provincial de Barcelona no se funda solo en el argumento que le ofrece la STJUE de 9 de octubre de 2014, *C. y M.* (ECLI:EU:C:2014:2268), sino que maneja un segundo criterio que resulta decisivo para la opción por la que finalmente se inclina, y que consiste en que, en el momento de interponerse ante los tribunales españoles la demanda de modificación de medidas, la sentencia belga de apelación ya había fijado la residencia del menor en Bélgica. Este criterio es igualmente el fundamento del auto del Juzgado de Primera Instancia que resuelve la declinatoria formulada por el padre y que la madre recurre ante la Audiencia Provincial. El AAP Barcelona se refiere a él en varios momentos, y se toma aquí el último de ellos, que cierra la fundamentación de la resolución: «Pero dictada sentencia por el Tribunal Belga en segunda instancia que determina la residencia habitual del menor con el padre en Bélgica, los Tribunales españoles no son competentes para conocer de una demanda de modificación de medidas en virtud de lo dispuesto en el art. 8 del Reglamento porque la residencia habitual del menor ya no está en España y el reglamento no contempla la posibilidad de solicitar la transferencia de competencia al órgano jurisdiccional del estado miembro de residencia, como sí lo hace el reglamento 1111/2019 no aplicable al presente supuesto»²³.

Como se ha expuesto a lo largo de las páginas precedentes, la residencia habitual es un punto de conexión compuesto de un conjunto de hechos, distintos en cada caso, que giran en torno a la presencia física de un menor en un Estado de manera estable, y a las circunstancias que indican que tal Estado es el centro de vida del menor, en palabras de la STJUE de 28 de junio de 2018 *HR* (ECLI:EU:C:2018:513). Y todo esto se valora en el momento de interponer la demanda. Pues bien, en el momento de interponerse la demanda de modificación de medidas, el menor residía en España y esa había sido su situación durante los últimos dos años. Es cierto que hay una sentencia dictada en Bélgica que atribuye la custodia del niño a su padre y ordena que ésta se haga efectiva en unos meses, antes del comienzo del curso escolar. Pero considero que la Audiencia incurre en un error de enfoque al valorar esta resolución. Su contenido no es fijar la residencia habitual; la residencia habitual no se establece porque una resolución lo diga, igual que no se crea porque se practiquen inscripciones en registros públicos o en padrones municipales; el concepto de residencia habitual está precisamente pensado para oponer la realidad a cualquier apariencia jurídica de realidad; para esto se crea y se separa del concepto de domicilio, que es, al contrario que el concepto de residencia habitual, mucho más jurídico que fáctico.

Lo que hace la sentencia belga es atribuir la custodia del menor al padre, que por el momento vive en Bélgica; y ordenar que el niño vuelva con él en un plazo de casi tres meses a contar desde que la sentencia se dicta. Pero no crea ni determina ni fija una residencia habitual, porque la residencia habitual es un concepto actual y concreto, que no puede ser distinto de como es porque una sentencia lo diga. Será distinto en el futuro, tal vez, como consecuencia de esa sentencia; pero hoy es otra cosa, y eso es lo que hay que valorar para determinar la competencia para conocer del proceso de modificación de medidas. Tanto es así, que la sentencia tampoco puede asegurar ni condicionar que el niño vaya a vivir en Bélgica en el futuro, puesto que el padre que ha obtenido la custodia puede decidir un día después de recuperar al menor trasladarse con él a otro Estado, y no estaría incumpliendo la sentencia del tribunal belga de apelación. Lo que la sentencia ordena es que el niño viva con el padre, no que el niño viva en Bélgica. Y eso, a partir del mes de septiembre, cuando la sentencia se dicta en junio y el menor lleva por entonces dos años en España. Estimar, sin más análisis, que los tribunales españoles carecen de competencia porque su residencia habitual ha sido fijada en Bélgica es, creo, prescindir del concepto de residencia habitual del RB II bis, de la finalidad con la que el legislador europeo crea este foro de competencia y lo mantiene —acertadamente a mi juicio, como ya he manifestado— en el estado de apertura e indefinición en el que se encuentra y de los criterios hermenéuticos que emanan de la jurisprudencia del TJUE.

41. A modo de conclusión. No puedo afirmar tajantemente que la solución final del AAP Barcelona sea errónea, porque no se valoran en ella los datos que deben conducir a la determinación de la residencia habitual actual del menor, de manera que no los conocemos. Tal vez del examen de esos

²³ Sobre los foros de competencia en materia de responsabilidad parental en el Reglamento 2019/1111 *vid.* A. BERNARDO SAN JOSÉ. «Las normas de competencia internacional en materia de responsabilidad parental en el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019». *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, nº. 2, 2020.

datos de hecho se desprendiera que nunca existió intención de establecerse en España con carácter permanente; que la madre custodia no tiene en nuestro país trabajo ni residencia estables, y tampoco familia ni vínculos afectivos; que el menor no ha estado escolarizado en España ni habla nuestro idioma ni se ha integrado social o familiarmente en ningún nivel; que su existencia durante esos dos años ha sido realmente errante, en movimiento, en continuo traslado. Si, en cambio, toda la estabilidad de que hipotéticamente podría haber carecido en España, la tuvo en Bélgica hasta que se produjo el traslado, los tribunales españoles carecerían en efecto de competencia internacional y el proceso de modificación de medidas tendría que ser instado ante los tribunales belgas. Lo que equivoca la Audiencia Provincial de Barcelona en esta resolución, desde mi punto de vista, no es el resultado, sobre cuyo acierto no podemos juzgar, sino el camino para hallarlo.

Es posible que se trate de un caso en el que vence el pragmatismo. Un proceso instado en el mes de julio que afecta a un menor que, en principio, tiene que volver a Bélgica en el mes de septiembre es un proceso que se va a sustanciar con el menor lejos. Desde luego, esto es así. Sin embargo, hay tres tipos de consideraciones que combaten este pragmatismo y que sin duda cualquier tribunal puede hacerse. La primera y más evidente es que las normas vinculan la determinación de la residencia habitual al momento de interposición de la demanda, y no a las previsiones sobre la sustanciación del proceso, y conviene hacer caso de las normas. La segunda, que existen instrumentos procesales variados para paliar los inconvenientes de este tipo de situaciones, como medidas cautelares o actuaciones de anticipación de la prueba. Y, por último, la proximidad que busca el RB II bis mediante el foro de la residencia habitual no es tanto entre el tribunal y el menor como tal, que es procesalmente una pieza muy pequeña, porque puede que no exista siquiera la posibilidad de escucharlo a causa de su edad, sino con las circunstancias del menor, con lo que va tejiendo la vida del menor sobre la que hay que resolver. Y esas circunstancias permanecen en España y son cognoscibles y valorables por un tribunal español aunque el menor se vaya a Bélgica en septiembre. La decisión pragmática, si es que lo fue, resulta cómoda, pero tampoco particularmente acertada.

IV. La competencia interna de los tribunales españoles para los procesos transfronterizos de modificación de medidas

1. Normas supranacionales de doble nivel y normas supranacionales de una sola fase

42. Determinar el tribunal competente para conocer de un asunto concreto es una operación que se rige por dos tipos de normas distintas, normas de jurisdicción y normas de competencia. Las normas de jurisdicción no seleccionan tribunales concretos, sino conjuntos de tribunales; y, ya dentro de esos conjuntos de tribunales, las normas de competencia van individualizando el órgano jurisdiccional preciso al que el legislador ha señalado para hacerse cargo de un asunto.

Habitualmente, las normas supranacionales, como los reglamentos europeos, son normas de jurisdicción —aunque la denominación «competencia internacional» esté asentadísima y sea la que utilicemos habitualmente, por su naturaleza jurídica se trata de normas de jurisdicción— puesto que determinan un conjunto de tribunales, los tribunales de este Estado o de aquel otro. Y son las normas de competencia internas de cada Estado las que, cuando sus tribunales han sido señalados como internacionalmente competentes, designan cuál de todos ellos en concreto debe conocer de un asunto. Esta designación tiene con frecuencia dos pasos distintos. El primero consiste en determinar qué tipo de tribunal de todos los que hay en un orden jurisdiccional, como el civil, va a conocer del asunto: en nuestro ordenamiento jurídico podría tratarse de un Juzgado de Primera Instancia, o de una Audiencia Provincial, o del Tribunal Supremo, entre otros tribunales posibles; las normas procesales denominan «competencia objetiva» al conjunto de reglas que conducen a la selección del tipo de órgano jurisdiccional que va a conocer del fondo de un asunto. El segundo paso es necesario si, como ocurre en muchas ocasiones, del mismo tipo de tribunal existen varios en nuestro Estado, y no hay que realizarlo si la norma de competencia objetiva nos conduce a un tribunal del que solo existe uno, como el Tribunal Supremo. Pero, si no es así, ¿cuál de todos los Juzgados de Primera Instancia, o de todas las Audiencias Provinciales que hay en España va a conocer del fondo de un asunto concreto? A esta pregunta dan respuesta las normas sobre competencia territorial.

43. Se decía que lo habitual es que las normas supranacionales determinen la competencia internacional; así, cuando el artículo 8 RB II bis quiere definir la competencia para conocer de acciones relativas a responsabilidad parental, lo hace refiriéndose al conjunto de los tribunales de un Estado: «Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional». Para el artículo 8 RB II bis todos los órganos jurisdiccionales del Estado de residencia habitual del menor tienen jurisdicción, y ya dirán las normas del Estado de que se trata cuál de ellos en concreto va a pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Sin embargo, hay normas supranacionales que, excepcionalmente, resuelven conjuntamente la competencia internacional y la competencia territorial, porque el legislador —europeo en los ejemplos que estamos manejando— no quiere atribuir competencia internacional a cualesquiera órganos jurisdiccionales del Estado miembro, sino a uno en concreto. Es lo que sucede, por ejemplo, con el artículo 7 RB I bis²⁴, que establece un foro especial en materia contractual, que el actor puede elegir como alternativo al general del domicilio del demandado, pero que ya no remite «a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro que...» sino «ante el órgano jurisdiccional del lugar que...». Pasamos del plural al singular, y del Estado al lugar; y esta diferencia de formulación es clave, puesto que en el caso que ejemplificamos con el artículo 7 RB I bis, ya no son competentes todos los tribunales del Estado miembro en que debiera cumplirse la obligación, sino solo el tribunal del lugar en que debiera cumplirse la obligación, de manera que si las normas de competencia interna del Estado de que se trate impidieran este resultado, ningún tribunal más en el Estado tendría competencia internacional, y el demandante ya no podría elegir, viéndose abocado a formular su demanda ante los tribunales del Estado en el que se encuentre domiciliado el demandado.

Obsérvese que la norma supranacional no define la competencia objetiva; el RB I bis no entra en si debe ser un Juzgado de Primera Instancia o un Juzgado de lo Mercantil, pero sí define la necesidad de que se trate del órgano jurisdiccional de un tribunal del lugar de cumplimiento de la obligación. La norma define de golpe la competencia internacional y territorial, saltándose la objetiva, que queda siempre para la regulación procesal interna.

44. El RB II bis no contiene este tipo de normas dobles, de manera que regula solo la competencia internacional y no la territorial interna. Y no se trata de un cambio de técnica legislativa, adoptada por una norma que es diez años posterior a otra, porque el RB I²⁵ ya contiene en 2001 en su artículo 5 1) la norma de doble nivel para regular la competencia internacional respecto de obligaciones en materia contractual, mientras que el RB II ter²⁶ continúa regulando la competencia en materia matrimonial y de responsabilidad parental con normas de una sola fase.

No es un criterio pacífico, aunque desde la perspectiva procesal me parece indudable; no entro en que sea o no deseable, hablo de «ser» y no de «deber ser». En este sentido FONT I SEGURA observa que el informe Borrás hecho sobre el texto legislativo que constituyó el germen del Reglamento 1347/2000, sustituido por el actualmente vigente 2201/2003, se ponía expresamente de manifiesto que se trataba de normas que «no inciden en el reparto de competencia territorial en el interior del Estado»²⁷.

²⁴ Reglamento (UE) n.º. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

²⁵ Reglamento (CE) n.º. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. La confusión entre la competencia internacional y la competencia territorial sigue siendo frecuente, como se pone de manifiesto en el bien fundado AAP Barcelona 289/2019, de 8 de julio (ECLI:ES:APB:2019:5371A).

²⁶ Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019.

²⁷ A. FONT I SEGURA. «Cuando el divorcio es cosa de dos. Comentario al Auto del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2019, as. C-759/18, OF y PG» *La Ley Unión Europea*, n.º 77, 2020, pág. 6 y nota 8.

2. Los problemas y soluciones de la competencia interna para conocer de procesos transfronterizos de modificación de medidas

45. ¿Por qué es importante aquí toda esta cuestión? Pues porque la competencia interna para conocer de los procesos de modificación de medidas conforme al artículo 775 LEC corresponde al tribunal que dictó las medidas cuya modificación se pretende. En los procesos transfronterizos de modificación de medidas que, por residir habitualmente el menor en nuestro Estado, se atribuyen a la competencia de nuestros tribunales aplicando el RB II bis, sucede con frecuencia que las medidas cuya modificación se insta fueron adoptadas por tribunales de otros Estados, de manera que la norma del artículo 775 LEC no es operativa. Si el artículo 8 RB II bis fuese una norma de doble nivel, que regulase a la vez la competencia internacional y la territorial interna, serían competentes para estos casos los Juzgados de Primera Instancia —de esto no hay duda conforme al artículo 45 LEC— del lugar en el que el menor tuviera su residencia habitual. Pero, puesto que el artículo 8 RB II bis es una norma de competencia de una sola fase, hay que resolver internamente cuál es el tribunal con competencia territorial para hacerse cargo del asunto.

Este problema no es nuevo; tuvo una importante versión hace unos años, resuelta por la STC 61/2000, de 13 de marzo (ECLI:ES:TC:2000:61), que consideró contrario al derecho a la tutela judicial efectiva que los tribunales rechazasen la competencia internacional alegando carencia de norma interna para designar el órgano jurisdiccional concreto al que le correspondía²⁸.

46. A diferencia de lo que sucede en las normas supranacionales, el criterio de la residencia de los menores no es en ningún caso preferente para la LEC. Incluso para los procesos cuyo objeto se centra exclusivamente en la adopción de medidas sobre hijos y no en la disolución o modificación del vínculo matrimonial, el artículo 769.3 LEC atribuye la competencia a los tribunales del último domicilio común de los progenitores y, si los progenitores residen en partidos judiciales distintos, todavía el actor puede elegir entre los tribunales del domicilio del demandado y los de la residencia del menor. Así lo puso de manifiesto el ATS de Pleno de 27 de junio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:6541A), dictado como consecuencia de los conflictos de competencia generados por la aplicación del entonces recién reformado artículo 775 LEC, y que no menciona solo esta norma, sino otras de la LEC y de la Ley de Jurisdicción Voluntaria que siguen el mismo criterio. Aunque es algo extensa, para quienes no estén familiarizados con nuestro régimen procesal interno es interesante reproducir la reflexión del TS sobre las ventajas y desventajas de una norma que atribuye competencia para procesos relativos a menores, pero que no elige como punto de conexión principal el lugar de residencia del menor.

Dice el TS en esta resolución: «No puede desconocerse que, frente a la virtualidad indudable del fuero de proximidad, mantener la competencia del juzgado que adoptó las medidas cuya modificación se pretende aporta también ventajas y que los inconvenientes que provoca no son insalvables. En primer lugar, este fuero de competencia aporta un factor de calidad en la decisión de cambio de las medidas, ya que es el juzgado que las adoptó el que se encuentra en mejor posición para valorar si las circunstancias tenidas en cuenta en la resolución inicial han sufrido una modificación relevante. En segundo lugar, la atribución unívoca y exclusiva de la competencia a ese juzgado es una norma clara y precisa que garantiza la seguridad jurídica y evita conflictos de competencia como los que han sido tan frecuentes en la aplicación del art. 769 LEC, al tiempo que evita posibles fraudes de ley por alteraciones caprichosas del domicilio del progenitor custodio. Por otro lado, los inconvenientes de esta solución, apuntados por el Ministerio Fiscal en su informe, se concentran en los concretos casos en que la modificación de las medidas afecte a hijos menores o discapaces que hayan dejado de residir en el partido judicial en el que se dictó la resolución inicial, pero, aun constatando el riesgo de que tales inconvenientes existan, no se consideran insalvables. De entrada, se trata de un problema que admite múltiples graduaciones en función del caso concreto: su entidad dependerá de la distancia entre ciudades, de las vías y medios de comunicación, de la residencia del progenitor no custodio, del régimen de estancia con él, de los vínculos con la ciudad de ori-

²⁸ Lo explica breve pero precisamente S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ. «Competencia judicial internacional para la modificación de sentencia en materia de responsabilidad parental y de obligaciones alimenticias». *La Ley Unión Europea*, nº 47, 2017, pág. 3.

gen, etc., de modo que en muchos casos el asunto podrá tramitarse y resolverse en el juzgado que acordó las medidas sin especiales dificultades para los menores o discapaces. Y, en función de las peculiaridades de cada caso, siempre será posible arbitrar los medios necesarios para minimizar esos inconvenientes: la utilización del sistema de videoconferencia para la práctica de las pruebas personales, previsto en el art. 229 LOPJ para las «declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas»; la colaboración de los equipos psicosociales adscritos a los juzgados del domicilio del menor; las vías de cooperación y auxilio judicial previstas en la ley; incluso, cuando la exploración de los menores sea necesaria y resulte especialmente gravoso su desplazamiento al juzgado competente, podrá autorizarse el desplazamiento del juez de conformidad con el art. 275 LOPJ, cuando no se perjudique la competencia de otro órgano y venga justificado por razones de economía procesal».

47. Claramente asentada, pues, en el ámbito interno, la competencia del tribunal que dictó las medidas para conocer de los procesos relativos a su modificación, lo siguiente que hay que tener en cuenta es que la dificultad de que este tribunal no pueda hacerse cargo del proceso de modificación de medidas, convirtiendo en inaplicable la norma de competencia del artículo 775 LEC, no es exclusiva de los asuntos transfronterizos, sino que en el ámbito interno ya se ha planteado respecto de las medidas acordadas por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Estos tribunales tienen competencia para acordar medidas de carácter civil sobre menores en tanto está pendiente un proceso penal por violencia de género entre sus progenitores; pero si en el momento en el que se pretende la modificación de las medidas acordadas por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, el proceso penal que le otorgaba competencias en materia civil sobre menores ya no existe —porque ha finalizado, de cualquiera de las formas previstas en la ley—, la competencia en materia civil ha desaparecido también, de manera que no puede conocer del proceso de modificación de medidas. Este problema fue resuelto por el ATS de Pleno de 14 de junio de 2017, que consideró que en estos supuestos la competencia para conocer de la modificación de las medidas debe determinarse conforme al artículo 769.3 LEC, previsto para los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, es decir, para las primeras medidas en materia de responsabilidad parental que solicitan unos progenitores que no instan simultáneamente la disolución de su vínculo matrimonial, habitualmente porque no lo tienen. Como ya se ha dicho, el artículo 769.3 LEC considera competentes a los tribunales del último domicilio común de los progenitores y, si residen en partidos judiciales distintos, el actor puede elegir entre formular su demanda ante los tribunales del domicilio del demandado o ante los del lugar de residencia del menor.

48. Los problemas de los procesos de modificación de medidas transfronterizos han sido abordados específicamente por el TS en el ATS de 17 de septiembre de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:9225A), aunque que esta resolución no se pronuncia sobre el Reglamento 2201/2003, sino que se refiere al Reglamento 4/2009 en materia de alimentos. Ciertamente, el foro de competencia que difiere el asunto a la jurisdicción de nuestros tribunales es también en este caso la residencia habitual del menor acreedor de alimentos —con base en el artículo 3 b) del Reglamento 4/2009—, de manera que su criterio podría resultar aplicable a todos los supuestos en los que nuestros tribunales tengan competencia internacional para conocer de un asunto pero haya que designar *ex novo* al órgano jurisdiccional concreto que debe hacerlo, puesto que las normas de competencia interna lo eligen a través de reglas de competencia funcional que no son aplicables cuando la competencia para adoptar las medidas originales —de responsabilidad parental o de alimentos— correspondía a los tribunales de otro Estado. Sin embargo, hay una diferencia radical entre las normas del RB II bis y los apartados a) y b) del Reglamento 4/2009, y es que estas últimas sí son normas de doble nivel: «Serán competentes para resolver en materia de obligaciones de alimentos en los Estados miembros: a) el órgano jurisdiccional del lugar donde el demandado tenga su residencia habitual, o b) el órgano jurisdiccional del lugar donde el acreedor tenga su residencia habitual (...)». Por tanto, no «los tribunales del Estado miembro» sino «el órgano jurisdiccional del lugar». Cambia completamente.

Desafortunadamente, el ATS de 17 de septiembre de 2019 no advierte esta diferencia, que es radical. Y, como consecuencia, adopta la solución que sería razonable para los procesos de modificación de medidas de responsabilidad parental, que es mantener el criterio con el que ya resolvió los problemas

equivalentes que se han suscitado en el ámbito interno de nuestro ordenamiento, pero no la solución adecuada para la modificación de medidas de alimentos, que es el asunto que tenía planteado. No existe apoyo normativo para establecer la competencia exclusiva a favor de los tribunales de la residencia del menor con base en el Reglamento 2201/2003, que no es una norma de doble nivel; ni tampoco puede encontrarse en la legislación interna, que no designa la residencia habitual del menor como foro prioritario o exclusivo en ningún caso. La designación del artículo 769.3 LEC para regir la competencia interna en estos casos es probablemente la más abierta de entre las posibles, e incorpora entre sus opciones la residencia habitual del menor al que se refieran las medidas. Sin embargo, los apartados a) y b) del artículo 3 del Reglamento 4/2009 sí establecen normas de competencia territorial a favor del tribunal del lugar de residencia, bien del acreedor de alimentos, bien del demandado por ellos, y así lo tenía que haber comprendido el Tribunal Supremo, que debió haber tenido en cuenta para resolver la compleja y no particularmente rotunda pero finalmente clara en su conjunto STJUE de 18 de diciembre de 2014, *Sanders, Verhaegen y Huber* (ECLI:EU:C:2014:2461).

49. En lo que a nosotros nos interesa, los procesos de modificación de medidas de responsabilidad parental y no de alimentos, el recurso al artículo 769.3 LEC sí es un criterio válido. Hay que tener en cuenta, no obstante, que esta norma no ofrece un conjunto de foros completamente electivos. Su primera regla determina que la competencia corresponde al tribunal del último domicilio común de los progenitores. Solo si los progenitores residieran en distintos partidos judiciales, será tribunal competente entonces, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el de la residencia del menor.

Sin embargo, la vigencia de esta primera regla está muy debilitada, puesto que el TS ha declarado reiteradamente desde hace años que el foro del último domicilio común es aplicable a los supuestos en los que en el momento de la interposición de la demanda sigue existiendo tal domicilio común²⁹. Si no es así, aunque los progenitores residieran en el mismo partido judicial y no en partidos distintos como contempla la regla subsidiaria de la norma, no tendrían que desplazarse al tribunal del último domicilio común si éste fuese diferente que el lugar del partido judicial de residencia de ambos al tiempo de la demanda, y el progenitor demandante podría optar entre el tribunal del domicilio del progenitor demandado o el tribunal de la residencia habitual del menor, que es y será el más utilizado en la práctica³⁰.

50. Es, pues, comprensible y merecida la crítica de que se hace acreedor el Tribunal Supremo, por esta resolución en concreto y por su comprensión general de las normas procesales europeas. Aunque tampoco conviene incurrir en el error contrario, interpretando las normas procesales internas desde una óptica que atiende exclusivamente a los reglamentos, o a algunos de ellos. En mi opinión, el artículo 769.3 LEC no está íntimamente conectado a los criterios de competencia del artículo 3 RB III, como se ha sostenido³¹, sencillamente porque es una norma aplicable a cualquier petición de modificación de medidas de responsabilidad parental, no solo a las relativas a alimentos; peticiones que, como se ha visto, desde la perspectiva procesal interna tienen un tratamiento equivalente pero no desde la perspectiva procesal europea. Y tampoco me parece sostenible la idea de que el artículo 769.3 LEC es una norma prevista para supuestos con elemento extranjero mientras que el artículo 775 LEC lo es para procesos de modificación de medidas que no tienen carácter transfronterizo; de hecho, son normas que regulan la competencia para procesos distintos, de primeras medidas sobre menores cuando no se

²⁹ *Vid.* por todos ATS de 15 de enero de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:279A).

³⁰ Puede verse en este sentido los AAAP Barcelona 303/2018, de 26 de junio (ECLI:ES:APB:2018:3741A) y 198/2019, de 22 de mayo (ECLI:ES:APB:2019:3108A).

³¹ M.J. VALVERDE MARTÍNEZ «Competencia en la modificación por tribunales españoles de medidas relativas a alimentos establecidas por tribunales extranjeros. Comentario al Auto del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2019», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, n° 1, 2020, págs. 771 y 772, que en cambio hace un tratamiento adecuado del foro de la residencia habitual en el Reglamento 4/2009. También hay resoluciones judiciales que consideran razonable prescindir de la letra de la ley en beneficio del que estiman su espíritu. Puede verse en este sentido la decisión que adopta el AAP Oviedo 126/2017, de 22 de diciembre (ECLI:ES:APO:2017:1432A), resolviendo una cuestión negativa de competencia con base en la pertinencia de interpretar las normas sobre competencia conforme a la tutela judicial efectiva y a la primacía del interés superior del menor, en cuanto evita desplazar a los hijos menores a lugar distinto de donde vivan,

pretende disolución del vínculo matrimonial el primero y de modificación de cualquier tipo de medida independientemente del proceso en el que se haya adoptado, el segundo, sin ningún planteamiento sobre la concurrencia o no de elementos extranjeros. Simplemente, existe una laguna legal respecto de los procesos transfronterizos de modificación de medidas de responsabilidad parental —no así para los procesos transfronterizos de modificación de alimentos, donde hay norma supranacional directamente aplicable aunque el TS no lo sepa ver—, como ocurre para otros supuestos ya mencionados, como la modificación de las medidas acordadas por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer una vez ha finalizado el proceso penal o las adoptadas ante autoridades no jurisdiccionales, si dejan de concurrir los requisitos necesarios para que las mismas autoridades puedan modificarlas y es necesario dirigirse a un tribunal. Una laguna legal que es deseable que el legislador elimine cuanto antes.

No tener presente lo transfronterizo es un defecto común del legislador procesal español en el que a veces los demás también incurrimos. En un trabajo anterior y relacionado básicamente con nuestra legislación interna, consideré desacertada la opción del TS por el apartado 3 del artículo 769 LEC para solucionar el problema de la falta de competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer para modificar las medidas acordadas por ellos, y preferibles, en función de las circunstancias —y por razones que ahora no vienen al caso— los apartados 1 y 2 de esa misma norma³². Pues bien, al reflexionar ahora sobre los procesos transfronterizos de modificación de medidas, rectifico mi criterio, porque entiendo que el apartado 3 es más abierto, más flexible, y se adapta mejor a los procesos con elemento extranjero, sin estorbar particularmente a los puramente internos. Vivimos en un aprendizaje continuo. *Laus Deo*.

³² P. PEITEADO MARISCAL. Procesos matrimoniales y resolución extrajudicial de la crisis del matrimonio y de la pareja, La Ley, 2019. No tengo el ejemplar en papel y no puedo citar las páginas, pero las consideraciones a que me refiero se encuentran en el epígrafe 1.4.1 relativo a la competencia funcional en los procesos de modificación de medidas, del Capítulo Tercero.

EL “TRIBUNAL SUPREMO” DE FACEBOOK: ¿UN NUEVO PASO HACIA LA JUSTICIA SIN ESTADO?

THE “SUPREME COURT” OF FACEBOOK: A NEW STEP TOWARDS JUSTICE WITHOUT THE STATE?

ALEJANDRO SÁNCHEZ FRÍAS*

*Profesor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Málaga*

ORCID ID: 0000-0001-8301-2434

Recibido: 12.04.2020 / Aceptado: 04.05.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5676>

Resumen: El presente estudio introduce al lector la naturaleza y funcionamiento del “Tribunal Supremo” de Facebook como un nuevo medio de resolución alternativa de conflictos en línea. La falta de regulación del Estado del mundo virtual, y en concreto de las redes sociales, ha favorecido la creación de sistemas de “justicia privada” con el objetivo de ofrecer a los usuarios soluciones más rápidas y eficientes a sus conflictos. Este fenómeno, limitado inicialmente a para proteger los derechos de propiedad, se ha extendido a los derechos de la personalidad, la libertad de expresión y la libertad de empresa. La aparición de órganos no jurisdiccionales especializados en esta materia ofrece importantes ventajas como alternativa a la tradicional “justicia pública”, lo cual puede guiarnos en un futuro hacia una reconceptualización del ejercicio de la abogacía en la que sea necesaria una formación en la *lex electronica* y los procedimientos que se aplican en las redes sociales.

Palabras clave: medios de resolución de conflictos en línea, redes sociales, justicia pública, justicia privada.

Abstract: This study introduces the reader to the nature and functioning of the “Supreme Court” of Facebook, as a new online method of alternative dispute resolution. The lack of State regulation in the virtual world has benefited the development of new systems of “private justice” offering its users faster and more effective solutions to their conflicts. This phenomenon, initially limited to protecting property rights, has evolved including personality rights, freedom of expression and freedom of business. The raise of non-jurisdictional organs specialized in this subject offers important advantages as an alternative to the traditional “public justice”, which can lead us in the future to a reconceptualization of the legal practice, in which the training on *lex electronica* and social media procedures will be a must.

Keywords: online methods of alternative dispute resolution, social media, public justice, private justice.

* Doctor en Derecho y Máster en Abogacía por la Universidad de Málaga, Máster en Estudios de la Unión Europea por la Universidad de Salamanca y Máster en Derecho Europeo por el Colegio de Europa (Brujas). El presente estudio se enmarca en el Grupo de Investigación “Protección Internacional de los Derechos Humanos, Seguridad y Medioambiente (SEJ-593)” del Plan Andaluz de Investigación y en el proyecto del MINECO “Regímenes de facto, desterritorialización de las obligaciones de los Estados y consecuencias para la seguridad, dignidad humana y sostenibilidad”, ambos dirigidos por la Dra. Ana Salinas de Frías. Agradezco al Dr. Lorenzo Gradoni su presentación titulada “Italian Neo-fascists versus Facebook: A Few Thoughts on Pluralism and Global Platform Justice after CasaPound Italia v Facebook Ireland Ltd” en el Max Planck Institute for International, European and Regulatory Procedural Law (Luxemburgo), la cual sirvió de inspiración para este trabajo.

Sumario: I. Introducción. II. El uso de las nuevas tecnologías: herramienta común en los mecanismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales. III. Algunos obstáculos de la justicia estatal frente al mundo de las redes sociales: estudio del caso Facebook Ireland Limited de 3 de octubre de 2019. A) El control y retirada de datos por el prestador del servicio: una cuestión de obligaciones e inmunidades. a) Inmunidad, obligaciones generales y obligaciones específicas. b) Los “datos idénticos”. c) Los “datos similares”. B) El “efecto mundial” de la obligación de retirada de datos. IV. ¿Hacia una solución más rápida y eficiente? La propuesta del “Tribunal Supremo” de Facebook. A) Objetivos y composición. B) Competencia, procedimiento y fuentes. C) Efectos de las decisiones. V. Reflexiones finales.

I. Introducción

1. En su obra *Justicia sin Estado*, el economista estadounidense Bruce Brenson defiende, desde su visión particular de la teoría del anarcocapitalismo, que los actores no estatales pueden administrar justicia de una manera más efectiva que los órganos estatales por contar con mayores incentivos económicos para hacerlo. La razón principal que respaldaría el cambio de la administración pública de la justicia por una administración privada se encontraría en la lentitud de los procesos judiciales tradicionales, es decir, en lo que comúnmente se identifica con el axioma “*justice delayed is justice denied*”¹.

2. Comulguemos o no con los postulados ideológicos del anarcocapitalismo, es difícil negar la existencia de dos procesos que, en las últimas décadas, han cobrado una especial fuerza a la hora de resolver conflictos entre particulares. El primero de ellos es la expansión, tanto cualitativa como cuantitativa, de los medios alternativos de resolución de conflictos. El segundo proceso es el de la aparición de las *LegalTech* con herramientas tales como la Inteligencia Artificial, el Internet de las Cosas, el *Big Data* o el *Blockchain*. El uso de estas nuevas tecnologías viene siendo implantado desde hace años como herramienta de apoyo a los actores jurídicos (a la hora de, por ejemplo, intercambiar documentos entre las partes o realizar vistas a través de medios electrónicos) si bien, más recientemente, han aparecido iniciativas que buscan automatizar y agilizar ciertos procesos en su totalidad, de manera que no sea necesaria siquiera la intervención humana.

3. El proceso de digitalización ha tenido una cálida acogida en lo que se refiere a la resolución de conflictos entre particulares a través de los medios alternativos de resolución de conflictos, sobre todo en materia de consumo y protección de los derechos de propiedad, hasta el punto de que podemos hablar de medios de resolución de disputas en línea. Encontramos como máximos exponentes los Centros de Resolución de Conflictos de ICANN, Ebay, Paypal y, como iniciativa pública, la Plataforma Europea de Resolución de Litigios en Línea.

4. Los escenarios litigiosos han adquirido tintes más aún más complejos con el auge de las redes sociales, en las que los conflictos se extienden a materias que afectan a derechos fundamentales del individuo tales como la privacidad, el derecho al honor o la libertad de expresión. Ante esta situación, las empresas han comenzado a establecer mecanismos de control y respuesta rápida. Nuestro estudio analiza el último mecanismo de resolución de disputas en línea: la Junta de Supervisión o “Tribunal Supremo” de Facebook como órgano de supervisión independiente. Para ello, la estructura se divide en tres partes. En la primera introducimos de manera breve las principales características de la relación entre las nuevas tecnologías y los mecanismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales. A continuación, en la segunda parte tomamos un asunto ante el TJUE como caso de estudio en el que se engloban la mayor parte de las dificultades a las que se enfrentan los tribunales nacionales a la hora de solucionar el choque entre distintos derechos en el universo de las redes sociales. En la tercera parte pasamos a desgranar la naturaleza y funcionamiento de la Junta de Supervisión de Facebook, resaltando las ventajas y soluciones que ofrece esta opción a las partes implicadas en contraposición con las dificultades

¹ B. L. BRENSON, *Justicia sin Estado*, Madrid, Unión Editorial, 2000, pp. 245-247.

de solucionar los conflictos ante los medios jurisdiccionales identificadas en el apartado anterior. Por último, presentamos varias reflexiones en torno a la idoneidad de fomentar los medios alternativos de resolución de conflictos en un espacio intrínsecamente desregulado como es Internet, y la necesidad de que los profesionales del Derecho se adapten a esta nueva realidad virtual en el que la “justicia pública” del Estado no será sustituida, pero sí será evitada voluntariamente en un número importante de casos por el propio interés de las partes implicadas.

II. El uso de las nuevas tecnologías: herramienta común en los mecanismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales

5. El núcleo del presente trabajo está dedicado a la creación por parte de Facebook de un órgano independiente de resolución de controversias con respecto a los contenidos que son alojados en sus redes sociales, tomando además un caso de estudio en el que quedan de manifiesto las dificultades a las que se enfrentan los mecanismos jurisdiccionales estatales en este contexto. El mecanismo propuesto por Facebook, como veremos, permitirá el desarrollo de un procedimiento completamente online de comienzo a fin: desde el daño se produce en el mundo virtual a través de la publicación de un contenido dañino, la presentación de las opiniones de las partes, la notificación de la decisión y la aplicación de la decisión en las redes sociales, consistente en el mantenimiento o eliminación del contenido conflictivo.

6. La idea de resolver los conflictos entre los usuarios de una red social fuera de los tradicionales mecanismos jurisdiccionales puede identificarse claramente con lo que Sander denominó *alternative dispute resolution* (habitualmente conocido por sus siglas ADR)², y que en castellano se ha traducido como “métodos alternativos de resolución de conflictos”. La razón de ser de estos métodos, tal y como se refleja en el propio título de la Conferencia de Pound, es el de ofrecer soluciones alternativas dada la insatisfacción que suele darse entre la población en cuanto a la administración de justicia. La aparición de estos mecanismos proclamados como más eficientes, entre los que se incluyen figuras como el arbitraje, la negociación y la mediación, ha dado lugar a que se hable de la distinción entre la “justicia pública”, identificada con los mecanismos jurisdiccionales, y la “justicia privada”, conformada por los métodos alternativos de resolución de conflictos³. La proliferación de estos medios alternativos se ha producido no sólo en las esferas del derecho privado a nivel nacional, sino que también se extiende a la resolución de controversias entre los propios Estados por los actos realizados de naturaleza tanto de *jure imperii* como de *jure gestionis*⁴.

7. Pero el auge de los medios alternativos de resolución de conflictos no es el único fenómeno que ha alterado el funcionamiento de la administración de justicia. Las nuevas tecnologías forman parte de nuestra vida diaria, produciéndose gran parte de los conflictos en espacios virtuales, por lo que la administración se ha visto forzada a adaptarse a esta nueva realidad. Las nuevas tecnologías han entrado pisando fuerte en el funcionamiento de la administración de justicia de numerosos Estados, si bien con distinta intensidad y en diferentes niveles. En este proceso de digitalización de la justicia, las nuevas

² F. SANDER, “Varieties of Dispute Processing”, en A. LEVIN y R. WHEELER (eds.), *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future (Proceedings of the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice)*, St Paul Minnesota, West Publishing, 1979, p. 86.

³ Véanse J. B. WEINSTEIN, “Some Benefits and Risks of Privatization of Justice Through ADR”, *The Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 11, Núm. 2, 1996, pp. 241-295; D.M. PROVINCE y C. SERON, “Privatization of Judicial Services”, *Journal of Public Administration Research and Theory*, Vol. 1, Núm. 3, 1991, pp. 319-336.

⁴ Queda fuera de los límites de este trabajo realizar un estudio de los métodos alternativos de resolución de disputas a nivel internacional. Para ello véanse, entre otros, A. PETERS, “International Dispute Settlement: A Network of Cooperative Duties”, *European Journal of International Law*, Vol. 14, Núm. 1, 2003, pp. 1-34; A. SPAIN, “Using International Dispute Resolution to Address the Compliance Question in International Law” *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 40, 2008, pp. 807-864; G. MORALES FERMÁNDEZ, *Los sistemas alternativos de resolución de conflictos*, Madrid, Dykinson, 2014; C. ESPLUGUES BARONA, “Justicia administrativa y medios alternativos de resolución de conflictos: ¿utopía o realidad?”, *Teoría y derecho*, Núm. 24, 2018, pp. 304-325.

tecnologías son utilizadas, en primer lugar, como instrumento auxiliar, bien para facilitar la toma de decisiones⁵, bien para el desarrollo del proceso de forma virtual⁶. En segundo lugar, estas tecnologías pueden emplearse en sustitución de los agentes implicados en el procedimiento judicial en una suerte de “mecanización del Derecho”⁷. En lugar de un abogado defensor, en Londres y Nueva York la aplicación *DoNotPay* permitió en 2016 a sus usuarios ganar directamente un importante porcentaje de recursos contra multas por infracciones de tráfico⁸. Con respecto a los jueces, en Estonia ya existen programas destinados a la creación de sistemas que resuelvan casos de escasa cuantía con el objetivo de aliviar la carga de trabajo de jueces y abogados⁹.

8. En cuanto a los medios alternativos de resolución de conflictos, también se han visto fuertemente alterados con esta irrupción y encontramos con cada vez más frecuencia los denominados “medios de resolución de disputas en línea (*online dispute resolution*, ODR por sus siglas en inglés). Surgen así las variaciones electrónicas de la mediación, el arbitraje y la negociación (*e-mediation*, *e-arbitration* y *e-negotiation*)¹⁰. Un ejemplo paradigmático lo encontramos en el sistema de resolución de conflictos de la Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números (ICANN, por su denominación en inglés). Esta organización contiene un sistema online de resolución de conflictos en materia de dominios virtuales y marcas a través de terceros proveedores como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual o el Foro de Arbitraje, con un procedimiento que incluye una demanda, contestación a la demanda y decisión en un periodo de 14 días¹¹. La rapidez y grado de especialización en este proceso, no obstante, se ve en ocasiones contrapuesta con críticas relativas a las incoherencias entre las decisiones de los distintos árbitros, las vulneraciones frecuentes a la libertad de expresión y la necesidad de instaurar un órgano de apelación¹². Como veremos en el apartado correspondiente, la propuesta de un “Tribunal Supremo de Facebook” parece haber abordado con éxito, al menos provisionalmente, las críticas vertidas contra el sistema de la ICANN. A lo cual se suma el desarrollo de códigos de conducta cada vez más elaborados aplicables en la resolución de conflictos, hasta llegar al punto de hablarse incluso de una *lex electronica*¹³, y que son sólo no iniciativas voluntarias de los prestadores de servicios sino también, en ocasiones, resultado de un mandato legal¹⁴. Podremos comprobar que este fenómeno es

⁵ En materia penal, por ejemplo, se son utilizadas para medir el riesgo de reincidencia. Véase A.L. WASHINGTON, “How to Argue with an Algorithm: Lessons from the COMPAS ProPublica Debate”, *Colorado Technology Law Journal*, Vol. 17, Núm. 1, 2019, pp. 131-160.

⁶ Sobre la creación de tribunales virtuales con jueces físicos véanse R. SUSSKIND, *Online Courts and the Future of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2019; Z. LOEBL, *Designing Online Courts: The Future of Justice is Open to All*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2019.

⁷ El término fue acuñado por un grupo de investigación de la Universidad de Oxford dirigido por JOHN ARMOUR, y cuyos resultados puede consultarse en: <https://www.law.ox.ac.uk/research-and-subject-groups/research-collection-law-and-technology/blog/2017/03/mechanisation-law>

⁸ S. GIBBS, “Chatbot lawyer overturns 160,000 parking tickets in London and New York”, *The Guardian*, 2016. Disponible en: <https://www.theguardian.com/technology/2016/jun/28/chatbot-ai-lawyer-donotpay-parking-tickets-london-new-york>

⁹ E. NILLER, “Can AI Be a Fair Judge in Court? Estonia Thinks So”, *Wired*, 2019. Disponible en: <https://www.wired.com/story/can-ai-be-fair-judge-court-estonia-thinks-so/>

¹⁰ J.C. BETANCOURT y E. ZLATANSKA, “Online Dispute Resolution (ODR): What is It, and It is the Way Forward?”, en J.C. BETANCOURT y J.A. CROOK, *ADR, Arbitration and Mediation*, Bloomington, Chartered Institute of Arbitrators, 2019, pp. 309-334; J. BARNETT y P. TRELEAVEN, “Algorithmic Dispute Resolution—The Automation of Professional Dispute Resolution Using AI and Blockchain Technologies”, *The Computer Journal*, Vol. 61, Núm. 3, 2018, pp. 399-408; O. RABINOVICH-EINY, “Mejorar la responsabilidad y el aprendizaje en la resolución de disputas a través de la tecnología”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, Núm. 10, 2010, pp. 24-31.

¹¹ Sobre este mecanismo véanse, entre otros, Y. ZHAO, “A Dispute Resolution Mechanism for Cybersquatting”, *The Journal of World Intellectual Property*, Vol. 3, Núm. 6, 2000, pp. 849-865; A. M. FROOMKIN, “ICANN’S ‘Uniform Dispute Resolution Policy’: Causes and Particular Cures”, *Brooklyn Law Review*, Vol. 67, Núm. 3, 2003, pp. 605-718.

¹² J. G. WHITE, ICANN’s Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy in Action”, *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 16, 2001, pp. 230-249, pp. 237-239.

¹³ P. TRUDEL, “La Lex Electronica”, en C.A. Morand (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruselas, Éditions Bruylant, 2001, pp. 221-268.

¹⁴ Sobre la producción normativa de iniciativa privada en esta materia véase M.R. LLÁCER MATAÇAS, “Códigos de conducta y on-line dispute resolutions: una aproximación a la privatización del Derecho”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXII, Núm. 4, 2009, pp. 1523-1578.

particularmente complejo en las redes sociales, espacio en el que a las complejidades técnicas se suma el potencial para la vulneración de un amplio elenco de derechos de la personalidad.

III. Algunos obstáculos de la justicia estatal frente al mundo de las redes sociales: estudio del caso *Facebook Ireland Limited* de 3 de octubre de 2019

9. La irrupción en masa de las nuevas tecnologías y la generalización de su uso a nivel de instituciones públicas y privadas, en la vida doméstica y empresarial, ha obligado al legislador a adaptar su ordenamiento jurídico a la realidad del mundo virtual y, al mismo tiempo, a quienes están revestidos del poder judicial a actualizar sus métodos de trabajo e interpretación. Como hemos podido comprobar en el apartado anterior, la tarea no es fácil, ya que según se multiplican las relaciones personales y contractuales en el entorno digital, también lo hacen los conflictos. La creciente demanda de una solución rápida y eficaz a los conflictos que surgen en torno a derechos de propiedad, ya sean intelectuales o de otra índole, ha motivado que las propias plataformas que prestan estos servicios proporcionen a sus usuarios mecanismos alternativos de resolución de disputas, en general en lo que se refiere a procesos de compra y venta online, algunos de los cuales ya han sido expuestos en el apartado anterior.

10. La situación se complica aún más cuando la disputa surge no en torno al derecho de propiedad, sino en torno a otros derechos de carácter más personal en el seno de las redes sociales. No es un fenómeno extraño que el ejercicio de la libertad de expresión pueda afectar a derechos como el honor, la intimidad o la propia imagen, y los tribunales han tenido tradicionalmente que equilibrar unos y otros cuando el ejercicio de este primer derecho se ha expresado a través de medios de información y comunicación¹⁵. Esta labor de los tribunales se complica cuando el medio en el cual se produce la disputa es una red social como Facebook o Instagram, en la que son directamente los particulares los que presentan contenidos que ponen en jaque uno u otro derecho públicamente, pudiendo además el resto de los usuarios compartir dichos contenidos de manera casi automática en todos los rincones del mundo.

11. La labor de los tribunales se torna aquí especialmente complicada, máxime cuando necesitan de la colaboración estrecha del prestador de servicios de la red social tanto para recibir la información necesaria para tomar una decisión como para garantizar su ejecución con posterioridad. A lo cual se suman las dudas en torno a los efectos territoriales que tendría el pronunciamiento de un tribunal nacional sobre unos datos que se encuentran compartidos en una red social de alcance global, así como el alcance de la inmunidad de los prestadores de servicios con respecto a los contenidos que almacenan. Teniendo en cuenta la rapidez con la que se suceden los acontecimientos en el entorno digital y las dificultades clásicas de los tribunales para actuar de manera rápida y efectiva, puede plantearse la necesidad y los beneficios de contar con medios alternativos de resolución de disputa en este contexto. No obstante, y antes de adentrarnos en dicha materia, pasaremos a exponer a través de un caso concreto cuáles son algunos de los obstáculos a los que se enfrentan los tribunales a la hora de resolver disputas sobre la vulneración de derechos fundamentales en las redes sociales.

12. El asunto más reciente contra Facebook que ha motivado una cuestión prejudicial de los tribunales austriacos ante el TJUE proporciona un buen caso de estudio sobre las dudas que le pueden surgir a un tribunal nacional a la hora de equilibrar los derechos en conflicto, la posibilidad de imponer obligaciones a los prestadores de servicios de mantener o retirar contenidos y en qué medida, o el alcance territorial de la decisión tomada. Incluso, y ya de manera más práctica, de cuáles son los plazos y la

¹⁵ Si bien no podemos recoger aquí una bibliografía completa al respecto, véanse a modo de ejemplo y de forma general los estudios de J.J. DE LERMA GALÁN, “Libertad de expresión y derecho a la información como garantías constitucionales: La colisión de derechos”, *Parlamento y Constitución*, Núm. 17, 2015, pp. 227-246; J.J. MÄRTEN, “Personality Rights and Freedom of Expression: A Journey through the Development of German Jurisprudence under the Influence of the European Court of Human Rights”, *Journal of Media Law*, Vol. 4, 2012, pp. 333-349.

capacidad de reacción de un tribunal nacional en un contexto en el que la multiplicación del daño a los derechos fundamentales en cuestión puede producirse de manera casi inmediata.

13. Los hechos que rodean al caso *Eva Glawischnig-Piesczek contra Facebook Ireland Limited* (en adelante, caso *Facebook Ireland*)¹⁶ son los que siguen. Por un lado, encontramos a la señora Eva Glawischnig-Piesczek, exdiputada de la Cámara Baja del Parlamento de Austria y presidenta del grupo parlamentario de Los Verdes. Por otro, a Facebook Ireland, prestador de servicios encargado de gestionar la plataforma de esta red social mundial para los usuarios que se encuentran fuera de Estados Unidos y Canadá.

14. El 3 de abril de 2016, un usuario de Facebook compartió una noticia de una publicación austriaca en la que aparecía la imagen de la señora Glawischnig-Piesczek con el titular “Los Verdes: a favor del mantenimiento de unos ingresos mínimos para los refugiados”, acompañada de un comentario personal “redactado en términos que el tribunal remitente declaró contrarios al honor de la demandante en el litigio principal, ofensivos y difamatorios” que quedaba a la vista de todo usuario de Facebook¹⁷.

15. El 7 de julio de 2016, la señora Glawischnig-Piesczek solicitó a Facebook Ireland la eliminación del comentario ofensivo. Dada la inactividad del prestador de servicios al respecto, interpuso demanda ante el Tribunal de lo Mercantil de Viena, el cual adoptó en diciembre de 2016 medidas cautelares en las que se ordenaba a Facebook Ireland el bloqueo temporal de dicho comentario y cualesquiera otros de contenido similar acompañados de fotografías de la demandante, por lo que Facebook procedió a bloquear el contenido inicialmente publicado a los usuarios de Austria¹⁸. En apelación, el Tribunal Superior Regional de Viena confirmó estas medidas, si bien la obligación de bloqueo de contenido similar se refería sólo a los contenidos puestos en conocimiento en de Facebook por la demandante o terceros, sin necesidad de realizar un control activo por parte del prestador de servicios¹⁹. Ambos tribunales entendieron que el “comentario publicado contenía declaraciones que lesionaban en una medida excesiva el honor”²⁰.

16. En casación, el Tribunal Supremo austriaco se enfrentó a una serie de cuestiones que afectan al Derecho de la Unión Europea, por lo que el 10 de enero de 2018 (es decir, transcurridos doce meses de la adopción de las primeras medidas cautelares) decide presentar al TJUE una cuestión prejudicial con una serie de interrogantes: ¿es contrario a la Directiva 2000/31 obligar a los prestadores de servicios de alojamiento de datos a retirar contenidos idénticos a los declarados ilícitos? ¿Puede extenderse esta obligación a datos presentes en todo el mundo? ¿O en el Estado miembro en cuestión? ¿O sólo los del destinatario del servicio en todo el mundo? ¿O sólo a los del destinatario de servicio en el Estado miembro? ¿Qué sucede con los datos no idénticos sino similares, incluyendo aquellos de los que el prestador tenga conocimiento?

17. El 3 de octubre de 2019 (es decir, veintidós meses tras la elevación de la cuestión prejudicial), el TJUE dictó su sentencia agrupando este amplio catálogo de cuestiones cuya respuesta afecta tanto a los derechos fundamentales del individuo como a los propios métodos de trabajo y responsabilidades de los prestadores de servicios de alojamiento de datos. A continuación, pasaremos a exponer y analizar los pasajes más relevantes de la sentencia según el orden en ella expuesta, incluyendo además las muy ilustrativas opiniones del Abogado General al respecto.

¹⁶ STJUE de 3 de octubre de 2019, asunto C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek contra Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2019:821.

¹⁷ Ibid, pár. 12.

¹⁸ Ibid, párs. 14 y 15.

¹⁹ Ibid, par. 16.

²⁰ Ibid, pár. 17.

A) El control y retirada de datos por el prestador del servicio: una cuestión de obligaciones e inmunidades

a) Inmunidad, obligaciones generales y obligaciones específicas

18. En esencia, en su cuestión principal el tribunal austriaco solicita al TJUE que determine el alcance material y personal de la obligación de supervisión del prestador de servicios de alojamiento de datos a través de un requerimiento judicial. La razón de que dichas obligaciones se encuentren limitadas y los tribunales no tengan un amplio margen de actuación se encuentra, de un lado, en el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2000/31, el cual reza que “Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas”²¹ y, por otro, en el artículo 14.1 del mismo instrumento, conforme al cual “los Estados miembros garantizarán que, cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador de servicios no pueda ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario”²².

19. Esta protección que otorga a los prestadores de servicios de alojamiento de datos la Directiva 2000/31 ha sido calificada por la doctrina como un “puerto seguro”²³. Pero este puerto seguro no otorga un cobijo absoluto a los prestadores de servicios de alojamiento de datos, ya que el artículo 14.2 establece unas de condiciones para su disfrute: que el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad a la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito (a), o de que, en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible (b). El apartado 3 de este mismo artículo recoge, además, que nada impide que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exija al prestador poner fin a una infracción o impedir la. Con esta normativa en mano, corresponde al TJUE aclarar los límites de las obligaciones e inmunidades de estos prestadores de servicios.

20. Comenzando por la cuestión de la obligación general de supervisión, la respuesta es contundentemente negativa. Podemos ver cómo existe una fuerte conexión entre la supervisión y la inmunidad a través del concepto de “neutralidad” como elemento básico que se requiere al prestador de servicios²⁴. La imposición al prestador de un deber de supervisión general le haría perder su inmunidad, lo cual sería contrario al espíritu de la Directiva, tal y como explica en sus conclusiones el Abogado General: “el papel de un prestador de servicios de alojamiento de datos que ejerciese esa supervisión general dejaría de ser neutro en la medida en que su actividad ya no mantendría su carácter técnico, automático y pasivo, lo cual entrañaría que el citado prestador de servicios tendría conocimiento de los datos almacenados y ejercería un control sobre ellos. Por consiguiente, el establecimiento de una obligación general de supervisión, impuesta a un prestador de servicios de alojamiento de datos en el marco de un requerimiento judicial autorizado, en principio, por el artículo 14, apartado 3, de la Directiva 2000/31, podría suponer que el artículo 14 de dicha Directiva resultase inaplicable a dicho prestador. Deduzco pues de la interpretación del artículo 14, apartado 3, en relación con el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2000/31, que ninguna obligación que se imponga a un prestador intermediario mediante requerimiento judicial puede

²¹ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), DOCE L 178 de 17 de julio del 2000, p. 1.

²² Ídem.

²³ Para un análisis al respecto véanse, entre otros, F. CARBAJO CASCÓN, “Delimitación de la responsabilidad de los servicios de intermediación de la sociedad de la información (I)”, *Justitia*, Núm. 12, 2014, pp. 245-278.

²⁴ Sobre la neutralidad en la moderación de contenidos véase E. ARROYO AMAYUELAS, “La responsabilidad de los intermediarios en Internet: ¿puertos seguros a prueba de futuro?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, Núm. 1, 2020, pp. 808-837.

dar lugar a que su papel, en lo que respecta a la totalidad o a la casi totalidad de los datos almacenados, deje de ser neutro, en el sentido indicado en el punto anterior”²⁵. En la misma línea se pronuncia el TJUE con un razonamiento más sucinto basado en la literalidad del artículo 15.1 de la Directiva 2000/31²⁶.

21. Ahora bien, ¿qué sucede con las obligaciones de supervisión en los casos específicos? La respuesta es aquí muy diferente a la anterior. Tanto el Abogado General como el TJUE acuden al considerando 47 de la Directiva para concluir que la prohibición de supervisión general no implica la obligación de los prestadores de servicios de supervisar casos específicos, a lo cual se suma el hecho de que el artículo 14.3 establece la obligación de prevenir infracciones, “lo cual lógicamente entraña, como señala la Comisión, una cierta forma de supervisión en el futuro, supervisión que no puede transformarse en una obligación de supervisión general”²⁷. El caso específico puede tener su origen, como en el caso de autos, “en una información precisa, almacenada por el prestador de servicios de alojamiento de datos de que se trata a instancia de un determinado usuario de su red social, cuyo contenido ha sido analizado y apreciado por un tribunal competente del Estado miembro, que, al término de su apreciación, lo ha declarado ilícito”²⁸.

22. Los prestadores de servicios de alojamiento de datos como Facebook o Instagram tienen un por tanto un deber de supervisión en casos específicos y de retirada o bloqueo de datos, que puede surgir de un requerimiento judicial. Esta conclusión es relativamente sencilla una vez que acudimos al texto de la Directiva 2000/31. El paso siguiente es, en cambio, más complicado: identificar cuáles son los contenidos que debe bloquear el prestador de servicios.

b) Los “datos idénticos”

23. En primer lugar, tenemos los “contenidos idénticos”. Establece el TJUE que el prestador de servicios tiene la obligación de retirar los contenidos idénticos a los que hayan sido declarados ilícitos en un pronunciamiento judicial. Esta afirmación se basa en la innegable realidad de que en las redes sociales cualquier contenido puede ser rápidamente multiplicado por otros usuarios, tal y como señala el tribunal: “habida cuenta de que una red social facilita la transmisión rápida entre sus diferentes usuarios de información almacenada por el prestador de servicios de alojamiento de datos, existe un riesgo real de que una información que ha sido declarada ilícita sea reproducida y compartida posteriormente por otro usuario de la red”²⁹.

24. El Abogado General llegó a la misma conclusión que el TJUE, si bien gracias a su capacidad de trabajo autónomo nos ofrece un relato más completo y técnico de los elementos que deben equilibrarse a la hora de imponer la obligación de bloquear contenidos idénticos. El primer elemento a tener en cuenta es la carga impuesta en la libertad de empresa que, en este caso, no considera excesiva, ya que “la búsqueda y la identificación de datos idénticos a los declarados ilícitos por un órgano jurisdiccional no requieren medios técnicos sofisticados”³⁰. En segundo lugar, valora positivamente esta obligación a la hora de proteger eficazmente los derechos de personalidad “habida cuenta de lo fácil que resulta reproducir datos en el entorno de Internet”³¹. En tercer y último lugar, considera que es proporcional la limitación que impone a la libertad de expresión e información en Internet, ya que la repetición del

²⁵ Conclusiones del Abogado General Szpunar presentadas el 4 de junio de 2019, Asunto C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek contra Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2019:458, párs. 39 y 40.

²⁶ STJUE de 3 de octubre de 2019, asunto C-18/18, cit. supra., pár. 31.

²⁷ Conclusiones del Abogado General Szpunar, cit. supra., pár. 41; STJUE de 3 de octubre de 2019, asunto C-18/18, cit. supra., pár. 34.

²⁸ STJUE de 3 de octubre de 2019, asunto C-18/18, cit. supra., pár. 35.

²⁹ Ibid, pár. 36.

³⁰ Conclusiones del Abogado General Szpunar, cit. supra., pár. 63.

³¹ Ibid, pár. 64.

mismo dato calificado de ilícito por otros usuarios debe “ser objeto de la misma calificación, si bien matizada en función, en particular, del contexto de una supuesta declaración ilícita”³².

25. Las conclusiones del Abogado General con respecto a la retirada de datos idénticos cierran con una valoración que resulta de gran interés para nuestro estudio sobre los mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Tiene en cuenta el Abogado General que, al haber sido compartidos esos datos por otros usuarios e imponer su bloqueo, se está afectando a la libertad de expresión de terceros ajenos al procedimiento judicial. Es por ello por lo que, tomando como base la jurisprudencia sobre derechos de terceros en materias civiles y mercantiles, requiere que los Estados miembros protejan el derecho a la tutela judicial efectiva de esos terceros, garantizándoles “la posibilidad de oponerse ante un juez a medidas de ejecución adoptadas por un prestador de servicios de alojamiento de datos sobre la base de un requerimiento judicial, sin supeditar esa posibilidad a tener la condición de parte en un procedimiento principal”³³.

26. Si bien es cierto que el derecho a la tutela judicial de terceros no cuenta aún con una jurisprudencia consolidada en cuanto al equilibrio entre el derecho a la libertad de expresión y la privacidad, sí existen pronunciamientos favorables en el ámbito de la cooperación civil y mercantil, especialmente en materia de propiedad intelectual, los cuales han sido analizados magistralmente por quien es precisamente secretario jurídico del Abogado General Szpunar³⁴. Aunque entendemos la extensión por analogía de las soluciones de ese otro ámbito a las redes sociales y el derecho a la libertad de expresión que hace el Abogado General inspirado en este autor, las consecuencias pueden ser muy diferentes por razones eminentemente prácticas. Tomemos así el párrafo 49 de la sentencia *Meroni*, relativa al embargo de acciones y sus repercusiones en los derechos de otros accionistas, que utiliza el Abogado General para respaldar este requerimiento. Reza así: “en el litigio principal, el auto controvertido no despliega efectos jurídicos frente a terceros antes de que les haya sido comunicado, y que incumbe a las partes demandantes que deseen invocarlo velar por que el referido auto sea debidamente notificado a los terceros afectados y probar que la notificación se llevó efectivamente a cabo. Además, cuando este mismo auto se notifica a un tercero que no fue parte en el procedimiento ante el tribunal del Estado de origen, éste puede interponer ante el referido tribunal un recurso contra dicho auto y solicitar que sea modificado o anulado”³⁵.

27. Tal y como podemos observar, la formulación de los derechos de terceros en las redes sociales, tal y como los formula el Abogado General, palidecen de manera apreciable. Quizás, siendo consciente de la ingente cantidad de usuarios potencialmente afectados por una retirada de datos en una red social, el Abogado General creyó necesario reconocerles una tímida voz, aunque sin llegar al extremo de hacerles partícipes en el procedimiento judicial (lo cual, de producirse en un tribunal tradicional, y que los usuarios ejercitasen su derecho, empujearía el tamaño de cualquier sala de vistas) o de recibir una notificación judicial fehaciente sobre la retirada de los datos. En un contexto como este, podría apreciarse que la propia red social contase con mecanismos de resolución de disputas en los que los usuarios interesados puedan participar de manera online, sin que ello conlleve gastos para ninguna de las partes cuyos derechos considera dañados. Pero volveremos sobre este punto en el siguiente epígrafe.

c) Los “datos similares”

28. Una vez aceptada la conformidad con el Derecho de la UE de la obligación de retirar contenidos idénticos a los declarados como ilícitos en un pronunciamiento judicial, surge la pregunta de si esta obligación se extiende igualmente a los “contenidos similares”. Por tales entiende el TJUE la “in-

³² Ibid, pár. 65.

³³ Idem.

³⁴ S. LUKAS KALÉDA, “The Role of the Principle of Effective Judicial Protection in Relation to Website Blocking Injunctions”, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, 2017, pp. 216-225.

³⁵ STJUE de 25 de mayo de 2016, Asunto C-559/14, *Rüdolfs Meroni*, ECLI:EU:C:2016:349, pár. 49.

formación cuyo contenido, que transmite esencialmente el mismo mensaje, esté formulado de manera que por los términos utilizados o la combinación de estos difiera ligeramente de la información cuyo contenido ha sido declarado ilícito”³⁶.

29. El TJUE es plenamente consciente de que en las redes sociales derecho al honor de una persona puede continuar viéndose vulnerado a través de comentarios no idénticos a los declarados ilícitos, pero sí muy similares. No aceptar esta realidad, e imponer la obligación de analizar judicialmente el contenido de cada comentario similar, llevaría a la insostenible situación de que “el interesado tuviera que multiplicar los procedimientos al objeto de poner fin a los actos de los que es víctima”³⁷.

30. El TJUE, tras hacer balance de los distintos intereses implicados, concluye que es conforme al Derecho de la UE imponer al prestador de servicios la obligación de suprimir contenidos que “contengan elementos concretos debidamente identificados por el autor de la medida cautelar, como el nombre de la persona víctima de la infracción constatada anteriormente, las circunstancias en las que se ha comprobado dicha infracción, así como un contenido similar al que se ha declarado ilícito”³⁸. Eso sí, siempre y cuando ello no obligue al prestador de servicios a obligar al prestador de servicios de alojamiento de datos a “realizar una apreciación autónoma del referido contenido”³⁹.

31. En estos términos, el TJUE considera que no se está imponiendo al prestador de servicios una obligación de supervisión excesiva. Así lo entiende también, en términos más concretos, el Abogado General, que propone que el requerimiento judicial de retirada de datos idénticos tenga unos efectos “claros, precisos y previsibles”⁴⁰. Al contrario que con los “datos idénticos”, el ejercicio de proporcionalidad debe ser especialmente sensible con la libertad de empresa y con las consecuencias sobre la inmunidad del prestador de servicios, ya que “a diferencia de lo que sucede con los datos idénticos a los declarados ilícitos, un prestador de servicios de alojamiento de datos no puede identificar los datos similares a los declarados ilícitos sin recurrir a soluciones sofisticadas. En consecuencia, no solo el papel que desempeña el prestador que ejerce una supervisión general dejaría de ser neutro, al no tener carácter meramente técnico, automático y pasivo, sino que además, dicho prestador, al aplicar una forma de censura, pasaría a contribuir de forma activa en dicha plataforma”⁴¹.

B) El “efecto mundial” de la obligación de retirada de datos

32. De los apartados anteriores podemos deducir que la relación entre las autoridades judiciales y los prestadores de servicios de alojamiento de datos cuando surge un conflicto relativo a los derechos de la personalidad no es fácil. La autoridad judicial debe equilibrar el derecho a la libertad de expresión y la libertad de empresa, de un lado, y el derecho al honor y la privacidad, de otro. Este equilibrio ya se venía realizando con respecto a la información compartida por los medios de comunicación tradicionales, de carácter territorialmente restringido, pero las reglas de juego han cambiado totalmente con la aparición de internet y las redes sociales, que ha permitido a los propios ciudadanos convertirse en una suerte de “editores”⁴². Tal y como señala el Comité Conjunto sobre Privacidad y Mandatos de Reino Unido, “the removal of the traditional publisher’s role of “gatekeeper” gives everyone, through new media, the opportunity to disseminate information, and to express their views. Views on privacy, on the boundaries of private life, and on the nature of the public interest are not universally shared. The internet

³⁶ STJUE de 3 de octubre de 2019, asunto C-18/18, cit. supra., p. 41

³⁷ Ibid, p. 41.

³⁸ Ibid, p. 45.

³⁹ Idem.

⁴⁰ Conclusiones del Abogado General Szpunar, cit. supra., p. 71.

⁴¹ Idem, p. 73.

⁴² C. ISTVÁN NAGY, “The Word is a dangerous weapon: jurisdiction, applicable law and personality rights in EU law – missed and new opportunities”, *Journal of Private International Law*, Vol. 8, Núm. 2, 2012, 251-296, p. 264.

allows those who have competing views to give effect to them, and to publish information which would not ordinarily be published in traditional media”⁴³.

33. Para realizar esta ponderación, el tribunal debe tener en cuenta elementos como las “obligaciones generales”, las “obligaciones específicas” los “datos idénticos” y los “datos similares”. Un error a la hora de realizar las medidas podría tener graves consecuencias como la pérdida de neutralidad del prestador de servicios, con la inmunidad que lleva aparejada, y ocasionar graves efectos en el funcionamiento de un sistema tan complejo y delicado como es el de las redes sociales.

34. Una vez que la autoridad judicial ha conseguido tomar su decisión sobre el alcance de las obligaciones impuestas al prestador de servicios, tras un proceso que seguramente no será caracterizado por su brevedad si tenemos en cuenta el caso de autos como referente, aún queda presente el reto del efecto territorial de la obligación impuesta. Ya hemos visto que, en este caso, Facebook bloqueó inicialmente los contenidos únicamente en Austria, entendiendo que tal era el alcance de la jurisdicción de los tribunales austriacos. Dado el carácter global de esta red social, y por tanto de los daños que puede causar, la siguiente pregunta es lógica: ¿qué alcance territorial tiene la obligación de retirada?

35. La respuesta del TJUE a esta incógnita es particularmente breve y genérica. Tras recordar que la Directiva no impone ninguna limitación territorial a las medidas establecidas por los Estados miembros, se limita a recordar la “dimensión mundial del comercio electrónico” y simplemente indica a los Estados miembros que deben cumplir con la normativa internacional⁴⁴.

36. Para encontrar algo de luz en la materia podemos acudir a las conclusiones del Abogado General. En ellas, comienza resaltando que la falta de armonización en la UE de las normas relativas a los derechos de la personalidad provoca que los tribunales se vean obligados a recurrir a sus normas nacionales para analizar la ilicitud de un contenido, a lo que se suma el hecho de que tampoco existen normas de conflicto en la materia⁴⁵, una fragmentación normativa deriva en una suerte de “efecto mosaico” del mismo daño en distintas jurisdicciones⁴⁶. Así, en caso de que venga acompañado de una obligación de retirada universal de ese dato, el requerimiento judicial estaría extendiendo sus efectos extraterritorialmente a Estados en los que quizás esos datos serían lícitos conforme a sus ordenamientos internos⁴⁷.

37. Tal y como indica, la falta de armonización en materia de normas de conflicto no implica que no existan normas de competencias armonizadas en la materia que, en este caso, se contienen en el Reglamento 1215/2012⁴⁸, el cual permite determinar los órganos competentes en materia de eliminación de contenidos difamatorios en línea. Tomando el contenido de este reglamento y la jurisprudencia asentada con la sentencia del TJUE en el asunto *eDate Advertising*⁴⁹, el Abogado General concluye que la víctima puede ejercitar la acción por la totalidad del daño sufrido en el Estado miembro donde se encuentre su centro de intereses y, por tanto, que “los tribunales de un Estado miembro pueden resolver, en principio, sobre la retirada de contenidos fuera del territorio del citado Estado miembro, pues tienen competencia territorial universal”⁵⁰.

⁴³ Joint Committee on Privacy and Injunctions, “Privacy and injunctions”, HL Paper 273, 2012, pág. 93. Disponible en: <https://publications.parliament.uk/pa/jt201012/jtselect/jtprivinj/273/273.pdf>

⁴⁴ STJUE de 3 de octubre de 2019, asunto C-18/18, cit. supra., párs. 50 a 52.

⁴⁵ Para un estudio completo al respecto véase A. MILLS, “The law applicable to cross-border defamation on social media: whose law governs free speech in ‘Facebookistan’?”, *Journal of Media Law*, Vol. 7, Núm. 1, 2015.

⁴⁶ A. MILLS, “The Application of Multiple Laws under the Rome II Regulation”, en W. BINCHY y J. AHERN (eds.), *The Rome II Regulation*, Leiden, Brill, 2009, pp. 133–152.

⁴⁷ Conclusiones del Abogado General Szpunar, cit. supra., párs. 76 a 81.

⁴⁸ Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOUE L 35 de 20 de diciembre de 2012, p.1.

⁴⁹ STJUE de 25 de octubre de 2011, asunto C-509/09, *eDate Advertising GmbH y otros contra X y Société MGN LIMITED*, ECLI:EU:C:2011:685.

⁵⁰ Conclusiones del Abogado General Szpunar, cit. supra., pág. 86. Para un análisis de los criterios para adjudicar la compe-

38. Una vez aceptado que el tribunal de un Estado miembro puede tener “competencia universal” en la resolución de conflictos por daños ocasionados en línea, como puede ser por lesiones al honor en una red social, debemos determinar el alcance del requerimiento de retirada de tribunal. Aquí el Abogado General considera, como hace después el propio TJUE, que no es una materia regulada en el Derecho de la UE. No obstante, plantea algunas observaciones interesantes al respecto en lo que, si nos encontrásemos ante un pronunciamiento judicial, podría calificarse de *obiter dictum*.

39. En un contexto como el presentado, el tribunal competente, en este caso austriaco, aplicaría al caso una ley sobre difamación conforme a sus normas de conflicto. Si ordena la retirada a nivel mundial de los datos alojados por el prestador de servicios, esta medida afectaría a usuarios localizados en otros Estados, en los que probablemente el equilibrio entre la libertad de expresión y los derechos al honor y a la intimidad estén configurados de manera diferente. Por un lado, deberían respetarse los derechos fundamentales a nivel mundial y, por otro, no puede exigirse al demandante que demuestre que los datos serían declarados ilícitos conforme a cualquier ley potencialmente aplicable. Dadas estas dificultades, el Abogado General presenta la misma recomendación que el TJUE: que, por cortesía internacional, los tribunales limiten los efectos extraterritoriales de sus requerimientos en materia de lesión de la intimidad y de los derechos de la personalidad, ordenando el bloqueo geográfico de manera proporcional en lugar de su total eliminación⁵¹.

IV. ¿Hacia una solución más rápida y eficiente? La propuesta del “Tribunal Supremo” de Facebook

40. La labor de los tribunales a la hora de garantizar el equilibrio entre la libertad de expresión y los derechos al honor y a la intimidad en el ámbito de las redes sociales, como hemos podido comprobar, dista de ser fácil. Al propio ejercicio de ponderación, guiado por una multiplicidad de intereses contrapuestos conforme a los conceptos jurídicos del ordenamiento interno y con los límites impuestos por los instrumentos internacionales de derechos humanos que obliguen a ese Estado, se suma el deber de respeto de las normas de la Unión Europea que garantizan el comercio electrónico y que, en este caso, limitan las obligaciones de supervisión de los prestadores de servicios de alojamiento de datos, lo cual a su vez les permite disfrutar de una amplia inmunidad en cuanto a los contenidos alojados en sus plataformas. Los requerimientos judiciales que imponen la retirada de datos, por tanto, deben estar muy medidos para no ocasionar lesiones desproporcionales para los intereses del prestador de servicios y de sus usuarios afectados, definiendo claramente los contenidos declarados ilícitos, los “contenidos idénticos” y los elementos que determinan los “contenidos similares”. Este requerimiento, además, planteará serias dudas acerca de sus efectos extraterritoriales más allá de la jurisdicción donde la víctima tenga su centro de intereses, y que pueden resultar necesarios dada la rápida multiplicación de los contenidos ilícitos en una red social global.

41. Frente a estos obstáculos, parte de la doctrina duda de la efectividad de los requerimientos judiciales en la era de Internet a la hora de ordenar el bloqueo y retirada de datos⁵². En un escenario como

tencia de los tribunales de los Estados miembros en materia de litigios por daños ocasionados en Internet véanse, entre otros, J. KRAMBERGER ŠKERL, “Jurisdiction in On-line Defamation and Violations of Privacy: In Search of a Right Balance”, *Lexonomica*, Vol. 9, Núm. 2, pp. 87-108; MICHAEL BOGDAN, “Defamation on the Internet, Forum Delicti and the E-Commerce Directive: Some Comments on the ECJ Judgment in the eDate Case”, *Yearbook of Private International Law*, Vol. 13, 2011, p.483-491; I. LORENTE MARTÍNEZ, “Lugar del hecho dañoso y obligaciones extracontractuales. La sentencia del TJUE de 25 octubre 2011 y el coste de la litigación internacional en Internet”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 4, Núm. 1, 2012, pp. 277-301; M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, “Competencia judicial internacional en supuestos de responsabilidad extracontractual en internet: nuevos criterios interpretativos en la determinación del lugar de producción del daño. A propósito de la STJUE *Concurrence vs. Samsung y Amazon*, de 21 de diciembre de 2016”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, Núm. 1, 2018, pp. 657-661.

⁵¹ Conclusiones del Abogado General Szpunar, cit. supra., párs. 95 a 100.

⁵² Véanse al respecto, entre otros, T. MANU y F. ROMERO MORENO, “Is social media challenging the authority of the judiciary? Rethinking the effectiveness of anonymised and super injunctions in the Age of the Internet”, *Journal of Legal Studies*, Vol. 18, Núm. 32, 2016, pp. 39-87; A. MARSOOF, “The Blocking Injunction – A Critical Review of Its Implementation in the United

este, en el que por su propia naturaleza y complejidad el procedimiento judicial supondrá varios años entre demandas a nivel nacional, recursos e incluso el planteamiento de cuestiones prejudiciales ante un tribunal supranacional, cabe preguntarse si no sería más rápido y efectivo acudir a un mecanismo alternativo de resolución de disputas. Ya hemos visto cómo en las plataformas de compraventa estos mecanismos existen desde hace años. No obstante, estos mecanismos no se han aplicado en materia de libertad de expresión y derechos de la personalidad, y, además, están bajo el exclusivo control del prestador de servicios. En el caso de las redes sociales, y siendo consciente de esta realidad, Facebook tomó recientemente la decisión de instaurar lo que inicialmente se conoció como “Tribunal Supremo de Facebook” y, ahora ya de manera menos rimbombante, se denomina “Junta de Supervisión” (*Global Oversight Board* en inglés).

42. Con más de dos mil millones de usuarios registrados en todo el mundo, el control del uso de Facebook por parte de sus usuarios no es tarea fácil, y en los últimos años esta plataforma ha sido utilizada para actividades que han dañado gravemente su imagen, desde el uso de las *fake news* en las elecciones estadounidenses de 2016 y en el referéndum sobre el Brexit hasta la emisión directa de tiros en Nueva Zelanda o la multiplicación de propaganda en el genocidio de los rohinyás. Consciente de la necesidad de mejorar el control de estos contenidos, el constitucionalista Noah Feldman propuso en enero de 2018 la creación de un comité independiente que colaborase en dicha tarea, en una suerte de “Tribunal Supremo” de Facebook⁵³.

43. La anterior idea fue acogida con entusiasmo por Mark Zuckerberg, quien planteó su entrada en funcionamiento para el año 2020 con una inversión inicial de 130 millones de dólares⁵⁴. A la fecha de escribir estas líneas, el documento más completo al respecto es el borrador de una Carta de la Junta de Supervisión (*Oversight Board Charter* en inglés)⁵⁵, y cuyo contenido pasaremos a analizar en los siguientes apartados, prestando especial atención a aquellas disposiciones que están relacionadas con casos relativos a la privacidad y la libertad de expresión como los de nuestro caso de estudio. Además, completaremos dichos contenidos con el informe encargado por Facebook a la consultora BSR, cuyas recomendaciones son ciertamente ilustrativas para vislumbrar la futura evolución de esta Junta de Supervisión⁵⁶.

A) Objetivos y composición

44. La estructura de la Carta de la Junta de Supervisión de Facebook recuerda al estatuto de cualquier órgano jurisdiccional internacional o nacional. Junto a una introducción o preámbulo en el que se marcan sus objetivos, se desarrollan una serie de artículos referidos a su composición, poderes de revisión, procedimientos de actuación, implementación de sus decisiones, gobernanza, sus relaciones con sus miembros y con los ordenamientos jurídicos que puedan ser aplicables.

45. En su preámbulo, la Carta deja claro cuál es el objetivo de la creación de la Junta de Supervisión: un órgano que tome decisiones independientes con respecto al balance entre la libertad de expresión y los derechos a la veracidad, la seguridad, la privacidad y la dignidad en los contenidos no

Kingdom Within the Legal Framework of the European Union”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 46, 2015, pp. 632-664.

⁵³ Harvard Law Today, “Harvard Law professor plays instrumental role in creation of Facebook’s content oversight board”, 2018. Disponible en: <https://today.law.harvard.edu/harvard-law-professor-plays-instrumental-role-in-creation-of-facebooks-content-oversight-board/>

⁵⁴ S. GHAFARY, “Here’s how Facebook plans to make final decisions about controversial content it’s taken down”, *Vox*, 2018. Disponible en: <https://www.vox.com/2020/1/28/21112253/facebook-content-moderation-system-supreme-court-oversight-board>

⁵⁵ Facebook, “Oversight Board Charter”, 2019. Disponible en: https://fbnewsroomus.files.wordpress.com/2019/09/oversight_board_charter.pdf

⁵⁶ BSR, “Human Rights Review: Facebook Oversight Board”, 2019. Disponible en: https://www.bsr.org/reports/BSR_Facebook_Oversight_Board.pdf

sólo de Facebook, sino también de Instagram. En este preámbulo, Facebook declara que los prestadores de servicios de Internet tienen el deber de establecer estándares sobre qué puede o no compartirse en sus plataformas, basados en una serie de valores, teniendo las compañías la “la responsabilidad de articular” que sean supervisados por un agente externo con la capacidad de tomar decisiones independientes.

46. Pese al contenido de este preámbulo, creemos que debemos realizar aquí una serie de puntuaciones para evitar confusiones. Hemos visto en nuestro caso de estudio que en la UE los prestadores de servicios de alojamiento de datos disfrutaban de inmunidad con respecto a los contenidos que alojan en tanto en cuanto no realicen supervisiones generales (a lo cual no se les puede obligar mediante requerimientos judiciales) y sean neutros al respecto, con el doble objetivo de evitar una censura en internet por parte de operadores privados y de no imponer obligaciones desproporcionales a la libertad de empresa. ¿Quiere decir entonces Facebook en su preámbulo que va a realizar una supervisión general y renunciar a su inmunidad? No lo creemos que sea esta la intención. Como veremos, la labor de este órgano no es realizar un control activo de la totalidad de contenidos, sino decidir sobre aquellos que le sean referidos, normalmente por un conflicto entre usuarios o bien entre éstos y el propio Facebook, y colaborar en la mejora de las políticas sobre las cuales se adoptarán las decisiones de mantenimiento o retirada de datos.

47. El artículo 1, dividido en ocho secciones, regula los aspectos relativos a los miembros de la Junta de Supervisión. Estará compuesta por un mínimo de once miembros, sin límite máximo, si bien se calcula en torno a los cuarenta componentes. Para ser elegido por un periodo de tres años renovable en tres ocasiones, los miembros deben tener una demostrada experiencia en temas de contenidos digitales y gobernanza, libertad de expresión, discurso cívico, seguridad, privacidad y nuevas tecnologías⁵⁷. Una vez recibido el caso por el procedimiento establecido, tendrán poderes para solicitar información a Facebook, interpretar sus políticas de contenidos, ordenar motivadamente su retirada o mantenimiento, revocar o mantener decisiones ya tomadas por los moderadores de Facebook⁵⁸.

C) Competencia, procedimiento y fuentes

48. Según se recoge la sección 1 del artículo 2 de la Carta, la Junta de Supervisión tendrá lo que podríamos denominar como “competencia” para conocer de “recursos de revisión” contra las decisiones de Facebook, bien por el usuario cuyos datos han sido retirados, la persona (no necesariamente un usuario) que solicitó su retirada, o bien por la propia compañía cuando tenga dudas sobre la decisión a tomar. Como recordaremos de nuestro caso de estudio, esta definición del “*locus standi*”, por asemejarlo a los términos habituales en esta materia, será muy amplio, ya que por “usuario cuyos datos han sido retirados” podemos entender no sólo al usuario creador del contenido original, sino también aquellos cuyos contenidos idénticos han sido retirados, así como los usuarios que han elaborado datos similares. Se mantiene así inalterado el procedimiento normal de puesta en conocimiento de Facebook de los contenidos presuntamente ilícitos, sin que en principio se realice una supervisión general de contenidos “de oficio” ni se renuncie a la inmunidad que como hemos estudiado ofrece la Directiva 2000/31 a los prestadores de servicios de alojamiento de datos caracterizados por su “neutralidad”. Se prevé, además, que este órgano no acepte la revisión de casos que pueda resultar en responsabilidades penales o administrativas, si bien este límite es difícil de determinar en este momento (los asuntos relativos al derecho al honor suelen tener repercusiones tanto civiles como penales), y habrá que esperar a su puesta en funcionamiento⁵⁹.

⁵⁷ Así, por ejemplo, para la dirección de este órgano se ha elegido a Thomas Hughes, presidente de la conocida ONG británica “Article 19” para la libertad de información y expresión. Véase J. J. Castillo, “Qué podemos esperar del grupo de supervisión de Facebook”, *Digital Trends*, 2020. Disponible en: <https://es.digitaltrends.com/noticias/junta-supervision-facebook/>

⁵⁸ Sobre los distintos métodos de moderación de contenidos en Internet véase J. GRIMMELMANN, “The Virtues of Moderation”, *Yale Journal of Law and Technology*, Vol. 17, 2015, pp. 42-109.

⁵⁹ Para un estudio comparado de las normas sobre difamación y libertad de expresión en el territorio de los Estados de la OSCE véase S. GRIFFEN y B. TRIONFI, “Defamation and Insult Laws in the OSCE Region:

A Comparative Study”, OSCE Media, 2017. Disponible en: <https://www.osce.org/fom/303181?download=true>

49. La Junta de Supervisión, como hemos indicado, será competente para conocer de cualquier caso presentado con relación a contenidos de Facebook e Instagram, independientemente de la localización geográfica de la presunta víctima, del creador de contenido y de otros usuarios afectados. Al contrario que con los tribunales estatales, como tuvimos la oportunidad de analizar en el apartado anterior, no es necesario analizar cuáles son los límites territoriales de cada tribunal, cuál es el foro más adecuado para conocer del caso ni entrar a valorar cuál es el “centro de intereses” del dañado para que un solo tribunal pueda conocer de la totalidad del asunto. No obstante, todo lo anterior no quiere decir que vaya a aceptar todos los casos, ya que tiene discreción para elegir aquellos que tienen un “mayor potencial para guiar casos futuros”. Dada esta imprecisión, las recomendaciones de BSR indican que la priorización en la selección de casos debería realizarse conforme a los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, incluyendo la extensión del daño (número de afectados), la escala del daño (su gravedad) y las posibilidades de obtener un remedio⁶⁰. El acceso a este órgano no es por tanto absoluto y, por su amplia discrecionalidad tal y como está redactada la Carta, recuerda a tribunales supremos que cuentan con un amplio margen de maniobra en la selección de casos, tal y como podemos observar en el Tribunal Supremo estadounidense⁶¹.

50. Las características concretas del procedimiento no han sido desarrolladas en la Carta y se encuentran a la espera de un documento posterior, si bien se contienen en ella una serie de elementos básicos. Las personas interesadas, bien por ser los creadores del contenido o por considerarse víctimas de una vulneración de derechos fundamentales, pueden presentar sus observaciones al panel designado de la Junta de Supervisión (lo que podríamos equiparar con una sala en la división judicial interna), el cual podrá solicitar información adicional a Facebook, expertos independientes, e incluso incluir en el proceso a terceros que puedan estar interesados en el resultado de la decisión (lo que, en nuestro caso de estudio, serían los usuarios con datos idénticos o similares a los que se pretende bloquear o eliminar)⁶². Se contienen además tres procedimientos especiales: la revisión de la decisión del panel cuando la mayoría de la Junta de Supervisión así lo decida; un procedimiento de urgencia para casos que tengan resultados en la vida real particularmente graves; y un procedimiento a instancia de Facebook para obtener recomendaciones sobre sus propias políticas (algo que podría asimilarse a una cuestión prejudicial no vinculante o a una opinión consultiva)⁶³. No se indica ningún plazo concreto de resolución, y la única orientación la proporciona Brent Harris, Director de Gobernanza y Asuntos Globales de Facebook, que estima un plazo máximo de noventa días para la su adopción por la Junta y su aplicación por Facebook⁶⁴.

51. En todo caso, la decisión del panel será adoptada preferiblemente por consenso y, en su defecto, por mayoría. Los miembros que componen este panel concreto serán guardados en el anonimato, si bien los nombres de la Junta de Supervisión en su totalidad sí serán públicos, con el escueto objetivo según la carta de garantizar su seguridad e independencia⁶⁵. Lógicamente, si nos encontrásemos ante un tribunal estatal, este anonimato haría saltar las alarmas de cualquier jurista en cuanto al derecho a un juez imparcial, entre otras razones porque las partes no podría conocer analizar si existe o no un conflicto de intereses, limitándose la Carta únicamente a establecer que en tales casos el miembro del panel debe recusarse *motu proprio*⁶⁶.

52. Las razones de este anonimato tienen un mayor desarrollo en las recomendaciones en el informe de BSR. En su recomendación octava sobre la seguridad e integridad de los miembros de la Junta

⁶⁰ Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, “Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos”, 2011. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf

⁶¹ Véase al respecto, entre otros, M. M. CORDRAY y R. CORDRAY, “The Philosophy of Certiorari: Jurisprudential Considerations in Supreme Court Case Selection”, *Washington University Law Review*, Vol. 82, Núm. 2, 2004, pp. 389-452.

⁶² Facebook, “Oversight Board Charter”, cit. supra., artículo 3, sección 3.

⁶³ Ibid., artículo 3, sección 7.

⁶⁴ B. Harris, “Preparing the Way Forward for Facebook’s Oversight Board”, *Facebook News*, 2020. Disponible en: <https://about.fb.com/news/2020/01/facebooks-oversight-board/>

⁶⁵ Facebook, “Oversight Board Charter”, cit. supra., artículo 3, sección 2.

⁶⁶ Idem.

de Supervisión se identifican dos grandes amenazas. La primera de ellas es la injerencia de los gobiernos en las decisiones de los paneles y en la elección de sus miembros a través de medios intimidatorios, así como que utilicen este cauce para sortear sus procedimientos internos para conseguir una retirada de datos más rápida. La segunda es que se puedan producir riesgos a la seguridad personal de los miembros del panel y de sus familias, incluyendo posibles represalias jurídicas conforme a las normas internas que criminalicen determinados actos de libertad de expresión⁶⁷. El alcance de estos riesgos es aún difícil de medir, ya que no existen mecanismos de resolución de disputas de una magnitud e influencia comparable al que aquí se presenta. Lo que sí consideramos difícilmente justificable es la preocupación de que los gobiernos empleen esta vía para sortear sus procedimientos internos. En aquellos Estados de Derecho en los que el gobierno está sujeto a la ley, y en especial al respeto del derecho a la tutela judicial efectiva de sus ciudadanos, la existencia de la Junta de Supervisión no supone un sustituto de los procedimientos judiciales. Y, en aquellos Estados en los que no se respeten dichos derechos, la precaria situación de los derechos fundamentales y la debilidad de sus instituciones sería un punto para analizar y resolver en términos absolutos, y difícilmente las decisiones de esta Junta de Supervisión van a constituir una mejora o empeoramiento de un sistema judicial intrínsecamente débil.

53. Una vez determinada la competencia prácticamente ilimitada de la Junta de Supervisión para conocer los casos presentados y los detalles básicos de su funcionamiento, cabe preguntarse cuál es será “ley aplicable” al fondo del asunto, es decir, los parámetros para medir el equilibrio entre la libertad de expresión y el derecho individual afectado en los contenidos cuyo bloqueo o retirada se solicita. Uno de los aspectos más importantes a tener en cuenta es que este órgano no tiene la tarea de interpretar y aplicar el derecho interno de ningún Estado ya que, en caso de hacerlo, nos encontraríamos de nuevo con la dificultad de justificar el resultado de la decisión en otros Estados en los que la regulación de la libertad de expresión sea completamente distinta⁶⁸.

54. La Junta de Supervisión tomará sus decisiones no conforme a ninguna ley nacional, sino de acuerdo con la política de contenidos y los valores de Facebook, muy cerca de lo que ya señalamos como una *lex electronica*⁶⁹. Todo ello puede encontrarse en el apartado de normas comunitarias (*community standards*) en la página web de Facebook, periódicamente actualizadas, y que incluyen normas sobre: violencia y comportamiento delictivo (a); seguridad (b); contenido inaceptable (c); integridad y autenticidad (d); y respeto de la propiedad intelectual (e)⁷⁰. No se trata de normas jurídicas, sino de una serie de reglas y valores sociales de una comunidad que se ha ido desarrollando a lo largo de los años y que son aplicadas en su día a día por Facebook en su control de contenidos⁷¹. Estos estándares, cada vez más extensos y completos, constituyen un claro ejemplo de esa “privatización del Derecho”, en la que son los actores privados los que se encargan de autorregular un conjunto de normas autónomas al margen del Estado⁷².

55. En cuanto a su aplicación encontramos, en primer lugar, un control automático previo de contenido realizado a través de distintos algoritmos entre el proceso de subida de datos y el de su publicación que, si bien no constituye a nuestro juicio como una supervisión general activa que haga perder la inmunidad del prestador del servicio de alojamiento de servicios, puede hacer surgir válidamente dudas sobre la existencia de una censura⁷³. En segundo lugar, una vez publicado el contenido, puede pasar un

⁶⁷ BSR, “Human Rights Review: Facebook Oversight Board”, cit. supra., pp. 45-47.

⁶⁸ Facebook, “Oversight Board Charter”, cit. supra., artículo 7.

⁶⁹ P. TRUDEL, “La lex electrónica”, cit. supra., p. 221.

⁷⁰ Facebook, “Normas comunitarias”. Disponible en: <https://www.facebook.com/communitystandards/>

⁷¹ Para explicaciones detalladas sobre la evolución de mecanismos en el control del discurso del odio en la red véase la conferencia organizada al respecto por el Centro de Derecho de la Universidad de Houston, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=aqqvYPyr6cI>

⁷² L. PECH, “Droit & governance: vers une ‘privatisation’ du droit”, *Document de travail de la Chaire MCD*, 2004, p. 18. Disponible en: <http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/document-2004-02-pech-2.pdf>

⁷³ Véase, entre otros, J.M. Balkin, “Old-School/New-School Speech Regulation”, *Harvard Law Review*, Vol. 127, 2014, pp. 2296-2342; M. Heins, “The Brave New World of Social Media Censorship”, *Harvard Law Review*, Vol. 217, 2014, pp. 325-330.

control *ex post* por parte de un moderador en los casos en los que los usuarios alerten de que el contenido no es conforme a la política de Facebook o son ilícitos, tal y como vimos en nuestro caso de estudio. La Junta de Supervisión podría entonces revisar, conforme a estas políticas, las decisiones de mantenimiento o retirada de datos adoptadas a través de estos dos mecanismos⁷⁴.

56. Antes de finalizar este apartado, es interesante destacar las recomendaciones de BSR con respecto a la “ley aplicable”. Considera que la toma de decisiones de la Junta de Supervisión debe realizarse teniendo en cuenta no sólo las políticas de Facebook, sino también las normas internacionales de protección de derechos humanos. De este modo, Facebook debería incorporar, al menos, el compromiso con los siguientes instrumentos en la Carta: la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; y la Convención de los Derechos del Niño⁷⁵. El respeto estatal de estos instrumentos viene siendo supervisado por una multiplicidad de órganos que, si bien tienen un carácter político y no judicial, pueden presentar observaciones y proponer medidas cautelares que traen consigo una obligación de resultado (el del respeto de los derechos protegidos por el tratado en un caso concreto), si bien los medios para cumplirlo dependerán del ordenamiento doméstico⁷⁶. La Junta de Supervisión, en caso de aceptarse las recomendaciones de BSR, aunaría la capacidad para aplicar todos estos instrumentos en un único órgano, no jurisdiccional, independiente de los Estados, de alcance universal y con acceso directo de los particulares, lo cual constituiría un avance sin precedentes tanto desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales como de los mecanismos alternativos de resolución de controversias, si bien todo ello limitado a los contenidos presentes en esta red social.

D) Efectos de las decisiones

57. No quisiéramos finalizar el análisis de la naciente Junta de Supervisión de Facebook sin dedicar unas líneas al efecto de sus decisiones. Como pudimos comprobar en nuestro caso de estudio, uno de los principales problemas de los tribunales nacionales a la hora de adoptar un requerimiento judicial es determinar el alcance extraterritorial de sus efectos, así como si el contenido de la obligación se limitaba al bloqueo de datos o se extendía a su completa eliminación. En cuanto a los límites territoriales, ya hemos visto que la Carta extiende la competencia de la Junta de Supervisión a Facebook e Instagram en su totalidad, y nada parece indicar que los efectos de sus decisiones se limiten a los contenidos accesibles en un determinado Estado.

58. Hay que tener en cuenta que la decisión tiene efectos más allá del caso concreto decidido. En primer lugar, la Carta pone en valor el “precedente” de las decisiones adoptadas por la Junta de

⁷⁴ Para un estudio pormenorizado del sistema interno de moderación de Facebook véase K. KLONICK, “The new governors: the people, rules and processes governing online speech”, *Harvard Law Review*, Vol. 131, 2018, pp. 1598-1670.

⁷⁵ BSR, “Human Rights Review: Facebook Oversight Board”, cit. supra., pp. 36-37. Una propuesta en la misma línea, centrada en Twitter, se presenta en E.M. ASWAD, “The Future of Freedom of Expression Online”, *Duke Law & Technology Review*, Vol. 17, Núm. 1, 2018, pp. 26-70.

⁷⁶ Sobre la naturaleza de las decisiones de estos órganos véanse, entre otros, J. CARDONA LLORENS, “The Legal Value of the Views and Interim Measures Adopted by United Nations Treaty Bodies”, *Spanish Yearbook of International Law*, Vol. 23, 2019, pp. 146-165; C. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, “Human Rights Committees: their nature and legal relevance in Spain”, *Spanish Yearbook of International Law*, Vol. 23, 2019, pp. 104-128; C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, “Sobre la problemática determinación de los efectos jurídicos internos de los «dictámenes» adoptados por Comités de derechos humanos: Algunas reflexiones a la luz de la sts 1263/2018, de 17 de julio”, *Revista española de derecho internacional*, Vol. 71, Núm. 1, 2019, pp. 241-250; C. VILLÁN DURÁN, “El valor jurídico de las decisiones de los órganos establecidos en tratados de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos”, en C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE (coord.), *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional*, Madrid, Dykinson, 2020, pp. 99-124.

Supervisión: “any prior board decisions will have precedential value and should be viewed as highly persuasive when the facts, applicable policies, or other factors are substantially similar”⁷⁷. En segundo lugar, establece que “where Facebook identifies that identical content with parallel context — which the board has already decided upon — remains on Facebook, it will take action by analyzing whether it is technically and operationally feasible to apply the board’s decision to that content as well”⁷⁸. De este modo, una decisión de la Junta de Supervisión no sólo es vinculante en el caso concreto, sino también para la propia Junta en casos con hechos “sustancialmente similares”, e incluso puede ser utilizada por Facebook para retirar o mantener contenidos “en contextos paralelos”.

59. Con esta redacción, no podemos evitar recordar la jurisprudencia del TJUE en cuanto a la obligación de retirar “contenidos similares” al declarado ilícito, siempre y cuando ello no obligue al prestador de servicios a realizar una apreciación autónoma. El prestador no puede ser obligado a ello, pero esto no impide que pueda realizar dichas apreciaciones voluntariamente. El peso que se otorga al precedente sobre contenidos similares, así como la decisión de Facebook de extender la decisión a contextos similares, puede derivar en una apreciación autónoma, y habrá que esperar a pronunciamientos futuros del TJUE para determinar si esta nueva línea puede implicar la pérdida de la inmunidad que otorga la Directiva 2000/31.

60. Centrándonos en la obligación resultante, ¿qué tipo de decisiones puede adoptar este órgano? La sección 5 del artículo 2 de la Carta contiene dos clases principales que deben ser seguidas por Facebook: de mantenimiento de los contenidos presentados para su revisión (i), o de su eliminación (ii). También podrá mantener o revocar decisiones tomadas por los moderadores que ya han producido un resultado, tales como la inclusión en los contenidos de avisos relativos a su naturaleza violenta. No encontramos aquí ninguna novedad con respecto a la realidad actual, más allá de que la decisión es tomada por esta Junta de Supervisión de la misma forma que puede ser tomada por una autoridad judicial.

61. La novedad se encuentra en las recomendaciones de BSR en lo que a las decisiones o “remedios” (*remedies*) se refiere. Inspirándose en los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, propone que las decisiones Junta de Supervisión puedan tener cinco tipos de efectos⁷⁹. El primero de ellos consiste en otorgar una satisfacción por el daño causado, extendiéndose una disculpa junto a la motivación de la decisión y, en su caso, imponiendo sanciones al personal de Facebook que haya aplicado erróneamente de forma premeditada las políticas de contenidos de esta red social. El segundo es el “efecto restitutivo” que, según el resultado, consistirá en la restauración del derecho al honor vulnerado mediante la eliminación del contenido controvertido, o la restauración del derecho a la libertad de expresión si había sido eliminado. En tercer lugar, debería tener el efecto de una “garantía de no repetición”, de manera que los moderadores deben tener conocimiento y formación para respetar las decisiones de la Junta y, en caso necesario, modificar las propias políticas de Facebook. En cuarto lugar, se contempla que las decisiones puedan tener un efecto rehabilitador obligando a Facebook a reparar el daño físico o psicológico causado y, en caso de daños colectivos, mediante la promoción de fondos de víctimas y organizaciones dedicadas a ello. En quinto y último lugar, en los casos en que considere que Facebook ha contribuido al daño causado, se contempla la posibilidad de otorgar compensaciones económicas a las víctimas.

62. Naturalmente, el propósito inicial de Facebook en la Carta no llega tan lejos, limitándose las decisiones de la Junta a tener un efecto restitutivo y, en ocasiones, de garantía de no repetición del daño. En caso de producirse estas modificaciones en un futuro, y uniéndolas a la propuesta de introducir las normas internacionales de derechos humanos como “ley aplicable” en este mecanismo de resolución de conflictos, nos encontraríamos ante lo que podría calificarse de un tribunal universal de naturaleza privada en materia de protección de los derechos fundamentales competente para conocer de todos aquellos

⁷⁷ Facebook, “Oversight Board Charter”, cit. supra., artículo 2, sección 2.

⁷⁸ Ibid., artículo 4.

⁷⁹ BSR, “Human Rights Review: Facebook Oversight Board”, cit. supra., pp. 56-57.

daños sufridos por los particulares, si bien limitado al mundo de esta red social. En un contexto como el actual, en el que no existen tribunales internacionales de origen estatal con estas características, más allá de los regionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que el primer paso en este sentido pueda surgir de la iniciativa privada debería ser objeto de reflexión profunda para los propios Estados, que han relegado al olvido las propuestas para un Tribunal Internacional de Derechos Humanos hechas tanto después de la Segunda Guerra Mundial como con la adopción del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁸⁰.

V. Reflexiones finales

63. En la producción cinematográfica “La Red Social”, el personaje de ficción Erica Albright hace notar a Mark Zuckerberg que “en Internet no se escribe a lápiz, se escribe con tinta”. Tras referirse a esta cita en el asunto *Facebook Ireland*, el Abogado General Szpunar señala que para eliminar los contenidos publicados en línea por los usuarios de una red social que suponen una vulneración de los derechos de la personalidad en Internet es necesario un “borratintas metafórico”⁸¹. Este es un instrumento que se encuentra en las manos del prestador de servicio de alojamiento de datos y que, una vez requerido por la persona cuyos derechos han sido presuntamente vulnerados, puede decidir, a través de su equipo de moderadores, si utilizarlo o no. En caso de que la decisión no satisfaga al interesado, y como hemos visto en nuestro caso de estudio, puede hacer uso de su derecho a la tutela judicial efectiva e iniciar un procedimiento ante los tribunales nacionales, del cual resultar un requerimiento judicial que obligue al prestador de servicios a hacer uso del borrador y elimine los contenidos en cuestión.

64. La labor del tribunal nacional en esta materia dista de ser fácil. El equilibrio entre los derechos al honor y a la intimidad de la presunta víctima, de un lado, y de la libertad de empresa del prestador de servicios y de libertad de expresión del usuario que ha publicado el contenido, de otro, es sólo una de las muchas incógnitas. En primer lugar, debe tener presente que la Directiva 2000/31 impone a los Estados miembros una amplia “obligación de no obligar” a los prestadores de servicios de alojamiento de datos a supervisar sus datos. La obligación de una supervisión general se encuentra terminantemente prohibida, y la supervisión específica previa solicitud debe estar muy definida para evitar que el prestador de alojamiento de datos pierda su neutralidad y, con ello, la inmunidad de la que goza con respecto a los contenidos que se alojan en sus servidores. En segundo lugar, debe determinar si la obligación específica de supervisar y retirar el contenido ilícito se extiende no sólo a los “datos idénticos” compartidos literalmente por usuarios distintos a su creador, sino también a “contenidos similares” que han sido elaborados por otros usuarios, y las consecuencias que esto último tiene en la participación de terceros interesados en el procedimiento judicial. En tercer lugar, deberá determinar si es competente para todos los daños causados siendo el “centro de interés” del demandante, o si se limita a conocer de los daños causados en su Estado. En cuarto lugar, deberá considerar si el requerimiento judicial implica la retirada de estos datos con un efecto universal, dada la ausencia de fronteras de esta red social, o si se limita al acceso en su Estado. Y, aun superando todos estos pasos, es posible que la ley aplicada al fondo del asunto resulte en un resultado contrario en lo que al equilibrio de derechos se refiere en los ordenamientos jurídicos de terceros Estados en los que pretende aplicarse, con la variedad de problemas que ello conlleva.

65. En un escenario como el anterior, en el que a los problemas jurídicos se suma la dilatación de un proceso no sólo a nivel nacional, sino también con una cuestión prejudicial ante el TJUE, cabe

⁸⁰ Sobre estas propuestas véanse I. DE LA RASILLA, “The World Court of Human Rights: Rise, Fall and Revival?”, *Human Rights Law Review*, Vol. 19, Núm. 3, 2019, pp. 585-603; J. KOZMA, M. NOWAK y M. SCHEININ, *A World Court of Human Rights: Consolidated statute and commentary*, Viena, Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2010; M. Nowak, “A World Court of Human Rights”, en G. OBERLEITNER (ed.), *International Human Rights Institutions, Tribunals, and Courts*, Singapur, Springer, 2018, pp. 271-290.

⁸¹ Conclusiones del Abogado General Szpunar, cit. supra., pár. 2.

preguntarse si no es aconsejable el uso de fórmulas alternativas para la resolución de estos conflictos. Tal y como hemos estudiado, el objetivo de los medios alternativos de resolución de conflictos es precisamente el de alcanzar soluciones de la manera más rápida y eficaz, sin que ello limite, por supuesto, el derecho de cualquiera de las partes de acudir a instancias judiciales en caso de no alcanzar un resultado extrajudicial que se considere satisfactorio. El uso de estos medios se ha multiplicado en los últimos años, y su evolución hacia los medios de resolución de conflictos en línea ha facilitado aun más su uso por los particulares.

66. La Junta de Supervisión de Facebook, más conocida como “Tribunal Supremo de Facebook”, es el nuevo servicio ofrecido por esta empresa a los particulares con el que se habilita la posibilidad de acudir a una “justicia privada”, manteniéndose siempre abierta la posibilidad de acudir a la “justicia pública”. Tras un análisis del borrador de su instrumento fundacional y de las recomendaciones de la consultora BSR, podemos concluir que nos encontramos ante un avanzadísimo medio de resolución de conflictos en línea que ofrece unas ventajas muy importantes cualquier persona afectada por los contenidos presentes en esta red social, sea usuaria o no.

67. Desde un punto de vista práctico, frente a las dilaciones de un procedimiento judicial tradicional, ofrece una solución en un plazo no superior a los tres meses. Desde un punto de vista jurídico, esta vía permite evitar gran parte de las incógnitas a las que se enfrenta un juez nacional. Su competencia se extiende a la totalidad de los contenidos de Facebook, sin límites territoriales ni para conocer del caso ni para la obligación de retirada. No existe una ley aplicable nacional al fondo de asunto a la hora de equilibrar derechos, con los problemas que ello trae consigo a la hora del reconocimiento, sino unas normas o políticas de conducta muy desarrolladas que conforman lo que podríamos denominar una *lex electronica*. Incluso, según recomendaciones, podría incluir las normas internacionales de derechos humanos, lo que supondría convertirlo en el primer tribunal de alcance universal de derechos humanos, si bien limitado al universo de Facebook. Por último, en cuanto al contenido de sus decisiones, pueden obligar a Facebook a mantener o retirar sus contenidos y, de adoptarse las recomendaciones de BSR, incluso de obligar a Facebook a compensar económicamente a las víctimas.

68. La peculiar naturaleza del mundo virtual, en el que el papel de los Estados se encuentra apreciablemente difuminado, lo convierte en un campo idóneo para el desarrollo de mecanismos alternativos de resolución de conflictos. La propuesta del “Tribunal Supremo” de Facebook articula un sistema alternativo (que no sustitutivo) a la “justicia pública” con importantes ventajas para el ciudadano, si bien con una serie de complejidades a tener en cuenta. No resulta descabellado pensar que, según estos medios vayan siendo cada vez más numerosos y complejos, se multiplique la figura del “jurista del mercado” junto al “jurista del Estado”⁸², en un mercado que demandará cada vez más abogados especializados en estos medios privados y en su *lex electronica*, con un desarrollo de la “reconceptualización del ejercicio de la abogacía” que ya se ha iniciado en los países de derecho anglosajón en relación con los medios alternativos de resolución de conflictos⁸³.

⁸² P. LAURENT, “Droit & gouvernance”, cit. supra., p. 13.

⁸³ J.C. BETANCOURT, “Reexaminando la noción de resolución alternativa de disputas (ADR) en el contexto del derecho de acceso a la justicia «no jurisdiccional»”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, Núm. 2, 2018, pp. 211-248, p. 243.

LA EFICACIA TRANSFRONTERIZA DE LOS ACUERDOS DE MEDIACIÓN Y LA CONVENCIÓN DE SINGAPUR: ¿GRANDES ESPERANZAS?*

THE CROSS-BORDER EFFECTIVENESS OF MEDIATED SETTLEMENTS AND THE SINGAPORE CONVENTION: GREAT EXPECTATIONS?

BÁRBARA SÁNCHEZ LÓPEZ**

*Profesora Contratada Doctora interina
Universidad Complutense*

ORCID ID: 0000-0002-8530-1907

Recibido: 23.06.2020 / Aceptado: 01.07.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5677>

Resumen: En el presente trabajo se exponen, desde la perspectiva procesal europea y española, los problemas que plantea el régimen armonizado de reconocimiento y ejecución de acuerdos obtenidos en mediación que propone la Convención de Singapur de 2019. La atribución automática de eficacia ejecutiva que esta Convención anuda al mero documento privado del acuerdo obtenido con la asistencia de un mediador con tal que conste por escrito, firmado por las partes, con el fin de resolver una controversia comercial internacional, pone en jaque el sistema de garantías con el que muchos Estados de la familia de *civil law*, tras un largo proceso histórico, hemos revestido el acceso a la actividad ejecutiva estatal.

Palabras clave: Mediación internacional. Reconocimiento y ejecución. Resolución de controversias. Convención de Singapur de Mediación. Títulos ejecutivos.

Abstract: This paper presents, with European and Spanish procedural perspectives, the problems posed by the harmonized framework for recognition and enforcement of settlement agreements proposed by the 2019 Singapore Convention. The automatic enforceability attached to the mere private document of mediated settlement that it is in writing, signed by the parties, resolving an international commercial dispute, calls into question the system of guarantees that after a long historical process has been established in many countries in the family of civil law to allow access to State enforcement proceedings.

Keywords: International mediated settlements. Mediation. Recognition and Enforcement. Commercial dispute resolution. Singapore Convention on Mediation, Enforceable instruments.

Sumario: I. El debut de la Convención de Singapur de Mediación.— 1. La entrada en vigor de la Convención de Singapur y el impasse europeo.— 2. El indispensable impulso de un marco uniforme de ejecución de acuerdos de mediación transnacionales.— II. ¿Dónde estamos en materia

* Este trabajo fue preparado para ser defendido en el Seminario «Hacia un proceso civil convergente con Europa: balance de situación», dirigido por los Profs. Fernando Gascón Inchausti y Pilar Peiteado Mariscal, que debería haberse celebrado en la Facultad de Derecho de la UCM el 25 de junio de 2020 y que tuvo que ser suspendido como consecuencia del estado de alarma declarado en España en virtud del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, con ocasión de la situación de emergencia sanitaria provocada por el coronavirus SARS-COV-2. Es uno de los resultados del proyecto de investigación “Hacia un proceso civil convergente con Europa. Hitos presentes y retos futuros” (PGC2018-094693-B-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

** basanche@ucm.es

de eficacia extraterritorial de los acuerdos de mediación? 1. El reconocimiento y la ejecución de la mediación en la Directiva 2008/52/CE. A) De la falta de eficacia ejecutiva de los acuerdos de mediación y su aseguramiento mediante homologación por autoridades nacionales. B) Los avances en materia de reconocimiento y ejecución de decisiones y acuerdos de otros instrumentos europeos: a) El reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil en el marco del RB I bis; b) La circulación del título ejecutivo europeo de créditos no impugnados; c) El reconocimiento y la ejecución en materia de responsabilidad parental y sustracción de menores.- 2. La tendencia europea hacia la facilitación de la ejecutividad de decisiones en materia civil sobre la base de títulos y documentos de eficacia ejecutiva en el Estado UE de origen: una cuestión de garantías.- 3. De los silencios y de otras omisiones de la Directiva 2008/52/CE de Mediación.- 4. El caso italiano ¿como ejemplo nacional? de impulso a la mediación.— III. ¿La hora de la armonización internacional del régimen de reconocimiento y ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos? 1. El arranque de los trabajos de la CNUDMI.- 2. El ámbito de aplicación de la CSM. A) El acuerdo escrito firmado por las partes obtenido en mediación con el fin de resolver una controversia comercial internacional. a) Acuerdo obtenido en mediación; b) Exigencia de la forma escrita y de la firma del acuerdo. Idioma y traducción; c) Carácter internacional y comercial del acuerdo obtenido. La «deslocalización» del acuerdo; B) Materias excluidas de la CSM.- IV. ¿En qué consiste la «eficacia extraterritorial» que atribuye la Convención? 1. La «*which-is-no-called-“recognition”*» del acuerdo obtenido en mediación.- 2. La eficacia ejecutiva del acuerdo obtenido en mediación comercial transnacional: el «título ejecutivo» de la CSM. A) La solicitud de medidas ejecutivas; B) Los problemas de equivalencia del «título» de la Convención; C) El ámbito de cognición en el seno del proceso de ejecución español.- 3. Los motivos de denegación del art. 5 CSM. A) Causas de denegación que fundan el control de oficio por el tribunal; B) Causas de oposición alegables a instancia de parte.- 4. Las «reclamaciones paralelas» en el marco de la CSM.- 5. Epílogo.

I. El debut de la convención de singapur de mediación

1. La entrada en vigor de la Convención de Singapur y el *impasse* europeo

1. El día 12 de septiembre de 2020 es una fecha señalada en el calendario jurídico internacional: este sábado entra en vigor la Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, aprobada mediante Resolución de la Asamblea General de 20 de diciembre de 2018, que recibe el nombre abreviado de «Convención de Singapur sobre la Mediación» (en adelante, la CSM)¹.

2. La entrada en vigor de este instrumento, de acuerdo con su art. 14, se ha producido al cabo de seis meses desde el depósito del tercer instrumento de ratificación, correspondiente —tras la iniciativa de Singapur y de Fiji— a Qatar. Al tiempo en que se escriben estas líneas solo Arabia Saudí (en mayo de 2020), Bielorusia (en el mes de julio) y Ecuador (el día 9 de septiembre de 2020), han completado la ratificación de la CSM, de entre los más de cuarenta Estados que estamparon su firma en la Convención celebrada en Singapur el día 7 de agosto de 2019; incluidas, entre otros muchos países, potencias económicas como EE.UU., la República Popular China e India.

3. Cabe señalar que ni la Unión Europea (UE), ni sus Estados miembros, han firmado la CSM. Su firma y ratificación se encuentran, al parecer, en fase de estudio, aunque por parte del representante estadounidense que participó en la negociación de la CSM, TIMOTHY SCHNABEL, sabemos que la UE ha sido siempre escéptica sobre la necesidad de promover una acción armonizada en este campo². Y no es

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, Septuagésimo tercer período de sesiones (A/RES/73/198)*. El texto y la situación de firma y ratificación de esta Convención puede consultarse en el sitio <https://www.singaporeconvention.org/>, que está dedicado a ella (fecha de consulta de este y de todos los enlaces de este trabajo: 15.06.2020).

² *Vid.* T. SCHNABEL, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements”, en *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 1(2019), pp. 5-6, v.e. disponible en <https://digitalcommons.pepperdine.edu/drlj/vol19/iss1/1>.

de extrañar que así sea, si se consideran las garantías de la mediación transnacional en el ámbito UE que se expondrán más adelante y de las que la Convención, simplemente, prescinde.

4. Por lo demás, debe recordarse la competencia *exclusiva* que, sobre la base de los arts. 67.1 y 4 y 81 TFUE, detenta la UE —y no los Estados miembros— para firmar y ratificar acuerdos con terceros Estados en materia que afecte o altere la normativa unieuropea, así como el fenómeno de progresiva ampliación de esta competencia exclusiva a medida en que la UE ha expandido el radio de acción de su propio sistema de Derecho internacional privado³. En la materia que ocupa a la CSM, no es baladí que la competencia de la UE se extienda a garantizar en el espacio judicial civil europeo, literalmente *ex art.* art. 81.2 TFUE, los siguientes objetivos: «a) *el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución*»; «e) *una tutela judicial efectiva*»; «f) *la eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles, fomentando si es necesario la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros*»; y «g) *el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios*».

5. Con la materia relativa al arbitraje privado internacional —como es sabido— no se han presentado problemas porque la UE ha inhibido su actividad legislativa para dejar que sigan actuando los numerosos convenios internacionales que están consolidados; en especial, el de reconocimiento y ejecución de Nueva York de 10 de junio de 1958. Pero en materia de mediación, la UE ha llevado la delantera frente a la iniciativa de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y ahora el marco unieuropeo condiciona la firma y ratificación de la CSM. De hecho, la negociación de la CSM por parte de la UE se ha desarrollado con base en un mandato a la Comisión Europea, como autoridad concernida *ex art.* 6.2 de la Directiva 2008/752/CE, sobre la base de una posición coordinada con los Estados miembros que no prejuzga las eventuales competencias de estos en la posterior adhesión.

6. Por su parte, la CSM ha dejado la cuestión abierta mediante la previsión de que participen en la Convención «*organizaciones regionales de integración económica*» que, estando constituidas por Estados soberanos, tengan «*competencia sobre algunos asuntos que se rijan por la presente convención*» (art. 12), en cuyo caso deben especificarse y notificar cualquier cambio que se produzca en el elenco de asuntos. Además, también está previsto que, cuando sea pertinente en razón del número de Estados miembros, «*la organización regional de integración económico no contará como Parte además de los Estados miembros de dicha organización que sean Partes en la Convención*» (art. 12.1.i.f.).

7. Pues bien, en el momento en que nos encontramos, el rumbo del comercio internacional *post covid* determinará, a la postre, el éxito de este instrumento y, con el tiempo, podremos ponderar si las virtudes que se están asociando a este texto son exageradas o no. Por el momento, hay que señalar como *muy ambiciosa* —y tal vez, *prematura*— la pretensión de este tratado multilateral que aspira a ser a la mediación lo que el Convenio de Nueva York de 1958 es al arbitraje: un régimen armonizado internacional que facilita la libre circulación —en los países que lo han ratificado— y la inmediata efectividad de los acuerdos comerciales transnacionales obtenidos con la asistencia de carácter no dirimente de un tercero, cualquiera que sea la denominación que se les atribuya: mediación, conciliación, «transacción resultante de mediación», etc⁴. El tiempo dirá si la CSM funciona como palanca para impulsar el recur-

³ *Vid.*, sobre este particular, A. L. CALVO CARAVACA, A. L., y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional Privado*, vol. I, 16ª ed., Granada, 2016, pp. 121-122.

⁴ La CSM —pero no los instrumentos unieuropeos— aluden a la *transacción* y a la *mediación* como términos correlativos, pese a que en muchos ordenamientos *transacción*, *mediación* y *conciliación* son figuras conceptualmente autónomas y jurídicamente diferenciadas. La propia CSM porta en su título la mención a los «*Acuerdos de Transacción*» Internacionales resultantes de la *Mediación*», pese a que, como ha apuntado ESPLUGUES MOTA, con toda razón, se trata de una denominación «inexacta y equívoca, en cuanto combina dos nociones jurídicamente independientes y no necesariamente interrelacionadas, como son transacción y mediación» (C. ESPLUGUES MOTA, «La Convención de Singapur de 2018 sobre mediación y la creación de un título deslocalizado dotado de fuerza ejecutiva: una apuesta novedosa, y un mal relato», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 72-1, enero-junio 2020, p. 56, nota 20, <http://dx.doi.org/10.17103/redi.72.1.2020.1.02>). Aunque la cuestión no es

so a la mediación en las controversias comerciales transfronterizas como lo hizo en su momento, en un contexto económico más propicio, la Convención de Nueva York con el arbitraje.

2. El indispensable impulso de un marco uniforme de ejecución de acuerdos de mediación transnacionales

8. Durante los últimos treinta años hemos asistido a una proliferación de iniciativas desde instancias legislativas de todo orden —locales, autonómicas, nacionales, europeas e internacionales—, dirigidas a alentar procedimientos para alcanzar soluciones pactadas por los interesados que descongestionen el aparato jurisdiccional estatal, conocidas genéricamente con el nombre de *Alternative Dispute Resolution* (ADR) o *Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos* (MARC); y, en particular, se está fomentando la mediación como instrumento que permita cuajar una llamada «cultura de la mediación y la resolución amistosa de conflictos»⁵.

9. Por lo general, el fomento de la mediación ha alumbrado leyes que la disciplinan y establecen sus principios reguladores, dentro de un marco de amplios márgenes de flexibilidad y de libertad procedimentales, con ciertos estándares de confidencialidad y de profesionalización del mediador, la salvaguarda del orden público como límite a la autonomía de la voluntad, y con facilitación de efectos —directa o indirectamente— ejecutivos al acuerdo resultante de la pacificación de la controversia.

10. Ahora ha llegado el turno de remover los obstáculos a la libre circulación de estos acuerdos en el plano internacional mediante un régimen convencional multilateral de *reconocimiento y ejecución* de los acuerdos comerciales transnacionales obtenidos en mediación⁶.

11. Han hecho falta muy pocos años para advertir que el vacío normativo de un régimen homogéneo de reconocimiento y ejecución en materia comercial internacional ha favorecido la proliferación de diversos regímenes nacionales de eficacia —en sentido amplio— que van desde el mero valor contractual del acuerdo obtenido —que constituye la mínima eficacia que no cabe negar a las soluciones de carácter autocompositivo de controversias—, hasta la eficacia ejecutiva condicionada a la homologación del acuerdo por una autoridad pública —el juez o el notario, por la que —de acuerdo con nuestra tradición jurídica— ha optado la UE en la Directiva 2008/52/CE. El amplio abanico de soluciones nacionales comprende, en el plano internacional, desde la máxima generosidad de unos pocos ordenamientos latinoamericanos que atribuyen eficacia ejecutiva directa al acuerdo logrado en mediación⁷, hasta el mutismo del ordenamiento

solo terminológica, quedémonos con que para la CSM «conciliación» y «mediación» son equivalentes y que lo fundamental, a los efectos de la CSM, es que el acuerdo autocompositivo se haya alcanzado «con la asistencia de uno o más terceros (“el mediador”) que carezcan de autoridad para imponerles una solución» (aptdo. 3 del art. 2 CSM).

⁵ Expresión tomada del Considerando C) de la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (Directiva sobre la mediación) (2016/2066(INI)).

⁶ Vaya por delante que en este trabajo se emplean los términos «reconocimiento» y «exequátur» en su sentido más extendido, aunque comprensivo también de la homologación de acuerdos y decisiones de confección no judicial. Esto es, debe entenderse por «reconocimiento» la homologación de la decisión extranjera que le permite desplegar en el territorio del foro todos los efectos jurídicos —salvo los ejecutivos— que le sean propios, como los constitutivos, los declarativos y los jurídico-procesales en que consiste la cosa juzgada material, mientras que el «exequátur» consiste en el procedimiento de homologación de la decisión extranjera que le permite, estrictamente, desplegar su eficacia ejecutiva [cfr., por todos, GASCÓN INCHAUSTI, F., “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2015), Vol. 7, N° 2, p. 160)].

⁷ Así, Argentina, Brasil, Ciudad de México o Perú, señalados como ejemplo por C. ESPLUGUES MOTA, “La Convención de Singapur de 2018 sobre mediación y la creación de un título deslocalizado...”, *loc. cit.*, p. 59. *Vid.*, más ampliamente, C. ESPLUGUES MOTA, “La ejecución de los acuerdos alcanzados en el marco de un procedimiento de mediación: diferentes continentes, diferentes soluciones y un objetivo —aparentemente— común”, en *Revista Jurídica Digital UANDES* 3/1 (2018), pp. 40-59, DOI: <https://doi.org/10.24822/rjduandes.0301.4>, y, más extensamente, en *Mediacion Civil y Comercial. Regulacion Internacional e Iberoamericana (Civil and Commercial Mediation. International and Iberoamerican Regulation) (Table of Contents)*,

norteamericano, que carece a nivel federal de ley de mediación y, a nivel estatal, de normas homogéneas sobre la eficacia ejecutiva, propiamente dicha, de los acuerdos obtenidos en mediación⁸.

12. Esta variedad de soluciones puede impactar negativamente en el desarrollo del tráfico comercial internacional y resulta discordante con el fomento de la mediación como medio adecuado de solución de controversias. De un lado, la incentivación de la mediación transnacional como medio rápido, barato y flexible para dirimir un problema presenta la muy valiosa ventaja —en el plano económico— de que favorece la cooperación entre las partes, permite preservar la relación comercial entablada y forjar las bases para las futuras. Desde este punto de vista, es claro que la propia mediación propicia el cumplimiento de las obligaciones asumidas por cada parte en el acuerdo finalmente obtenido⁹. Mas, de otro lado, también se ha observado que en el contexto del comercio internacional, en el que sujetos de diferentes culturas traban relaciones comerciales no necesariamente duraderas o sólidas, el acceso a la ejecución es uno de las principales preocupaciones, junto con la incertidumbre y los costes de resolución de la controversia, que pueden desincentivar el intercambio internacional de bienes y servicios¹⁰. *Ergo*, la amenaza de la *vis ejecutiva* del eventual acuerdo obtenido en mediación contribuye a fomentar la *confianza* en la mediación como método *eficaz* de solución de la controversia y, con ella, se elevan las opciones de cumplimiento voluntario, que pueden terminar convirtiendo en innecesaria la ulterior ejecución forzosa¹¹.

13. Hemos llegado, así, al resultado de que, en poco menos de un quinquenio, a iniciativa de EE.UU., el grupo de trabajo II (Arreglo de Controversias) de la CNUDMI, ha alumbrado, en apenas seis sesiones —de la 63ª a la 68ª, incl.—, celebradas en el arco temporal que discurre entre el año 2014 y el año 2018, una modificación de la ahora llamada «Ley Modelo sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación»¹² y, sobre todo, la «Convención de Singapur de la Mediación» de 2019. El presente estudio está dedicado a la presentación y a un primer análisis de esta última Convención que instaura, en materia de acuerdos de mediación

Valencia, 2019.

⁸ Los EE.UU. no cuentan con una ley federal específica de mediación, aunque sí disponen, desde 1998, con una más general *Alternative Dispute Resolution Act*, de 1998 y con una amplia práctica en la aplicación de estos sistemas alternativos al proceso judicial. En la actualidad, dos asociaciones de peso —la *American Bar Association* y la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, más conocida como *Uniform Law Commission*— han promovido un modelo de ley uniforme de mediación, la *US Uniform Mediation Act* (UMA), que ha sido incorporado a varias leyes estatales y que está en vigor —al tiempo en que se escriben estas líneas— en doce Estados (Nebraska, Illinois, Iowa, New Jersey, Washington, Ohio, Utah, Vermont, District of Columbia, South Dakota, Idaho y Hawaii; el texto modelo y las diversas leyes estatales pueden consultarse en <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=45565a5f-0c57-4bba-bbab-fc7de9a59110>). Ahora bien, sin perjuicio de que algún legislador estatal sí ha completado el vacío normativo en este punto, la UMA se centra, sobre todo, en preservar el privilegio de la confidencialidad de la mediación y *no atribuye* eficacia ejecutiva propiamente dicha al acuerdo obtenido, que tanto puede ser escrito como oral. Así pues, la eficacia por la que implícitamente ha optado este texto es la *meramente obligacional* que se deriva de todo contrato (así, en el mismo sentido, NAVAS GLEMBOTZKY, J. R., “El *enforcement* del acuerdo de mediación civil y mercantil en el ámbito internacional: Análisis, Estudio Comparado y Recomendaciones”, en *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, nº 2/2014, pp. 24 y 25 (v.e. disponible en https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1054__es.pdf); y C. ESPLUGUES MOTA, “La Convención de Singapur de 2018 sobre mediación y la creación de un título deslocalizado...”, *loc. cit.*, p. 57).

⁹ Estas virtudes de la mediación comercial transnacional son los atributos más destacados en la abundante literatura que ilustro —por todos— con las palabras de SCHNABEL en su intervención en la 48ª sesión del grupo de trabajo CNUDMI, de 2 de julio de 2015, recogidas en T. SCHNABEL, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework...”, *cit.* p. 2, nota 5.

¹⁰ Así, CHUA, E., “Enforcement of International Mediated Settlements without the Singapore Convention on Mediation”, (2019) 31 *Singapore Academy of Law Journal*, special issue, p. 573.

¹¹ Desgraciadamente, la falta de datos estadísticos sobre mediación y sobre el número o frecuencia de ejecuciones forzosas a que da lugar no permite estudiar la incidencia real del incumplimiento de los acuerdos de mediación, ni los problemas de ejecución que se puedan estar planteando. Esta es también una preocupación del Parlamento Europeo, que ha dirigido una Recomendación a la Comisión para que «realice un estudio detallado sobre los obstáculos que dificultan la libre circulación de los acuerdos de mediación extranjeros en la Unión y sobre las diversas opciones para fomentar el uso de la mediación como una manera sólida, asequible y eficaz de resolver los litigios internos y transfronterizos en la Unión» (Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE, ya mencionada).

¹² *Documentos Oficiales de la Asamblea General, Septuagésimo tercer periodo de sesiones* (A/73/17).

comercial transnacional, un régimen armonizado de libre circulación y de eficacia extraterritorial automática, sin necesidad de expediente de exequátur u homologación nacional previa por una autoridad pública: la CSM innova un «*stateless instrument*» (SCHNABEL)¹³ o —en expresión de ESPLUGUES MOTA— un «título deslocalizado dotado de fuerza ejecutiva directa en el elenco de países que eventualmente lo ratifiquen»¹⁴. Pero, antes de ver el horizonte que dibuja la Convención, elementales razones didácticas aconsejan esbozar el panorama actual desde la doble perspectiva española y europea.

II. ¿Dónde estamos en materia de eficacia extraterritorial de los acuerdos de mediación?

1. El reconocimiento y la ejecución de la mediación en la Directiva 2008/52/CE

A) De la falta de eficacia ejecutiva de los acuerdos de mediación y su aseguramiento mediante homologación por autoridades nacionales

14. Desde la perspectiva europea, la CSM viene a colmar lo que podría, *a priori*, parecer un defecto de la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008¹⁵, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, y, por extensión, de nuestra norma nacional de trasposición, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, LMACM)¹⁶: la *carencia de efectos ejecutivos inmediatos*, ligados a la mera constancia escrita de la solución alcanzada entre las partes en un procedimiento de mediación. Mas el tiempo y los avances habidos en materia de reconocimiento y ejecución de decisiones en el ámbito civil UE obligan a matizar —y aun a negar, como veremos— esta primera impresión.

15. Cabe recordar que la Directiva 2008/52/CE se sitúa todavía en el marco de las políticas comunitarias de facilitación del correcto funcionamiento del mercado interior a que aludía el antiguo art. 65 TCEE, que impulsaba la cooperación con repercusión transfronteriza —«*en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior*»— con el fin de mejorar e impulsar «*el reconocimiento y la ejecución de resoluciones civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales*» y «*eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles*»¹⁷. Con el Tratado de Lisboa de 2007, el reconocimiento mutuo de decisiones en materia civil y mercantil pasó a ser un principio basilar de la construcción del espacio judicial europeo, en el que, de acuerdo ahora con el art. 71 TFUE, la UE debe garantizar —«*en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior*»—, varios aspectos de su aptdo. 2 que inciden en la materia que nos ocupa, a saber: «*el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución*» [letra a)]; «*una tutela judicial efectiva*» [letra e)]; «*la eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles, fomentando si es necesario la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros*» [letra f)]; y «*el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios*» [letra g)].

16. Pero, con todo, ni la proclamación del reconocimiento mutuo de decisiones como principio en la construcción del espacio judicial europeo, ni el desarrollo de los MARC, dispensan, por sí mismos, eficacia ejecutiva directa a las decisiones y acuerdos en materia civil y mercantil. Es precisa la voluntad política de ambicionar la eficacia ejecutiva de los acuerdos obtenidos en mediación y atribuírsela mediante instrumentos normativos de desarrollo, pues, por más que —como se ha apuntado— el clima de

¹³ T. SCHNABEL, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework...”, *loc. cit.*, p. 22.

¹⁴ C. ESPLUGUES MOTA, “La Convención de Singapur de 2018 sobre mediación y la creación de un título deslocalizado...”, *loc. cit.*, p. 57.

¹⁵ *Diario Oficial de la Unión Europea* de 24 de mayo de 2008, L 136/3 (ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2008/52/oj>).

¹⁶ *Boletín Oficial del Estado* núm. 162, de 7 de junio de 2012 (BOE-A-2012-9112).

¹⁷ Versión consolidada publicada en *Diario Oficial de la Unión Europea* de 29 de diciembre de 2006, C 321E, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=OJ:C:2006:321E:FULL&from=EN>.

negociación que la mediación instala entre las partes propicia el cumplimiento voluntario del acuerdo alcanzado, parece bastante razonable que la efectividad del acuerdo no dependa solo de la buena voluntad de las partes. Y, en este punto, la Directiva 2008/52/CE optó —por decirlo empleando las palabras de su Considerando 19— por «asegurar que las partes en un acuerdo escrito resultante de la mediación puedan hacer que su contenido tenga fuerza ejecutiva», para cuidar que en los asuntos transfronterizos la mediación no se convierta en «una alternativa peor que el proceso judicial»¹⁸, aunque —como veremos— ha confiado la eficacia ejecutiva a que todas las partes lo consientan.

17. La Directiva ha obligado a los Estados UE a introducir mecanismos internos para dotar de eficacia ejecutiva al acuerdo logrado en mediación, como prescribe, en términos bastante generales, el art. 6 de la Directiva 2008/52/CE, dedicado al *Carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes de la mediación*, en los siguientes términos:

«1. Los Estados miembros garantizarán que las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación. El contenido de tal acuerdo se hará ejecutivo a menos que, en el caso de que se trate, bien el contenido de ese acuerdo sea contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud, bien la legislación de ese Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo.

2. El contenido del acuerdo podrá adquirir carácter ejecutivo en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente, de conformidad con la legislación del Estado miembro en el que se formule la solicitud.

3. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión los órganos jurisdiccionales u otras autoridades competentes para recibir una solicitud de conformidad con los apartados 1 y 2.

4. Lo dispuesto en el presente artículo no afectará a las normas aplicables al reconocimiento y a la ejecución en otro Estado miembro de un acuerdo que haya adquirido carácter ejecutivo de conformidad con el apartado 1».

18. Así, es dable obtener la eficacia ejecutiva tanto en el Estado de origen como en el Estado requerido, en ambos casos con arreglo al Derecho del Estado miembro en el que se pida la atribución de esta eficacia. Y esta atribución está, en todo caso, supeditada —de acuerdo con el art. 6 de la Directiva 2008/52/CE— a la doble garantía consistente en que (i) conste el *consentimiento explícito* de todas las partes sobre la eficacia ejecutiva del acuerdo escrito resultante de la mediación («las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo...»); y (ii) el contenido del acuerdo sea *homologado* por una autoridad pública, «en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente». Cumpliéndose estas exigencias, las partes pueden pedir —no se atribuye *ex lege*— que el acuerdo obtenido en mediación obtenga la deseada eficacia ejecutiva que solamente cabe negar —art. 6.1. *i.f.*— cuando el contenido del acuerdo «sea contrario al Derecho del Estado UE requerido, incluido su Derecho internacional privado» (pues la Directiva, en palabras de su Considerando 21, «no debe alentar a las partes a eludir la legislación

¹⁸ Téngase en cuenta que el apdo. 1 del art. 2 de la Directiva 2008/52/CE define como «litigio transfronterizo» «aquel en que al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado miembro distinto del Estado miembro de cualquiera de las otras partes en la fecha en que: a) las partes acuerden hacer uso de la mediación una vez surgido el litigio, o b) un tribunal dicte la mediación, c) sea obligatorio recurrir a la mediación a tenor de la legislación nacional, o d) a efectos del artículo 5, se remita una invitación a las partes». Esta consideración de «litigio transfronterizo» la atribuye en los mismos términos el art. 3.1 LMACM, aunque importa recordar que nuestra Ley resulta aplicable a todo supuesto de mediación, ya de alcance interno o ya de carácter transnacional, al haber adoptado un «sistema monista» o único (A. L. CALVO CARAVACA, A. L., y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional Privado*, cit., p. 176).

Por lo demás, la Directiva 2008/52/CE —debe advertirse— es una «Directiva procesal» sobre la mediación, en el sentido de que la disciplina en cuanto *instrumento mismo* de pacificación del asunto, sin penetrar en el terreno del Derecho aplicable al asunto objeto de la mediación. Este otro derecho se encarga de regir la validez de los derechos y obligaciones que son objeto del acuerdo de mediación y se ha de determinar con arreglo al propio sistema de Derecho Privado del Estado en que se formalice el acuerdo. Trasladado esto al ámbito espacial unieuropeo, significa que habrá que estar, normalmente, al correspondiente «Reglamento Roma» para conocer la ley aplicable *ratione materiae* y, en su defecto, sistema convencional y, por último, al sistema conflictual interno (*vid.* A. L. CALVO CARAVACA, A. L., y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional Privado*, cit., p. 176-178).

del Estado miembro en cuestión mediante gestiones encaminadas a dotarlo de fuerza ejecutiva en otro Estado miembro»), o cuando esta no disponga la fuerza ejecutiva del contenido del acuerdo específico.

19. En este sentido y como singularidad española, no está de más advertir que a los acuerdos de mediación objeto de nuestra Ley 5/2012 (= los nacionales y los transfronterizos, *todos*) que sean elevados a escritura pública con los requisitos del art. 25 LMACM, *no* le son aplicables las previsiones del art. 520 LEC que condicionan la eficacia ejecutiva de los títulos extrajudiciales del art. 517 LEC a que documenten la exigencia de una obligación *dineraria* por cantidad *determinada* que *exceda de 300 euros* y cuyo importe esté expresado en *moneda nacional*, *extranjera convertible* o en *cosa o especie computable en dinero*¹⁹. La razón última hay que encontrarla en la supremacía del Derecho unieuropeo, que ha desbordado las exigencias —sobre todo, las cuantitativas, pero también las cualitativas— del art. 520 LEC; razón por la cual, con buen sentido, el legislador español ha optado por dispensar a los acuerdos de mediación elevados a escritura pública *ex art. 25 LMACM* la eficacia ejecutiva *ilimitada* que tienen de suyo —en razón de su vinculación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.2 CE— los títulos ejecutivos de confección *judicial* (más, ahora, la pléyade de «asimilados»). Solo esta «artificiosa equiparación» consigue que la mediación sea una alternativa dotada de la misma eficacia *práctica y transformativa* (= ejecutiva) que la que puede arrojar el resultado jurisdiccional de un proceso ante los tribunales²⁰.

20. Pues bien, como es de ver, el art. 6 de la Directiva 2008/52/CE contiene apenas un par de importantes normas mínimas de armonización que los diferentes legisladores nacionales, sin embargo, han traspuesto de forma desigual, como luego ilustraremos con el ejemplo italiano y el español²¹. Retenemos, mientras tanto, que la Directiva 2008/52/CE (art. 6.4) deja a salvo la aplicación de los restantes regímenes unieuropeos de reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, como el régimen general contenido —ahora— en el vigente Reglamento 1215/2012, o los regímenes particulares que incorporan los diferentes Reglamentos sectoriales. Así lo anuncia el propio *Considerando* 20 de la Directiva 2008/52/CE: «*El contenido de los acuerdos resultantes de la mediación que hayan adquirido carácter ejecutivo en un Estado miembro debe ser reconocido y declarado ejecutivo en los demás Estados miembros, de conformidad con la legislación comunitaria o nacional aplicable, por ejemplo sobre la base del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, o del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental*».

¹⁹ No puedo entrar a exponer con cierto detenimiento las exigencias del art. 520 LEC y su interpretación jurisprudencial, que puede verse en B. SÁNCHEZ LÓPEZ, *Ejecución dineraria: liquidez, embargo y realización forzosa*, Madrid, 2019, pp. 33-55. Pero quiero indicar que, al margen de todo procedimiento de mediación, las partes siempre tendrán la posibilidad de constituir un título extrajudicial mediante escritura pública que cumpla con estas exigencias del art. 520 LEC. En el mismo sentido, *vid.* V. PARDO IRANZO, *La ejecución de lo acordado en mediación*, ed. Aranzadi, Madrid, 2013, separata electrónica, p. 17, nota 51.

²⁰ Coinciden en el mismo sentido de no resultar aplicables las exigencias del art. 520 LEC a la escritura de acuerdo obtenido en mediación tras la promulgación de la LMACM, MARTÍN PASTOR, J., “La reforma del proceso civil de ejecución por el Real Decreto-Ley 5/2012”, *Diario La Ley*, núm. 7862, 21 de mayo de 2012; y V. PARDO IRANZO, *La ejecución de lo acordado en mediación*, *cit.*, p. 26.

²¹ Para un estudio más amplio del panorama de la mediación en los Estados UE, me remito, sin ningún ánimo de exhaustividad, a C. ESPLUGUES MOTA, “Civil and Commercial Mediation in the EU after the Transposition of Directive 2008/52/EC”, en C. ESPLUGUES MOTA, *Civil and Commercial Mediation in Europe*, vol. II. Cross-Border Mediation, Cambridge, 2014, pp. 485-771; J. R. NAVAS GLEMBOTZKY, “El *enforcement* del acuerdo de mediación civil y mercantil en el ámbito internacional...”, *loc. cit.*, pp. 1-34; y el estudio de la Dirección General de Políticas Interiores de la Unión titulado *Rebooting the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU* («Relanzamiento» de la Directiva sobre la mediación: evaluación del impacto limitado de su aplicación y propuesta de medidas destinadas a aumentar el número de mediaciones en la Unión), Bruselas, 2014, espec. pp. 16-118 (v. e. disponible en <http://www.europarl.europa.eu/studies>), donde se compendian informes de más de ochocientos expertos procedentes de casi todos los Estados UE. Las singulares leyes nacionales de trasposición de la Directiva 2008/52/CE pueden ser consultadas en el portal Eur-Lex (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/NIM/?uri=uriserv:OJ.L_.2008.136.01.0003.01.SPA).

B) Los avances en materia de reconocimiento y ejecución de decisiones y acuerdos de otros instrumentos europeos

21. Por consiguiente, la Directiva 2008/52/CE, a diferencia de la CSM, no confiere por sí misma carácter ejecutivo a las obligaciones resultantes del acuerdo transnacional de mediación: *facilita la obtención* de la eficacia ejecutiva, pero no se la atribuye *ex lege* al acuerdo en sí mismo considerado²². Ahora bien, en honor a la justicia, no puede valorarse negativamente esta decisión de política legislativa de la Directiva de mediación.

22. En primer lugar, no cabe olvidar que al tiempo de promulgarse la Directiva apenas habían transcurrido cuatro años desde que el Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (en adelante, RTEE)²³, prescindió por primera vez del exequátur o previa declaración de ejecutividad en el espacio europeo. Este paso —que, realidad, debutó con la ejecutabilidad automática de las resoluciones judiciales relativas al derecho de visitas y a la restitución de menores— no ha culminado hasta la generalización de la supresión de exequátur por obra del Reglamento 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil²⁴, también conocido como Reglamento Bruselas I *bis* (RB I *bis*). Así pues, valorado en su justo contexto, no hay que extrañarse de que, en materia de reconocimiento y ejecución de acuerdos resultantes de mediación transnacional, la Directiva 2008/52/CE no fuera más lejos y se conformara con introducir expedientes de facilitación de efectos ejecutivos al acuerdo mediado en asuntos transfronterizos.

23. Pero es que, además y en segundo lugar, pese a este aparente defecto, la Directiva no ocultaba que, en la medida en que dejaba a salvo la aplicación de otros instrumentos más generosos, la libre circulación de los acuerdos de mediación transnacionales *quedaba doblemente asegurada* en el espacio europeo: de un lado, por la mencionada facilitación del acceso a la eficacia ejecutiva en el Estado requerido, con arreglo a su Derecho, y también, de otro lado, por las facilidades de circulación del acuerdo ya dotado en el Estado de origen de eficacia ejecutiva, al amparo de las normas comunitarias de reconocimiento y ejecución que ya estaban disponibles en otros instrumentos europeos entonces en vigor y cuya evolución posterior ha tendido hacia la eficacia extraterritorial *automática*.

24. El desarrollo, en efecto, del marco europeo dedicado al reconocimiento y la ejecución en estos otros instrumentos no ha hecho, desde entonces, otra cosa que fomentar la libre circulación de categorías cada vez más amplias de resoluciones judiciales, decisiones y documentos públicos en materia civil y mercantil, sin necesidad de expedientes —abreviados o no— de declaración de ejecutividad en el Estado UE en el que se desea aplicar. Se ve con claridad solo con ilustrarlo con unos cuantos Reglamentos que se encontraban en vigor al tiempo de la Directiva de mediación.

a) El reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil en el marco del RB I bis

25. Al tiempo de promulgarse la Directiva 2008/52/CE, el ya derogado Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento

²² El art. 6 de la Directiva 2008/52/CE no proporciona ningún criterio dedicado al «reconocimiento» de los acuerdos resultantes de la mediación, por la indefinición de la eficacia no ejecutiva que deba atribuirse a los acuerdos de transacción y a los documentos públicos en que se formalicen, cuestión que será tratada más adelante.

²³ *Diario Oficial de la Unión Europea* de 30 de abril de 2004, DO L 143 (ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2004/805/2008-12-04>).

²⁴ *Diario Oficial de la Unión Europea* de 20 de diciembre de 2012, L 351/1 (ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2012/1215/2015-02-26>).

y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil²⁵, subordinaba el reconocimiento y la ejecución de documentos públicos con fuerza ejecutiva y transacciones a la tramitación —v. arts. 57 y 58— de un procedimiento simplificado de *declaración de ejecutividad* del que, a la postre, ha terminado prescindiendo el nuevo Reglamento 1215/2001, en vigor desde el 10 de enero de 2015.

26. En la actualidad, los arts. 58 a 60, incl., del Reglamento 1215/2012 dotan de eficacia extra-territorial a los dos tipos de títulos que pueden documentar un acuerdo obtenido en mediación, a saber: (i) a los «*documentos públicos con fuerza ejecutiva*» en el Estado de origen, cuya definición autónoma sigue la caracterización trazada en la precursora STJUE de 17 de junio de 1999, C-260/97, Unibank A/S, bajo la vigencia todavía del Convenio de Bruselas, que ahora se recoge en el art. 4.3 RB I *bis*, esto es, se tiene por tal al «*documento formalizado o registrado oficialmente como documento público en el Estado miembro de origen y cuya autenticidad: i) se refiera a la firma y al contenido del instrumento, y ii) haya sido establecida por una autoridad pública u otra autoridad habilitada a tal fin*»; y (ii) a los *acuerdos de transacción judiciales* siempre que estén dotados de eficacia ejecutiva en el Estado de origen.

27. A ambas clases de títulos ejecutivos les garantizan los arts. 58 y 59 del Reglamento 1215/2012 la extensión de su eficacia ejecutiva «*en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de fuerza ejecutiva*», salvo que su ejecución «*sea manifiestamente contraria al orden público en el Estado miembro requerido*», en cuyo caso, a petición de la persona contra la que se haya instado la ejecución —y no de oficio— podrá denegarse su reconocimiento o su ejecución. La libre circulación de estos títulos *ex RB I bis* se basa en la expedición, a instancia de parte interesada, de un certificado normalizado, por parte de la autoridad pública o el tribunal del Estado miembro de origen, que contiene un resumen de la obligación ejecutiva consignada en el documento público o del acuerdo entre las partes consignado en la transacción judicial (art. 60).

28. La ejecución que deba desarrollarse en España se efectúa —como no puede ser de otro modo por el carácter territorial de la ejecución forzosa— con arreglo a las normas de la LEC²⁶. Hay que acudir a la Disposición Final 25ª LEC, para encontrar las normas que facilitan la aplicación del RB I *bis* en España, en cuya sede los aptdos. 7 y 8 reproducen casi literalmente las reglas del Reglamento 1215/2012 que confieren automáticamente y sin necesidad de una declaración específica la eficacia ejecutiva en España de los documentos públicos y transacciones judiciales que ya la tuvieran en su Estado UE de origen.

29. La única particularidad que supone la ejecución en España de un acuerdo de mediación transfronterizo europeo, consiste en que —sin perjuicio de la oposición a la ejecución que cabe oponer al amparo de la LEC— el ejecutado puede suscitar la denegación de la ejecución del título extranjero por causa de *contrariedad del orden público* mediante demanda de juicio verbal, ante el Juzgado de Primera Instancia que conozca de la ejecución, con las especialidades recogidas en el aptdo. 4 de la mencionada Disposición Final 21ª LEC²⁷.

²⁵ *Diario Oficial de la Unión Europea* de 16 de enero de 2001, DO L 12 (<http://data.europa.eu/eli/reg/2001/44/oj>).

²⁶ En España, la actividad ejecutiva que se dispensa a través del proceso de ejecución consistente en la realización forzosa de derechos, obligaciones y responsabilidades de naturaleza civil —en sentido amplio—, está encomendada con carácter *exclusivo* y *excluyente* a los tribunales *ex art.* 117.3 CE, en el entendimiento —que arranca de la Constitución de 1812, *cfr.* art. 245— de que, en garantía de los justiciables, los tribunales ostentan el *monopolio* de la función que anacrónicamente sigue describiendo la Constitución vigente como «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado». Así es en España, pero cada Estado UE es muy libre de establecer un sistema diferente de «*enforcement*», como puede verse en HESS, B., “Different enforcements structures”, en C. H. VAN RHEE Y A. UZELAC, *Enforcement and Enforceability. Tradition and Reform*, Oxford, 2010, pp. 41 y ss., espec. 44-48.

²⁷ No hace al caso extenderse en mayores explicaciones sobre el régimen de reconocimiento y ejecución del RB I *bis*; para un conocimiento más amplio, remito al lector a, entre otros, A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional Privado*, *cit.*, pp. 654 y ss., espec. pp. 713-718; F. M. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, 3.ª ed., Cizur Menor, 2016, pp. 252 y ss.; y F. GASCÓN INCHAUSTI, *Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en el nuevo Reglamento Bruselas I Bis*, Valencia, 2016.

b) La circulación del título ejecutivo europeo de créditos no impugnados

30. También se encontraba en vigor, al tiempo de promulgarse la Directiva de mediación, el Reglamento (CE) n° 805/2004, que fue el precursor de la expedición, por parte de las autoridades del Estado de origen, del correspondiente «*certificado de título ejecutivo europeo*» en el que se basa la libre circulación en el espacio judicial europeo de toda decisión civil o mercantil que documente la exigencia de un crédito dinerario líquido no impugnado por el deudor y que haya sido aprobado judicialmente o conste en documento público con eficacia ejecutiva en el Estado de origen; esto es, también los que documenten acuerdos resultantes de una mediación.

31. En aras a potenciar la tutela del crédito dinerario en el ámbito comunitario, el RTEE instauró un procedimiento europeo con normas mínimas uniformes de carácter procesal cuya aplicación permite el inmediato reconocimiento y la ejecución en los demás Estados UE de una resolución certificada como título ejecutivo europeo en el Estado miembro de origen, sin necesidad de «*ninguna declaración de ejecutividad y sin posibilidad alguna de impugnar su reconocimiento*» (art. 5). Y abrió esta puerta de eficacia extraterritorial automática también a los acuerdos de transacción judicial (art. 24) y a los documentos públicos de eficacia ejecutiva (art. 25), sobre la base de la expedición de dos certificados estandarizados distintos (los Anexos II y III, respectivamente), cuya emisión en España regula la Disposición Final 21ª LEC²⁸.

32. En este punto, conviene no perder de vista que el concepto autónomo de «documento público de eficacia ejecutiva» que ofrece el art. 4.3 RTEE permitió *adelantar*, en su día, la libre circulación, como título ejecutivo europeo, de todo acuerdo —con mediación, o no, de un tercero— que conste en «*documento formalizado o registrado como documento público con fuerza ejecutiva, y cuya autenticidad: i) se refiera a la firma y al contenido del instrumento, y ii) haya sido establecida por un poder público u otra autoridad autorizada con este fin por el Estado miembro de donde provenga; o bien b) un acuerdo en materia de obligaciones de prestar alimentos, celebrado ante las autoridades administrativas o formalizado por ella*».

33. Al tiempo de promulgarse el RTEE y hasta la vigencia de la Ley 5/2012 de mediación, el «documento público con fuerza ejecutiva» susceptible de ser certificado como título ejecutivo europeo incluía la escritura pública incardinable genéricamente en el ordinal 4º del art. 517 LEC siempre que documentara la exigencia de una obligación dineraria que reuniese los ya mencionados requisitos del art. 520 LEC. Desde la Ley 5/2012, la emisión notarial del certificado de título ejecutivo europeo a que se refiere el apdo. 3 de la Disposición Final 21ª LEC ha pasado a tener un doble fundamento, pues puede hacerse: (i) como hasta ahora, con base en la genérica escritura pública del ordinal 4.º del art. 517 LEC siempre que concurren los requisitos del art. 520 LEC; y (ii) con base en el otorgamiento de la específica escritura pública del art. 25 LMACM, que es, ahora, el «documento público de eficacia ejecutiva» que debe otorgarse para que obligaciones dinerarias comprendidas en un acuerdo de mediación transnacional pueda dar acceso a la expedición del certificado de título ejecutivo europeo, como presupuesto de su posterior circulación en el espacio UE al amparo de este Reglamento.

34. Es interesante observar cómo, en un sistema reforzado de confianza mutua como el unieuropeo, la innovación de dotar de eficacia ejecutiva al acuerdo de mediación elevado a escritura pública con los requisitos del art. 25 LMACM, efectuada dentro del escrupuloso respeto a la primacía del Derecho europeo, ha *ampliado* el radio de acción del RTEE. Ahora, el otorgamiento de esta específica escritura del art. 25 LMACM —y no solo la de una genéricamente incardinable en el ordinal 4º del art. 517 LEC con los

²⁸ Un estudio más extenso del RTEE, efectuado desde las filas del Derecho procesal, puede ver en F. GASCÓN INCHAUSTI, *El Título Ejecutivo Europeo para Créditos No Impugnados*, Madrid, 2005, espec. pp. 213-229; y C. SENÉS MOTILLA, “El título ejecutivo europeo para créditos no impugnados”, en A. DE LA OLIVA SANTOS (dir.), *Derecho Procesal Civil Europeo. Volumen III. Tutela judicial del crédito en la Unión Europea*, vol. III, Cizur Menor, 2011, pp. 31-125.

requisitos del art. 520 LEC— constituye el presupuesto de ejecutividad (= el «documento público con fuerza ejecutiva») al que el art. 25.2 RTEE vincula la expedición del título ejecutivo europeo, sin necesidad —nótese bien— de que el contenido del acuerdo deba superar el anacrónico umbral de 300 euros (que se impuso, en su día, para hacerlo coincidir con la competencia objetiva de unos Juzgados municipales que ya no existen, razón por la cual más valdría eliminarlo). Eso sí, como requisitos específicos para el otorgamiento de esta escritura figuran la necesidad de incorporar el acuerdo firmado por las partes, más las copias de las actas de la sesión constitutiva y de la final del procedimiento de mediación (art. 25 LMACM).

35. Por lo demás, permanece invariable la posibilidad alternativa de certificar como título ejecutivo europeo la transacción judicial, que, de acuerdo con las previsiones de la Disposición Final 21ª LEC, corresponde expedir en España, mediante providencia, al tribunal que la aprobó (aptdos. 1 y 2).

c) El reconocimiento y la ejecución en materia de responsabilidad parental y sustracción de menores

36. Otro de los instrumentos que, al tiempo de promulgarse la Directiva 2008/52/CE, también se encontraba vigente —y todavía se encuentra, hasta el día 1 de agosto de 2022— es el Reglamento CE nº 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Este Reglamento incluye, de un lado, un régimen *privilegiado* de reconocimiento y ejecutividad automático a las decisiones en materia de responsabilidad parental y sustracción de menores, basado en su ejecutividad inmediata (v. arts. 40-42); y junto a él, incluye, de otro lado, un régimen ordinario de reconocimiento y ejecución del resto de resoluciones (art. 21) y de documentos públicos y acuerdos dotados de eficacia ejecutiva en el Estado de origen (art. 46), que requieren de un procedimiento de *declaración de ejecutividad* en el Estado requerido, al que le quedan los días contados.

37. A partir del 1 de agosto de 2022, al amparo del art. 65.2 del nuevo Reglamento UE 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, tendrán eficacia extraterritorial *directa* —en todo el territorio UE— los acuerdos alcanzados en materia de responsabilidad parental que por sí mismos tengan eficacia ejecutiva en el Estado UE de origen. Con toda claridad, el citado art. 65.2 dispone que «*los documentos públicos y los acuerdos en materia de responsabilidad parental que tengan efecto jurídico vinculante y tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen se reconocerán y ejecutarán en otros Estados miembros sin que se requiera ninguna declaración de fuerza ejecutiva (...)*».

38. El cambio en una materia como ésta, en la que la mediación familiar ha demostrado su eficiencia como instrumento pacificador de relaciones duraderas²⁹, es *sustancial*. La eficacia transfronteriza automática de los acuerdos de responsabilidad parental que se avecina deja atrás el régimen de reconocimiento y ejecución del Reglamento CE nº 2201/2003 —aplicable a los acuerdos que adquieran fuerza ejecutiva hasta el día 1 de agosto de 2022—, que se basa, con carácter general, en exigir, en el Estado de origen, que se trate de un documento público o de una transacción que tengan eficacia ejecutiva y que se sometan, en el Estado requerido, a la previa *declaración de ejecutividad*, regulada en la Sección 2.ª del Capítulo III del Reglamento. Solo escapan de esta exigencia las resoluciones y acuerdos relativos al derecho de visita y a la restitución de un menor, a los que el Reglamento 2201/2003 atribuyó, de forma precur-

²⁹ Así se ha puesto de manifiesto, entre otros, en el estudio de la Comisión titulado «*Study for an evaluation and implementation of Directive 2008/52/EC – the “Mediation Directive”*» (Estudio para la evaluación y aplicación de la Directiva 2008/52/CE — la «Directiva sobre la mediación»), Luxemburgo, 2016, p. 26 (DOI 10.2838/240354, v. e. disponible en <https://op.europa.eu/s/n77w>); y en la Conclusión 7 de la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, ya citada.

sora, un régimen privilegiado de «*fuerza ejecutiva en otro Estado miembro sin que se requiera ninguna declaración que le reconozca fuerza ejecutiva*» (arts. 41.1 y 42.1), que es el régimen que el nuevo Reglamento 2019/1111 ha dispuesto extender al resto de resoluciones y asuntos objeto de este Reglamento.

3. La tendencia europea hacia la facilitación de la ejecutividad de decisiones en materia civil sobre la base de títulos y documentos de eficacia ejecutiva en el Estado UE de origen: una cuestión de garantías

39. Así pues, la coexistencia de la Directiva 2008/52/CE con otros instrumentos europeos que contienen normas relativas al reconocimiento y la ejecución de acuerdos y que las han evolucionado, ha terminado fortaleciendo la circulación de los acuerdos de mediación objeto de la Directiva. Es importante señalar esta coexistencia, porque los más modernos Reglamentos sectoriales han seguido la tendencia de prescindir de procedimiento de homologación o exequátur en el Estado requerido, sobre la base de verificar ciertos controles de *legalidad, fehaciencia y autenticidad* en la formación del título en el Estado de origen.

40. Esto pone de manifiesto que, al cabo de más de una década desde la promulgación de la Directiva 2008/52/CE, la decisión del legislador unieuropeo de no dotar directamente de eficacia ejecutiva a los acuerdos obtenidos en mediación y obligar a los Estados miembros a que introduzcan expedientes que permita atribuírselos, no ha quedado desfasada, como, en apariencia, podría parecer. Las posibilidades de circulación de estos acuerdos formalizados en transacciones judiciales y en documentos públicos dotados de eficacia ejecutiva en el Estado de origen se han ido *actualizando* de forma *indirecta y paulatina*, en la medida en que se ha reforzado la confianza mutua entre los Estados miembros y se ha facilitado el reconocimiento y la ejecución en el espacio judicial europeo; plano en el que legislador europeo es cada vez más receptivo a allanar el acceso a la tutela ejecutiva, en un proceso que retroalimenta la construcción del espacio judicial común civil europeo.

41. No parece descabellado augurar que este sea el camino que transite en el futuro el legislador europeo en materia de reconocimiento y ejecución de decisiones en asuntos civiles y mercantiles y que se basa en la exigencia de un «título *de calidad*» de eficacia ejecutiva en el Estado de origen, como presupuesto para permitir su circulación en el espacio UE sin necesidad de exequátur. Este camino, de hecho, ya lo ha emprendido el legislador español de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (LCJI)³⁰, para la ejecución en España de documentos públicos extranjeros conforme al régimen legal interno (*vid.* arts. 56 y 57).

42. Lo que permanece *invariable* en los distintos Reglamentos que regulan el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia civil —y así debe ser, porque en ello radica el fundamento de la ejecutividad y, con ella, la licitud de la ejecución forzosa— es la doble exigencia de que el acuerdo alcanzado cuente con la intervención de un juez o de un notario y que tenga aparejada la eficacia ejecutiva en el Estado de origen, como alternativa a acudir al Estado requerido y formalizar allí el acuerdo con las mismas garantías para conseguir los efectos ejecutivos.

43. La intervención del juez o del notario y la exigencia de que el documento tenga aparejada eficacia ejecutiva no son cuestiones menores, sino muy importantes e íntimamente relacionadas entre sí. Todo sistema de ejecución de títulos ejecutivos extrajudiciales está fundamentado en una relación *proporcionalmente inversa* entre, de un lado, los requisitos de fiabilidad o calidad del documento de formación no judicial que permite fundar la ejecución forzosa y, de otro, la amplitud y naturaleza de los motivos de oposición que se consentirán alegar al ejecutado, de tal suerte que: (i): a mayor calidad del documento, menor ámbito de discusión debe permitirse; y (ii) en sentido contrario, a menor calidad del

³⁰ Boletín Oficial del Estado núm. 182, de 31 de julio de 2015 (BOE-A-2015-8564).

documento, mayor número de motivos de oposición o más amplios hay que reconocer al ejecutado, en aras a garantizar un proporcionado *derecho de defensa*.

44. En este punto, no cabe sino observar que la formación misma de la noción de «documento público de eficacia ejecutiva» es fruto, en la cultura europea de base romano-germánica, de una larga «evolución *virtuosa*» que arranca en la Edad Media y que tuvo por finalidad facilitar el tráfico jurídico-económico entre las florecientes ciudades centroeuropeas e italianas. La evolución del primitivo *pactum executivum* o de la *cláusula guarentigia* —generalizados en contratos privados y reconocimientos de deuda— ha forjado los actuales títulos ejecutivos de origen extrajudicial —en España, a partir de las Ordenanzas de Sevilla de 1360, del Rey Pedro I³¹—, para permitir al acreedor franquear la puerta del proceso de ejecución (de tipo dinerario, en España), con distinta intensidad y ámbito de contradicción a lo largo del tiempo. Aludo a este breve apunte histórico porque evidencia que solo en muy excepcionales y raros casos la actividad ejecutiva puede desatarse con base en la presentación de meros documentos privados. Y cuando esto sucede —nótese bien— no sólo se rompe con una larga tradición que es la que ha revestido al título ejecutivo de las *garantías* del control de *legalidad*, *fehaciencia* y *autenticidad* que supone la intervención de la autoridad pública, sino que también se somete el proceso de ejecución a una *desnaturalización* que pone en riesgo su *eficacia*, como forzosa consecuencia del ensanchamiento de la cognición judicial que traigan los motivos de oposición, tanto atinentes a los requisitos formales del instrumento, como a los de validez o eficacia del negocio subyacente.

45. En la actualidad, tras la profunda sistematización en España de la ejecución civil en el año 2000 por obra de la LEC, lo más próximo a un documento privado de eficacia ejecutiva son los *títulos cambiarios*, y ello en razón de los criterios uniformes impuestos en los Convenios de Ginebra del pasado siglo. No es inoportuno recordarlo ahora, con ocasión de la entrada en vigor de la CSM, porque el peculiar régimen jurídico uniforme del título cambiario (cuya actuación supone, de plano, la adopción del embargo de bienes y el requerimiento de pago al deudor, al que se le ofrece un abanico amplio de motivos de oposición cambiaria) explica que en España haya pasado de ser considerado un «título ejecutivo» en la anterior LEC de 1881 (art. 1429.4.º LEC), a constituir ahora un *tertium genus* que da lugar a un proceso especial de tutela del crédito regulado en los arts. 819 y ss., que se encuentra a caballo entre el proceso declarativo y el proceso de ejecución y que permite que la alegación de los motivos de oposición cambiaria se resuelvan con todas las garantías de la cosa juzgada material. Otros países, en cambio —*vid.* el art. 474.2 del *Codice di procedura civile* italiano, en adelante *cpc*—, siguen acomodando la efectividad de los títulos cambiarios en el seno del proceso de ejecución, aunque, a los ojos de un procesalista español, esto se explica por razones que fundamentalmente tienen que ver con la laxa estructura y la amplitud de la oposición que cabe suscitar en el seno de su proceso de ejecución (cfr. arts. 615 y 617 *cpc* italiano). En un estadio próximo —si no el mismo para algunos autores³²— se encuentra el trato que el proceso monitorio dispensa a todo crédito dinerario líquido cuya exigencia se acredite *prima facie* mediante determinados documentos privados «usuales» (cfr. art. 812 LEC), cuya finalidad es, precisamente, facilitar la *creación* de un título ejecutivo ante la falta de contestación del deudor; el resultado que arroje será, invariablemente, un título de ejecución bien de origen *judicial*, si ha sido obtenido con intervención de los tribunales, o de bien de origen *extrajudicial*, si lo ha sido en el expediente notarial de los arts. 70 y 71 de la Ley Notarial.

46. Como se ve, la construcción de un «título ejecutivo» de «calidad» condiciona la eficiencia del sistema de ejecución; la relación entre estos dos términos está siempre, a la postre, *balanceada*. Por

³¹ Cfr., por todos, V. FAIRÉN GUILLÉN, “Un nuevo descubrimiento sobre la historia del juicio ejecutivo en España: el ordenamiento sevillano de 1360”, en *Estudios de Derecho procesal*, Madrid, 1955, pp. 553 y ss.; J. MONTERO AROCA, *Herencia procesal española*, México, 1994, p. 83; y M. SERRANO MASIP, *El juicio ejecutivo cambiario*, Barcelona, 1997, pp. 21-23.

³² Así, p. ej., Á. BONET NAVARRO [“Tema 39. Proceso monitorio cambiario”, en M. ORTELLS RAMOS (dir.), *Derecho procesal civil*, 15ª ed., Cizur Menor, 2016, v.e.], quien argumenta que la naturaleza del juicio cambio es *monitoria*, lo que remite al problema de definir cuál sea esta naturaleza, si declarativa, si ejecutiva o si un *tertium genus*, como en su día defendió F. CARNELUTTI (*vid.*, por todos, E. GARBAGNATI, *Il procedimento d’ingiunzione*, 2.ª ed, ed. Giuffrè, 2012, pp. 21 y ss).

ello, volviendo de nuevo al acuerdo de mediación formalizado en documento público de eficacia ejecutiva, hay que felicitar de que la tramitación parlamentaria de la Ley 5/2012 torciera la idea inicial del Anteproyecto gubernamental de 19 de febrero de 2010³³ que pretendía atribuir eficacia ejecutiva directa al acuerdo de mediación de carácter interno, con tal que: (i) constara por escrito firmado por las partes y por el mediador (art. 28.2 y 3); y (ii) que a la demanda de ejecución se acompañara el acuerdo de mediación y copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento (art. 30.1). Esta idea fue objeto de duras críticas desde bien temprano, tanto por el Consejo General del Poder Judicial en su informe de 19 de mayo de 2010³⁴, como por el Consejo de Estado, en el suyo de 17 de febrero de 2011³⁵, sin olvidar las dirigidas por la doctrina³⁶. Finalmente, con buen sentido, además de la homologación *judicial* del acuerdo obtenido en mediación (art. 25.4 LMACM), la Ley optó por anudar la eficacia ejecutiva al otorgamiento por un notario de *escritura pública* del acuerdo obtenido en mediación, al que deben concurrir las partes para expresar su concurso de voluntades y aportar «*el acuerdo de mediación (...) y copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento, sin que sea necesaria la presencia del mediador*» (art. 25.1.II LMACM). La función del notario en la confección del instrumento —se encargan de precisar los aptdos. 2 y 3 del art. 26 LMACM— consiste en «*verificar(á) el cumplimiento de los requisitos exigidos en esta Ley y que su contenido no es contrario a Derecho*» en todo supuesto, y, además, «*cuando el acuerdo de mediación haya de ejecutarse en otro Estado, además de la elevación a escritura pública, será necesario el cumplimiento de los requisitos que, en su caso, puedan exigir los convenios internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea*».

47. Hoy en día, inmersos en un contexto en el que el reconocimiento y la ejecución en el espacio civil europeo tiende a reforzar la eficacia extraterritorial de los documentos públicos dotados de eficacia ejecutiva en el Estado de origen, es aún más necesario preservar todas y cada una de las garantías que los invisten *ab origine* de eficacia ejecutiva. De ello depende la *confianza mutua* que está en la base del nuevo «régimen liberalizado» de circulación de acuerdos y documentos que ha llegado a los nuevos Reglamentos unieuropeos. Si —como parece— este es nuestro horizonte más próximo, resulta del todo apropiado no cejar en el empeño de defender el otorgamiento de escritura pública como título idóneo para atribuir eficacia ejecutiva al acuerdo obtenido en mediación, como, muy recientemente, ha vuelto a recordar SENÉS MOTILLA con estas palabras que no quiero omitir: «*una cosa es la eficacia obligacional del acuerdo alcanzado en el procedimiento de mediación —(art. 1258 CC; arts. 23.1. II y 3.II LMACM)— y, otra diferente es la atribución de fuerza ejecutiva que la Ley confiere a su elevación a escritura pública, en razón, precisamente, de la intervención del notario y del control por éste del contenido del acuerdo (...) La subordinación de la fuerza ejecutiva del acuerdo de mediación a su elevación a escritura pública obedece a la elemental seguridad jurídica que reporta la intervención del notario autorizante, en el doble sentido de tener éste que comprobar que el contenido del acuerdo responde a la voluntad real de las partes y que no es contrario a Derecho*»³⁷.

³³ El texto de este Anteproyecto, impulsado por el entonces Excmo. Sr. Ministro D. FRANCISCO CAAMAÑO, puede consultarse en <https://estaticos.expansion.com/estaticas/documentos/2010/04/mediacion.pdf>.

³⁴ V. e. disponible en http://www.poderjudicial.es/stfls/cgjp/COMISI%C3%93N%20DE%20ESTUDIOS%20E%20INFORMES/INFORMES%20DE%20LEY/FICHERO/009.10_1.0.0.pdf

³⁵ V. e. disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2010-2222>.

³⁶ *Vid.* GONZÁLEZ CUÉLLAR, N., “La limitada ejecutoriedad de la escritura pública: Incoherencia del sistema”, en *El Notario del siglo XXI. Revista bimestral del Ilustre colegio Notarial de Madrid*, Nº 38, julio-agosto 2011, v.e. disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-38/759-la-limitada-ejecutoriedad-de-la-escritura-publica-incoherencia-del-sistema-0-5261588716191788>; SANTOS VIJANDE, J. M., “Tratamiento procesal de la mediación y eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación en la Ley 5/2002”, en *Riedpa: Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 1, 2013, v.e. disponible en <http://www.riedpa.com/COMU/documentos/RIEDPA11303.pdf>; y TORRES ESCÁMEZ, S., “Ejecuta como sea (o el carácter ejecutivo del documento privado de mediación)”, en *El Notario del siglo XXI. Revista bimestral del Ilustre colegio Notarial de Madrid*, Nº 38, julio-agosto 2011, v.e. disponible en <https://www.elnotario.es/101-hemeroteca/revistas/revista-38/765-ejecuta-como-sea-o-el-caracter-ejecutivo-del-documento-privado-de-mediacion-0-0240556048453372>.

³⁷ C. SENÉS MOTILLA *Las disposiciones generales sobre la ejecución forzosa en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, MADRID, 2019, p. 55.

4. De los silencios y de otras omisiones de la Directiva 2008/52/CE de Mediación

48. Hasta ahora, todo lo que he expuesto está referido a la *ejecutabilidad* del acuerdo obtenido en mediación en el marco de la Directiva 2008/52/CE. La razón radica en que la Directiva 2008/52/CE guarda silencio absoluto sobre la materia del *reconocimiento* de los acuerdos transnacionales de mediación; lo que puede resultar llamativo, pero no debe extrañarnos, puesto que —en general— los instrumentos europeos que regulan la materia de reconocimiento y ejecución, no acostumbran a precisar las consecuencias del *reconocimiento* de los genéricos documentos públicos de eficacia ejecutiva y de transacciones judiciales.

49. La razón hay que encontrarla en la naturaleza negocial del acuerdo obtenido en mediación —el contenido o *negotium*—, que dificulta que, al albur de un régimen de reconocimiento del documento público o de la transacción judicial que lo contienen —esto es, del continente o *instrumentum*—, el legislador europeo alcance a alterar o innovar el derecho sustantivo que corresponda aplicar al fondo del conflicto, conforme a la ley aplicable designada por el sistema de Derecho internacional privado, que es el que ha de determinar la validez y la eficacia jurídico-material del acuerdo. Pensemos, por ejemplo, en los efectos *novatorios* o *extintivos* del acuerdo alcanzado. O en las dificultades de delimitar la eficacia de una transacción en el plano civil y, más aún, de delimitar con conceptos y criterios procesales cuál haya de ser el significado de una pretendida «eficacia de cosa *transada*».

50. Si esto no es razonable en el plano de la eficacia jurídico-material del acuerdo, menos justificado está que un eventual régimen de reconocimiento del acuerdo obtenido en mediación al amparo de la Directiva 2008/52/CE venga a terciar en cuestiones no menos delicadas del siempre difícil terreno de la eficacia *jurídico-procesal* de la cosa juzgada material, que, de entrada, hay que negar que pueda anudarse a un mero acuerdo *inter partes*, por más que conste o que esté homologado por una autoridad estatal con eficacia ejecutiva. En la medida en que la mediación arroja una solución *pactada* y no es fruto de una decisión de carácter jurisdiccional, no solo no tiene sentido plantearse la eficacia de cosa *juzgada*, sino que —nótese bien— hacerlo resulta sumamente *nocivo*. No se duda, desde luego, que la transacción despliegue eficacia vinculante entre las partes; pero de esta afirmación a aquella otra que le atribuye la eficacia propia (= la vinculación procesal) de la cosa juzgada material, hay un salto lógico enorme.

51. La confusión del plano de eficacia jurídico-material de un acto con la muy distinta eficacia jurídico-procesal en que consiste la cosa juzgada material de la sentencia firme dictada en proceso plenario (= vinculación de naturaleza procesal *ad extra*, de carácter positivo o prejudicial y de carácter negativo o excluyente)³⁸, pertenece a momentos anteriores al siglo XX; tiempo en el que —dicho sea de paso— se redactó el confuso art. 1816 CC, que todavía proclama que «*la transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada; pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial*» (en correspondencia —valga añadir— con la eficacia ejecutiva que en su día le atribuyó el ordinal 3.º del art. 1111 de la LEC de 1855, que mezclaba promiscuamente «fuerza ejecutiva» y «fuerza de cosa juzgada»). Luego, la eficacia que atribuye el art. 1816 CC a la transacción es, en todo caso, contractual y eventualmente ejecutiva, como tiene reconocida la Sala 1.ª del Tribunal Supremo en, entre otras, su reciente STS núm. 205/2018 de 11 de abril³⁹, en relación con

³⁸ Sobre la cosa juzgada civil, *vid.*, por todos, A. DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre la cosa juzgada civil, contencioso-administrativa, y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1991 y *Objeto del proceso y cosa juzgada*, *cit.*, pp. 211-228; y la más reciente aportación de I. TAPIA FERNÁNDEZ, *El objeto del proceso civil y su fijación en las alegaciones, sentencia y cosa juzgada*, Madrid, 2019.

³⁹ ECLI: ES:TS:2018:1238. En ella puede leerse que: «*Como afirma la sentencia 751/2009, de 30 de noviembre, “la transacción extrajudicial es un contrato (art. 1809 del Código Civil; sentencias, entre otras, de 30 de octubre de 1989, 6 de noviembre de 1993 y 30 de julio de 1996), por lo que genera un vínculo obligacional cuyo cumplimiento está sujeto a las reglas generales de los contratos”. En este sentido es como la jurisprudencia de esta sala ha interpretado el efecto de cosa juzgada previsto en el art. 1816 CC (...) La eficacia vinculante del acuerdo transaccional no puede confundirse con el efecto de cosa*

la transacción extrajudicial; y, por referencia a la transacción judicial, en su STS núm. 199/2010, de 5 de abril⁴⁰.

52. Puede adivinarse que estas cuestiones no menores explican el *mutismo* de la Directiva 2008/52/CE acerca del «reconocimiento» de los acuerdos y documentos públicos de mediación. Pero, con todo, no alcanzan a justificar que en la Directiva 2008/52/CE no se establezca en absoluto *bajo qué condiciones*, p. ej., puede una parte invocar el acuerdo obtenido en mediación —con los indeterminados efectos jurídicos materiales que sean, conforme a la ley aplicable—; o *desde qué momento* se determina el inicio del procedimiento de mediación, al objeto, p. ej., de pedir la suspensión de un proceso judicial o la denegación de la ejecución; o, más en general, la incidencia que pueda tener en el curso de la ejecución forzosa el ejercicio en proceso declarativo de la acción de *nulidad* o de *anulación* del acuerdo obtenido en mediación y si es posible adoptar medidas cautelares o precautorias. Todas estas cuestiones, a falta de mención en el régimen armonizado de la mediación europea, quedan confiadas a la pluralidad de soluciones de cada legislación nacional, tan dispares entre sí.

5. El caso italiano ¿como ejemplo nacional? de impulso a la mediación

53. Dirigimos ahora la mirada al ejemplo italiano y a su Decreto Legislativo n° 28/2010 (en adelante, d. lgs. 28/2010)⁴¹, porque, además de ser un ordenamiento culturalmente próximo al nuestro, acostumbra a presentarse como la apuesta nacional más decidida por impulsar la mediación con —como se dice ahora— «resultados verificables». Con esta ley, el legislador italiano no se ha limitado a trasponer la Directiva 2008/52/CE, sino que ha introducido dos características capaces de explicar el hecho de que, como se recoge en el Informe de 27 de junio de 2017, de la Comisión de Asuntos Jurídicos sobre la aplicación de la Directiva de mediación, en Italia se «*recurre a la mediación seis veces más que el resto de Europa*»⁴².

54. La primera peculiaridad de la norma italiana de mediación no guarda estrecha relación con la materia que nos ocupa, pero no puede dejar de apuntarse como una de las causas de éxito de la mediación italiana, pues radica en el carácter *obligatorio* con que el art. 5 d. lgs. 28/2010 ha impuesto —no sin algún problema de constitucionalidad ya superado— la mediación previa o anterior al ejercicio judicial de acciones en un amplísimo abanico de materias que acostumbran a presentar una alta litigiosidad (propiedad horizontal, derechos reales, sucesiones, pactos familiares, contrato de arrendamiento, comodato, resarcimiento del daño resultante de la circulación de vehículos a motor, responsabilidad médica, contrato de seguro, contratos bancarios, etc.). El legislador italiano ha configurado el intento de mediación como una *condizione di procedibilità* de la demanda cuya inobservancia puede ser apreciada incluso de oficio y resulta subsanable mediante la concesión, en su caso, de un plazo de quince días para la presentación de la solicitud de mediación. No es el caso de adentrarse ahora en el estudio de esta modalidad obligatoria de mediación —que presenta también una modalidad consistente en ser ordenada por

juzgada previsto en el art. 222 LEC, y no queda vedada la posibilidad de discutir en sede judicial la validez del contrato de transacción en sí mismo considerado a la luz de las normas que regulan los contratos».

⁴⁰ ECLI: ES:TS:2010:1874. En esta sentencia, dictada en proceso de nulidad del acuerdo transaccional aprobado judicialmente, el TS dejó claramente establecido que la eficacia de la transacción no puede identificarse con la cosa juzgada material, ni convierte en inimpugnable la transacción; el hecho de que un tribunal homologue el acuerdo transaccional no altera su esencia negocial, aunque pueda suponer la terminación anticipada del proceso al que se refiera y la atribución de eficacia ejecutiva a las eventuales obligaciones convenidas. «La homologación judicial, sin embargo, no modifica la naturaleza consensual de la transacción como negocio jurídico dirigido a la autorregulación de los intereses de las partes y, por tanto, aunque las transacciones judiciales puedan hacerse efectivas por la vía de apremio, el artículo 1817 CC no las elimina de la impugnación por vicios del consentimiento».

⁴¹ *Gazzetta Ufficiale*, Serie Generale, n. 53 de 05.03.2010, con la advertencia de esta ley ha sufrido hasta tres modificaciones legales posteriores.

⁴² Considerando A) de la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE, ya citada.

el tribunal, incluso en fase de apelación—⁴³, pero sí de apuntar que ésta es una *tendencia* que no podemos perder de vista, por los siguientes motivos.

55. Primero, porque el TJUE la ha considerado compatible con el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y con el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión europea. El primer paso se dio con la STJUE 18 de marzo de 2010, C-317/08, 318/08, 319/08 y 320/08, *Rosalba Alassini*⁴⁴, que admitió la mediación de carácter obligatorio «*en la medida en que tal exigencia no impide que las partes ejerzan su derecho de acceso al sistema judicial*». Y el avance más reciente se encuentra en la ampliamente conocida STJUE de 14 de junio de 2017, C-75/16, *Menini y Rampanelli*⁴⁵, dictada a propósito de la mediación en materia de consumo, donde se ha precisado que «*la exigencia de un procedimiento de mediación como requisito de admisibilidad de las acciones judiciales puede ser compatible con el principio de tutela judicial efectiva cuando dicho procedimiento no conduce a una decisión vinculante para las partes, no implica un retraso sustancial a efectos del ejercicio de una acción judicial, interrumpe la prescripción de los correspondientes derechos y no ocasiona gastos u ocasiona gastos escasamente significativos para las partes, y siempre y cuando la vía electrónica no constituya el único medio de acceder a ese procedimiento de conciliación y sea posible adoptar medidas provisionales en aquellos supuestos excepcionales en que la urgencia de la situación lo exija*» (apdo. 61 de la STJUE).

56. Segundo, porque su implantación se encuentra entre las medidas recomendadas por el amplio número de expertos consultados para elaborar el estudio promovido por Dirección General de Políticas Interiores de la Unión Europea titulado *Rebooting the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU* («*Relanzamiento*» de la Directiva sobre la mediación: *evaluación del impacto limitado de su aplicación y propuesta de medidas destinadas a aumentar el número de mediaciones en la Unión*)⁴⁶, como fórmula para acabar con la llamada «*UE Civil and Commercial Mediation Paradox*» y elevar la prevalencia de la mediación frente al proceso judicial —ahora situada en el 1 por ciento a nivel europeo—, para lograr una relación más equilibrada entre mediación y proceso judicial.

57. Y tercero, porque en España ya se está estudiando su adopción bajo una fórmula de «obligatoriedad mitigada», consistente en obligar a las partes a celebrar ante el mediador una sesión informativa y una sesión exploratoria —que podrán celebrarse en unidad de acto—, dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la demanda. Así se encuentra prevista en el Anteproyecto de Ley de Impulso a la Mediación aprobado en el Consejo de Ministros de 11 de enero de 2019 (art. 3º.2), que —bajo la denominación, ahora, de «Anteproyecto de medidas procesales, tecnológicas y de implantación de medios de solución de diferencias»—, acaba de superar la fase de consulta pública⁴⁷. El Informe de 28 de marzo de 2019 del Consejo General del Poder Judicial —con un contundente y fundado voto particular del Excmo. Sr. D. Vicente Guilarte, al que se han adherido cuatro vocales más—⁴⁸ expresa una valoración global favorable a la implantación de este «nuevo paradigma» de mediación obligatoria, desde el plano —superficial y no técnico— de la idoneidad de esta medida de política-legislativa que sigue en la agenda del Ministerio de Justicia.

⁴³ *Vid.*, por todos, E. D'ALESSANDRO, "Enforcing agreements resulting from mediation within the European judicial area: a comparative overview from an italian perspective", en BARTH, BÖHM, COVATA, CHALUPKA-DUNSE, FÜRLE, MARUCCI, *Online-Mediation in Cross-Border Disputes*, Stuttgart, 2013, pp. 89-94 (v.e. disponible en *SSRN Electronic Journal*, 2011, 10, DO 10.2139/ssrn.1950988); y C. MANDRIOLI y A. CARRATA, *Diritto processuale civile*, 27ª ed., Giappichelli, Turin, vol. III, pp. 509 y ss.

⁴⁴ ECLI:EU:C:2010:146.

⁴⁵ ECLI:EU:C:2017:457.

⁴⁶ *Vid. supra* nota 21.

⁴⁷ El texto inicial del Anteproyecto puede consultarse en <http://web.icam.es/bucket/Anteproyecto%20impulso%20mediaci%C3%B3n.pdf>.

⁴⁸ Ambos textos son accesibles en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-ley-de-impulso-a-la-mediacion>.

58. La segunda peculiaridad que —en los varios documentos de trabajo impulsados por la UE— acostumbra a destacarse de la ley de trasposición italiana consiste en que los efectos ejecutivos del acuerdo no se hacen depender —como indica el aptdo. 1 del art. 6 de la Directiva 2008/52/CE— del hecho de que lo soliciten «*ambas partes o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás*». Este es un extremo importante, aunque lo que no suele puntualizarse es que esta facilitación no es aplicable a la mediación *transfronteriza* objeto de la Directiva 2008/45/CE, sino únicamente a la mediación *doméstica* o *local*.

59. La fórmula acogida en Italia consiste en atribuir eficacia ejecutiva, sin más, al acuerdo de mediación doméstica o firmado por las partes con tal que estén asistidas por abogado y que los abogados también firmen el acuerdo. En estas condiciones, dice el primer párrafo del art. 12 d. lgs. 28/2010 que «*l'accordo che sia stato sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati costituisce titolo esecutivo (...)*», lo que ofrece un perfecto ejemplo de pérdida o —cuanto menos— de *aligeramiento* de las garantías de autenticidad, fehaciencia y legalidad del título a las que antes aludí. Ahora bien, estas garantías sí existen en el d. lgs. 28/2010, pero están reservadas a: (i) los acuerdos de mediación en asuntos transfronterizos, que —*ex art. 12.1.i.f.*— deben ser homologados «*dal Presidente del tribunale nel cui circondario l'accordo deve avere esecuzione*»; y a (ii) la conclusión de ciertos contratos susceptibles de inscripción en Registros Públicos, a los que el aptdo. 3 del art. 11 d. lgs. 28/2010 prescribe que su suscripción «*deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a cio' autorizzato*», con el paradójico resultado de que el acceso *registral* de estos acuerdos de mediación domésticos —sin repercusiones transfronterizas— reviste, con diferencia, mayores garantías que los que se exigen para dotarles de acceso a la tutela ejecutiva.

60. ¿*Quid* en España? ¿Cómo hemos integrado el requisito del art. 6.1 de la Directiva 2008/54/CE de que la eficacia ejecutiva se dispense «*a solicitud de ambas partes o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás*»? A través del otorgamiento de la escritura específica del art. 25 CE que, en cuanto *escritura pública*, tiene como contenido propio —así lo prescribe el art. 17.1.II de la Ley Notarial— «*las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases*» (art. 17.1.II). De la eficacia vinculante que por sí tiene el acuerdo y de la posibilidad añadida de otorgar esta escritura «*al objeto de configurar su acuerdo como un título ejecutivo*», debe el mediador informar a las partes a la conclusión del procedimiento de mediación (art. 23.3.II LMACM). Y es del todo aconsejable que así lo otorguen las partes, para adelantarse al surgimiento de cualquier discrepancia que rompa el clima de colaboración y que acabe con toda esperanza de reunir sobrevenidamente un consentimiento unánime para obtener la eficacia ejecutiva. No hace falta discurrir mucho para advertir que es bastante inverosímil imaginar como alternativa la interposición de una demanda de ejecución presentada por «*ambas partes o [por] una con el consentimiento explícito de las demás*» (que —aclarémoslo— resultaría en cualquier caso improponible por falta de título ejecutivo, de legitimación y de interés jurídico); de presentarse la demanda ejecutiva en términos semejantes, el tribunal debería denegar, sin más, el despacho de la ejecución *ex art. 551.1 LEC*, sin perjuicio de que las partes prefiguren ante notario el preceptivo título ejecutivo.

61. Para ESPLUGUES MOTA⁴⁹, la ejecutividad del instrumento no debería hacerse depender exclusivamente de la voluntad de las partes que concluyeron el acuerdo, sino dispensarse *ex lege* ligada al acuerdo mismo, para favorecer que la mediación —como enuncia la propia Directiva 2008/54/CE— no se convierta en una «justicia de segunda». Pero sucede que es esta *concreta voluntad* de los contratantes es la que, hoy, dota de *previsibilidad* a la especial eficacia procesal en que consiste la *ejecutabilidad* del acuerdo, más allá de la obligacional que es consustancial al acuerdo mismo; y, respecto del futuro, considero que hay que seguir confiando en los instrumentos públicos «de calidad» como llave de acceso —*ex lege*— a la tutela ejecutiva. No parece que interponer el otorgamiento —siempre voluntario— de escritura pública en los términos en que lo hace el art. 25 LMACM o una alternativa homologación judicial del

⁴⁹ En, entre otros, su “La ejecución de los acuerdos alcanzados en el marco de un procedimiento de mediación: diferentes continentes, diferentes soluciones y un objetivo — aparentemente — común”, en Revista Jurídica Digital UANDES, 3/1 (2019), 40-59, p. 43 (v.e. disponible en <http://rjd.uandes.cl/index.php/rjduandes/article/view/67>).

acuerdo alcanzado, conviertan a la mediación en una “justicia de segunda”. Entiendo, más bien, que la perspectiva con la que hay que abordar esta cuestión —que, dicho sea de paso, debe pasar también por un abaratamiento de la mediación y de los aranceles notariales ligados al otorgamiento de la escritura— es la del *acceso a la tutela ejecutiva* y la *calidad* con la que ésta se dispense, pues este es un ámbito que —por lo menos, en España— no tiene alternativas privadas de actuación y hay que cuidarlo. En particular, hay que evitar la tentación de disminuir las garantías que franquean el acceso a la ejecución y que terminan repercutiendo —siempre— en una peor calidad de la justicia ejecutiva, como muestra la historia de nuestro juicio ejecutivo o el propio proceso de ejecución italiano, que constituye un «paraíso del deudor», cuyo marco normativo —en las descriptivas palabras de una comparatista italiana— es «*the nightmare of law students, a minefield for lawyers, and a source of endless frustration for judgement holders*»⁵⁰.

62. No deberíamos perder de vista que por evitar que la mediación se convierta en una «justicia de segunda», el riesgo es que terminemos convirtiendo en «justicia de segunda» el proceso de ejecución. Esto no solo lo lamentaríamos en España, sino que puede dar al traste —no lo olvidemos— con el régimen unieuropeo de circulación automática de decisiones y documentos en materia civil que se está abriendo paso en el espacio UE y que se basa en el «sello de calidad» que aporta la construcción europea del «documento público de eficacia ejecutiva».

III. ¿La hora de la armonización internacional del régimen de reconocimiento y ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos?

1. El arranque de los trabajos de la CNUDMI

63. Pues bien, siguiendo la exitosa estela de la Convención de Nueva York de 1958, que, con su ratificación por ciento cincuenta y seis Estados, constituye el marco de referencia para el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales (en adelante, CNY), desde el año 2014 los EE.UU. han promovido, en el seno de la CNUDMI —y en paralelo a una modificación de la Ley Modelo de Conciliación Comercial Internacional de 2002, que ahora incluye un régimen de ejecución homólogo a la CSM—, la conclusión de un tratado multilateral que ofrece a los Estados normas uniformes sobre la ejecución de acuerdos resultantes de mediación en asuntos comerciales transfronterizos⁵¹. En homenaje a la querencia asiática por la cultura de la cooperación y la negociación frente al «paradigma adversarial» del arbitraje, el texto resultante es conocido como la «Convención de Singapur sobre la Mediación»⁵², en tributo a la ciudad-Estado que ha albergado la firma de la Convención y que lleva años trabajando en esta materia —y millones invertidos en ella— para convertirse en foro de mediación de referencia internacional, sobre todo, en el eje Asia-Pacífico⁵³.

⁵⁰ E. SILVESTRI, “The devil is in the details: remarks on Italian enforcement procedures”, en C. H. VAN RHEE Y A. UZELAC, *Enforcement and Enforceability. Tradition and Reform*, cit., p. 207 y *passim*.

⁵¹ Los entresijos de la negociación de la CSM pueden verse en varios trabajos publicados por los representantes nacionales de —hasta ahora— EE. UU.: T. SCHNABEL, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework...”, *loc. cit.* pp. 1-60, e “Implementation of the Singapore Convention Federalism, self-execution, and private law treaties”, en *The American Review of International Arbitration*, Vol. 30, pp. 265-289. Y de Australia y Singapur, respectivamente: K. MCCORMICK Y S. S. M. ONG, “Through the looking glass: an insider’s perspective into the making of the Singapore Convention on Mediation”, en (2019) 31 *Singapore Academy of Law Journal*, special issue, v. e. disponible en <https://journalsonline.academypublishing.org.sg/Journals/Singapore-Academy-of-Law-Journal-Special-Issue/Current-Issue/ctl/eFirstSALPDFJournalView/mid/503/ArticleId/1471/Citation/JournalsOnlinePDF>.

⁵² Secretaria del Grupo de Trabajo II, por su parte, ha publicado también su punto de vista en N. Y. MORRIS SHARMA, “Constructing the Convention on Mediation. The Chairperson’s perspective”, en (2019) 31 *Singapore Academy of Law Journal*, special issue, pp. 487-519, v. e. disponible en <https://journalsonline.academypublishing.org.sg/Journals/Singapore-Academy-of-Law-Journal-Special-Issue/Current-Issue/ctl/eFirstSALPDFJournalView/mid/503/ArticleId/1468/Citation/JournalsOnlinePDF>.

⁵³ *Vid.* el Punto 4 de la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de 20 de diciembre de 2018, ya citada.
⁵³ Sirva como botón de muestra el despliegue institucional que refieren J. HADIKUSUMO Y E. CHUA, “Recent Developments in International Mediation: Singapore’s Unique Approach”, en *Taipei International Conference on Arbitration and Mediation* 2015, September 6-7; y G. LIM, “International commercial mediation. The Singapore model”, en (2019) 31 *Singapore Academy of Law Journal*, special issue, v. e. en <https://journalsonline.academypublishing.org.sg/Journals/Singapore-Academy-of-Law-Journal-Special-Issue/Current-Issue/ctl/eFirstSALPDFJournalView/mid/503/ArticleId/1465/Citation/JournalsOnlinePDF>.

64. Ahora bien, para no llevarse a engaño, digamos ya que tampoco en Singapur está arraigado el recurso a la mediación, que sigue siendo el método más impopular de resolución de controversias. Según una estadística realizada en el año 2016 por la *Singapore Academy of Law* entre quinientos abogados mercantilistas y operadores jurídicos del mercado asiático⁵⁴, solamente un 5 por ciento de los encuestados mostró su preferencia por la mediación como método para resolver controversias, frente al 71 por ciento que se decantó por el arbitraje, seguido del 24 por ciento que lo hizo por el proceso judicial.

65. En este punto, no se oculta que los grandes usuarios de la mediación comercial en asuntos transfronterizos, esto es, las empresas y los abogados norteamericanos⁵⁵, encuentran obstáculos para convencer a sus socios internacionales de solucionar sus diferencias a través de la mediación, a causa de la falta de arraigo en sus culturas de procedencia. Y se observa⁵⁶ que la carencia de un régimen armonizado de eficacia extraterritorial de los acuerdos obtenidos en mediación sitúa a la mediación en franca desventaja frente al arbitraje, al que la CNY franquea la puerta del proceso de ejecución sin necesidad de intervención previa de las autoridades públicas. El resultado es que el acuerdo obtenido en mediación encuentra todavía muchas reticencias en el mundo de los negocios internacionales por la necesidad, para ganar eficacia ejecutiva, de acudir a alguna de las tres vías que acostumbra a ofrecer las diferentes legislaciones nacionales⁵⁷: (i) la *homologación judicial* del acuerdo, cuando la mediación se alcanza en el marco de una controversia ya judicializada; (ii) su «homologación *arbitral*», en el sentido de trasladar a un laudo el acuerdo alcanzado por las partes en mediación, al objeto de prefigurar su eficacia extraterritorial al amparo de la CNY, todo ello mediante variadas articulaciones híbridas de mediación y arbitraje; y (iii) la «notarización» del acuerdo, que es una modalidad presente en los sistemas de *civil law* como el nuestro, como se ha visto.

66. Así pues, la voluntad que alimenta la iniciativa de la CSM —que arrancó sin grandes expectativas y que ha despertado solo unas pocas adhesiones, pero ocasionalmente intensas, procedentes sobre todo del ámbito del *common law*^{58 59}— es ofrecer un régimen liberalizado de libre circulación e inmediata ejecutabilidad de los acuerdos transnacionales obtenidos en mediación, como medida deseable e idónea

⁵⁴ Así, S. MENON, a la sazón *Chief Justice* de la *Supreme Court of Singapore*, en su intervención titulada “The Singapore Convention on Mediation & the coming of a New Age”, pronunciada en *Supreme People’s Court of Vietnam workshop on mediation* el día 17 de septiembre de 2019, p. 14, disponible en <https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/default-document-library/vietnam-spc-mediation-workshop---for-publication.pdf>; estos datos también figuran en el estudio de CHUA, E., “The Singapore convention on mediation – A Brighter Future for Asian dispute resolution”, en (2019) *Asian Journal of International Law*, p. 10, v.e. disponible en <https://doi.org/10.1017/S2044251318000309>.

⁵⁵ T. SCHNABEL, “Implementation of the Singapore Convention”..., *loc. cit.*, p. 289.

⁵⁶ Por todos, E. CHUA, “Enforcement of International Mediated Settlements without the Singapore Convention on Mediation”, *loc. cit.*, pp. 573-574.

⁵⁷ *Vid.* el panorama que en clave latina expone C. ESPLUGUES MOTA, en “La ejecución de los acuerdos alcanzados en el marco de un procedimiento de mediación: diferentes continentes, diferentes soluciones..”, *loc. cit.*; y, desde un contexto más global, E. CHUA, “Enforcement of International Mediated Settlements without the Singapore Convention on Mediation”, *ibidem*.

⁵⁸ *Vid.*, además de los trabajos citados en nota 48, las aportaciones de E. CHUA, “The Singapore convention on mediation – A Brighter Future for Asian dispute resolution”, *loc. cit.*; y “Enforcement of International Mediated Settlement Agreements in Asia – A Path towards Convergence”, en *Asian International Arbitration Journal*, vol. 15(1), pages 1-28 (2019), v.e. en <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Asian+International+Arbitration+Journal/15.1/AIAJ2019001>; de D. QUEK ANDERSON, “Supporting party autonomy in the enforcement of cross-border mediate settlement agreements: A brave new world or uncharted territory?”, en L. CADIET, B. HESS Y M. REQUEJO ISIDRO, *Privatizing dispute resolution: Trends and limits*, ed. Nomos, 2019, pp. 349-392, también disponible en https://ink.library.smu.edu.sg/sol_research/2909; de S. CHONG y F. STEFEEK, “Enforcement of International settlement agreements resulting from mediation under the Singapore Convention. Private International Law Issues in Perspective”, en (2019) 31 *Singapore Academy of Law Journal*, special issue, v. e. disponible en <https://journalsonline.academypublishing.org.sg/Journals/Singapore-Academy-of-Law-Journal-Special-Issue/Current-Issue/ctl/eFirstSALPDFJournalView/mid/503/ArticleId/1467/Citation/JournalsOnlinePDF>.

⁵⁹ Desde las coordenadas del *civil law*, la CSM ha tenido un recibimiento menos caluroso a causa de la falta de certidumbre sobre el tipo y la calidad de la mediación cuya circulación se trata de asegurar. Me he servido de las lecturas de E. SILVESTRI, “The Singapore Convention on Mediated settlement agreements: a new string to the bow of international mediation?”, en *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Ano 13, Volume 20, Número 2, Maio a Agosto de 2019, DOI: <https://doi.org/https://doi.org/10.12957/redp.2019.44558>; y, sobre todo, por provenir de las filas de la doctrina española, del recentísimo trabajo de ESPLUGUES MOTA sobre la CSM titulado “La convención de Singapur sobre Mediación y la creación de un título deslocalizado...”, *loc. cit.*

para impulsar la aceptación de la mediación como medio apropiado de resolución de controversias en el plano del comercio internacional. De lo que se trata, en pocas palabras, es de contemporizar la creciente *informalidad* de los negocios comerciales internacionales con la del instrumento que dota de eficacia extraterritorial al acuerdo obtenido en mediación, de manera que a éste se le despoja por completo —como vamos a ver— de formalismos que entorpezcan su circulación y hasta de marco legal de referencia en el origen. Con razón se ha calificado, pues, al producto resultante de la CSM de «título deslocalizado dotado de fuerza ejecutiva directa» (ESPLUGUES MOTA), de «*stateless instrument*» (SCHNABEL, SILVESTRI)⁶⁰.

67. Cabe indicar que, dentro de las medidas dirigidas a favorecer la firma y ratificación de la CSM —que es el punto crítico de su implantación—, se incluye un régimen bastante flexible de «reservas», regulado en el art. 8, en virtud del cual se permite, en especial, que los Estados se reserven la posibilidad de otorgar a los contratantes una suerte de *opt in*, de modo que puedan acogerse al CSM «*solo en la medida en que las partes en el acuerdo de transacción hayan consentido que se aplique*» (art. 8.1.b), lo que abre las puertas de la CSM —ya suficientemente amplias— a contratos que de otra manera no las tendrían abiertas, como, p. ej., los acuerdos de mediación domésticos. Por su parte, el art. 7 CSM recoge la llamada «*regla de la máxima eficacia*», por la que la CSM renuncia a su aplicación preferente frente a otros regímenes, nacionales o convencionales, que puedan dispensar eficacia ejecutiva extraterritorial más fácilmente, si así lo desean las partes.

6. El ámbito de aplicación de la CSM

68. El art. 1 CSM regula el *Ámbito de aplicación* de este instrumento mediante el establecimiento, de un lado, de los requisitos que —en sentido positivo— debe reunir el acuerdo obtenido en mediación para ser objeto de la CSM (aptdo. 1) y, de otro lado, mediante la determinación —en sentido negativo— de los acuerdos que quedan excluidos de la CSM en razón de la materia o del procedimiento de resolución seguido. El resultado que arroje la conjunción de estos criterios cabe considerarlo el «título ejecutivo» al que la CSM asegura la libre circulación internacional, pese a que prescinde de emplear la idea noción de «instrumento ejecutable» o de «título ejecutivo», que queda así confundido con el contenido o *negotium*.

A) El acuerdo escrito firmado por las partes obtenido en mediación con el fin de resolver una controversia comercial internacional

69. El apdo. 1 del art. 1 CSM delimita positivamente a qué clase de acuerdos se aplica el régimen de circulación que se propone: al «*acuerdo escrito*» «*firmado por las partes*» que haya sido «*obtenido en mediación*» con el fin de resolver una «*controversia internacional comercial*». Veamos, con distinto orden, en qué ha de consistir cada uno de estos elementos que constituyen el presupuesto de aplicabilidad de la CSM, con la advertencia de que la CSM está implícitamente al servicio de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, de 2018, a cuyo texto hay que acudir para terminar de perfilar algunos de sus conceptos.

a) Acuerdo obtenido en mediación

70. La CSM circunscribe su aplicación, en primer término, al acuerdo «*resultante de la media-*

⁶⁰ C. ESPLUGUES MOTA, «La Convención de Singapur de 2018 sobre mediación y la creación de un título deslocalizado...», *loc. cit.*, p. 57; T. SCHNABEL, «The Singapore Convention on Mediation: A Framework...», *loc. cit.*, p. 22; y E. SILVESTRI, «The Singapore Convention on Mediated settlement agreements...», *loc. cit.*, p. 193.

ción» en los términos que el aptdo. 3 del art. 2 se encarga de definir: «se entenderá por “mediación”, cualquiera sea la expresión utilizada o la razón por la que se haya entablado, un procedimiento mediante el cual las partes traten de llegar a un arreglo amistoso de su controversia con la asistencia de uno o más terceros (“el mediador”) que carezcan de autoridad para imponerles una solución».

71. Lo definitorio de la mediación de la CSM no es, pues, la denominación que se emplee para aludir a ella, sino la *intervención* de carácter *no dirimente* del tercero llamado «mediador». La ausencia, al tiempo de alcanzarse el acuerdo, de potestades para resolver el conflicto por parte del tercero o mediador es lo que caracteriza la mediación y preserva su naturaleza *autocompositiva* de solución de controversias. Pero una delimitación ulterior del «acuerdo mediado» que es objeto de la CSM pasa por efectuar cuatro observaciones.

72. La primera es terminológica, para advertir que la CSM ha terminado acogiendo los términos «mediación» y «mediador», en lugar de «conciliación» y «conciliador», por —se dice— mera actualización lingüística, ya que los primeros tienen un uso más generalizado en la actualidad. Lo mismo se ha hecho en la Ley Modelo, que ha tenido algunos ajustes «con la expectativa de que el cambio facilite la promoción de la Ley Modelo y aumente su visibilidad»⁶¹. Queda, así, avisado el lector de que los términos «conciliación» y «mediación» son intercambiables en la CSM. Sin embargo, resulta perturbador que el texto también aparezca salpicado, aquí y allá, del concepto de «contrato de transacción», que bien podría haberse sustituido por los anteriores, si es que se tienen —como se dice— por completamente intercambiables. La razón de que no se haya hecho se encuentra fuera de la CSM; concretamente, está situada en el hecho de que lo que la Ley Modelo considera intercambiables y equivalentes, de acuerdo con su art. 1.1, son los conceptos de «mediación comercial» y «acuerdos de transacción» internacionales. El resultado es un *puzzle* al que le falta armonía interna y que, con razón, se ha hecho acreedor de la crítica de amontonar conceptos diferentes sin precisión que le dedica ESPLUGUES MOTA⁶². La cuestión dista de ser meramente lingüística, porque, sin un marco legal de referencia aplicable al acuerdo obtenido en mediación, su objeto es, en principio, *omnicomprensivo*: abraza toda suerte de transacciones, acuerdos, negociaciones y cualquier producto jurídico que arroje la mediación.

73. La segunda observación tiene más enjundia, por varias circunstancias. Para la CSM da lo mismo la razón por la que se haya acudido a la mediación. Como tributo al art. 6.3 de la Ley Modelo, poco importa —como se ha observado⁶³— que hayan llegado las partes por iniciativa propia o por disposición de un tribunal o de otra autoridad. También resulta irrelevante que a la mediación hayan acudido las partes *antes* o *después* del surgimiento de las diferencias⁶⁴. Lo decisivo —nótese bien— es que el acuerdo sea el producto *amistoso* de un indeterminado *procedimiento* en cuya *conclusión* haya *intervenido* un mediador. Ni siquiera se precisa —a diferencia del art. 3.a) de la Directiva 2008/52/CE— que el procedimiento revista cierta «estructuración», como admite el propio SCHNABEL sin ocultar la preocupación de las delegaciones alemana, austriaca y de la UE durante la negociación del texto⁶⁵. Y, en fin, la CSM no prefigura tampoco la clase, el contenido, la intensidad o la duración de la «asistencia» del mediador. El mismo SCHNABEL propone que el art. 1.1 CSM no es incompatible con que las partes convengan en convertir al mediador en árbitro, sin que ello desborde el ámbito de la CSM, puesto que al tiempo del “acuerdo de cambio de ADR” se cumpliría el requisito de que al mediador le falte la facultad para dirimir el conflicto⁶⁶.

74. La tercera precisión es que la eficacia ejecutiva está vinculada *ex lege* al acuerdo mismo

⁶¹ Nota 1 de pie de página la Ley Modelo de Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, de 2018, introducida por el grupo de trabajo.

⁶² *Vid. supra* nota 4.

⁶³ Así, T. SCHNABEL, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework...”, *loc. cit.* pp. 16-17; y C. ESPLUGUES MOTA, “La convención de Singapur sobre Mediación y la creación de un título deslocalizado...”, *loc. cit.*, p. 62.

⁶⁴ *Vid.* T. SCHNABEL, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework...”, *loc. cit.* pp. 15-16.

⁶⁵ T. SCHNABEL, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework...”, *loc. cit.* pp. 15-16 y notas 84 y 87.

⁶⁶ *Vid.* T. SCHNABEL, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework...”, *loc. cit.* p. 17.

obtenido en mediación —siempre que reúna, se entiende, el resto de requisitos del art. 1 CSM—, sin que se exija ninguna clase de «*enforceable clause*» o constancia de la voluntad de todas las partes de dotar de eficacia ejecutiva al acuerdo obtenido en mediación. De este sistema, que es el que rige —por ahora— en la UE en virtud del art. 6 de la Directiva 2008/52/CE, prescinde por completo la CSM, de tal manera que toda clase de obligaciones asumidas en el acuerdo obtenido en mediación tendrá, además de la consustancial eficacia *contractual*, una también *consustancial eficacia ejecutiva* a la que genéricamente se refiere el art. 4 CSM y que el art. 3.1 manda hacer efectiva a cada Estado parte «*de conformidad con sus normas procesales y en las condiciones establecidas en la presente Convención*». Ni siquiera se circunscribe la eficacia automática del acuerdo mediado a las obligaciones de naturaleza dineraria, como sugirió la Unión Europea durante las negociaciones, sin éxito⁶⁷. Este texto propone, en suma, ilimitada ejecutividad inmediata del acuerdo, sin términos intermedios.

75. Quiere decirse que, a la postre, la eficacia extraterritorial del acuerdo gravita alrededor de la *intervención final del mediador*, que no aparece revestido de ninguna garantía en la CSM, aunque es verdad que tampoco le han sido dadas facultades para imponer la solución a las partes. De esta forma, la CSM ha creado —no sin polémica durante las negociaciones— «*a new category of legal instrument on the international plane (...) a new status to mediated settlements*» (SCHNABEL)⁶⁸, dotado de una especial eficacia extraterritorial solo por la circunstancia de ser el producto de una mediación comercial transnacional⁶⁹. O en pocas palabras: la CSM ha convertido al mediador en el «alquimista» capaz de *transmutar* un acuerdo privado en un *título ejecutivo de eficacia transfronteriza* gracias a la «piedra filosofal» de la mediación, que obra el prodigio de convertir los metales en oro. Aquí radica, en mi opinión, el meollo de la cuestión y el dilema que tiene ante sí, en particular, la UE, en cuyo espacio judicial civil de confianza mutua entre los Estados miembros no se ha llegado tan lejos como propone este texto con aspiración planetaria.

76. La cuarta precisión no consuela de los defectos anteriores, sino que los acrecienta. Guarda relación con la pretensión de algunas delegaciones —México y China, fundamentalmente— de incluir en el ámbito de la CSM, junto a los acuerdos “mediados”, los contratos privados de carácter comercial internacional, sin más requisitos. Pues bien, esta pretensión se rechazó de forma expresa durante las negociaciones, pero SCHNABEL⁷⁰ ha propuesto una vía que podría conducir al mismo resultado práctico, al amparo —dice— de la posibilidad de extender la Convención a tales contratos, en virtud de las amplias previsiones del art. 7 CSM. Esta opinión —puede pensarse— no pasa de ser una interpretación más de la CSM. Y así es; exactamente como todas. Pero la influencia de la persona que la propone favorece que pueda tener acogida una lectura exacerbada del art. 1.1 CSM que pueda acabar suponiendo que la CSM se emplee *desnaturalizadamente* como *medio para concluir* negocios comerciales internacionales de eficacia extraterritorial inmediata, y no para «dirimir una controversia comercial», como pide el art. 1.1 CSM y se reitera en el art. 2.3 CSM, en el bien entendido de presuponerse —aunque no se diga de forma expresa— la *preexistencia* de la relación comercial misma. En mi opinión, es rechazable una lectura tal que desfigure la quintaesencia de la mediación como método de resolución de conflictos alternativa al proceso jurisdiccional. Considero que, siendo —por supuesto— lícito el fomento del comercio internacional, hay que poner en evidencia que una convención dedicada al *régimen del reconocimiento y la ejecución internacionales* de ciertos acuerdos privados no es razonable que acabe convertida en el instrumento que permita *concluirlos*, borrando de un plumazo todo marco legal de referencia para sustituirlo por la *autorreferencialidad* de la propia CSM, que es, a la postre, la de la libérrima voluntad de los contratantes.

77. La —sólo en apariencia— contrapartida a la laxitud con la se define el acuerdo resultante de mediación objeto de la CSM radica en que, para hacer valer la eficacia del acuerdo resultante de la

⁶⁷ Vid. T. SCHNABEL, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework...”, *loc. cit.* pp. 11-12.

⁶⁸ Vid. T. SCHNABEL, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework...”, *loc. cit.* pp. 9-11.

⁶⁹ Vid. las críticas de C. ESPLUGUES MOTA, “La convención de Singapur sobre Mediación y la creación de un título deslocalizado...”, *loc. cit.*, pp. 64-66.

⁷⁰ T. SCHNABEL, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework...”, *loc. cit.* p. 19.

mediación, es preciso aportar la prueba de que ha sido obtenido a través de la mediación, además de tener que aportarse el propio acuerdo firmado por las partes. En este sentido, el apdo. 1 del art. 4 CSM exige que se aporten «*pruebas de que se llegó al acuerdo de transacción como resultado de la mediación, por ejemplo: i) La firma del mediador en el acuerdo de transacción; ii) Un documento firmado por el mediador en el que se indique que se realizó la mediación; iii) Un certificado expedido por la institución que administró la mediación; o iv) A falta de las pruebas indicadas en los incisos i), ii) o iii), cualquier otra prueba que la autoridad competente considere aceptable*». Ahora bien, la exigencia de esta aportación está muy descafeinada, puesto que la sola firma del mediador estampada en el acuerdo o, en su defecto, la aportación de un certificado del centro de mediación colman, por sí mismas, la prueba de haberse obtenido el acuerdo como resultado de haberse seguido un procedimiento de mediación, lo que, en ausencia de reglas de estándares mínimos sobre la calidad de la mediación o la formación del mediador —cuya cualidad de *independiente* y la obtención de algún tipo de *cualificación* se rechazaron durante las negociaciones de la CSM⁷¹— convierte a esta firma o al certificado en un bien *extremadamente valioso* para conseguir la circulación internacional del acuerdo, sin exigencias jurídicas a cambio relativas siquiera a la autenticidad o la fehaciencia del documento.

78. Además, a las autoridades de ejecución no les ha sido dada incondicionalmente la potestad de recabar otras pruebas que acrediten la existencia del procedimiento de mediación, pues esta potestad solo se tiene de forma subsidiaria, de acuerdo con lo que dispone el art. 4.1.b.iv) CSM, cuando el acuerdo mediado no figura firmado por el mediador y la parte contratante, ni tampoco el solicitante ha aportado certificado del mediador o del centro de mediación; lo que confiere un carácter *limitado* a la amplitud con la que parece operar el art. 4.4 CSM, en virtud del cual la autoridad del Estado de ejecución puede «*exigir cualquier documento que sea necesario para verificar que se han cumplido los requisitos establecidos en la Convención*». Lo puede pedir, sí, pero solo cuando el acuerdo no vaya firmado por el mediador, ni el solicitante se haya aportado alguno de los mencionados certificados del mediador o del centro.

b) Exigencia de la forma escrita y de la firma del acuerdo. Idioma y traducción

79. Para poder disfrutar del régimen de eficacia extraterritorial inmediata que ofrece la CSM a los acuerdos de mediación que constituyen su objeto, basta con que el acuerdo revista *forma escrita*. El art. 2.2 CSM proporciona la definición de la forma escrita requerida por el art. 1.1 CSM, que queda rebajada a que quede constancia duradera del acuerdo de cualquier forma: «*Se entenderá que un acuerdo de transacción se ha celebrado “por escrito” si ha quedado constancia de su contenido de alguna forma. El requisito de que el acuerdo de transacción conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si es posible acceder a la información contenida en ella para su ulterior consulta*».

80. En este art. 2.2 CSM quedan retratados el *antiformalismo* y la *flexibilidad* que se predicán como virtudes de la mediación y que no lo son tanto cuando se aplican no ya a la materia del comercio internacional, sino a la que constituye el régimen de reconocimiento y ejecución que aspira a infundir confianza en la mediación a todos los operadores jurídicos, y no solo a las partes favorecidas por los benéficos efectos de la eficacia extraterritorial que se trata de dispensar. A los efectos de lograr su circulación internacional, basta con que del acuerdo alcanzado quede constancia o bien «por escrito», incluida su constancia electrónica siempre que sea posible su almacenamiento y recuperación posterior para consulta, o bien de cualquier otra manera. Esto es: una constancia que vive al margen de todo formalismo, pero también *al margen de las garantías* que representan el otorgamiento de documento público o la aprobación del acuerdo por una autoridad, respecto de la *autenticidad* del documento, la *legalidad* del acuerdo y la *identidad y capacidad* de las personas que intervienen en él. No es de extrañar que a algunos juristas con mentalidad continental pueda darnos escalofríos pensar que el mero documento privado “*intervenido por mediador*” que documente un acuerdo comercial internacional constituya una

⁷¹ Vid. T. SCHNABEL, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework...”, *ibidem*.

clase nueva de instrumento jurídico en razón de su cualificada eficacia extraterritorial, en el que se han perdido los confines entre el *negotium* y el *instrumentum*.

81. Por otro lado, el acuerdo mediado ha de contar con la firma, al menos, de todas las partes; como se ha visto, la del mediador puede suplirse en los términos —ya mencionados— de la letra b) del art. 4.1 CSM. En este punto, el aptdo. 2 del art. 4 facilita la firma electrónica del acuerdo en los siguientes términos: *«el requisito de que el acuerdo de transacción esté firmado por las partes o, cuando corresponda, por el mediador; se dará por cumplido respecto de una comunicación electrónica: a) Si se utiliza un método para determinar la identidad de las partes o del mediador y para indicar la intención que tienen las partes o el mediador respecto de la información contenida en la comunicación electrónica; y b) Si el método empleado: i) O bien es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o transmitió la comunicación electrónica, atendidas todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo que sea pertinente; o ii) Se ha demostrado en la práctica que, por sí solo o con el respaldo de otras pruebas, dicho método ha cumplido las funciones enunciadas en el apartado a) supra»*.

82. El idioma del acuerdo de mediación —o los varios que hayan podido emplearse— puede ser cualquiera que las partes acepten. La única previsión de la CSM sobre este extremo consiste en disponer que cuando se haga valer el acuerdo redactado en un idioma distinto del oficial del Estado del foro, puede el tribunal *«pedir una traducción del acuerdo a ese idioma»* (art. 4.3 CSM).

c) Carácter internacional y comercial del acuerdo obtenido. La «deslocalización» del acuerdo

83. El atributo de la «internacionalidad» del acuerdo de mediación objeto de la CSM gira en torno al lugar del «establecimiento» de las partes o, en su defecto, de la concurrencia un *vínculo de conexión* con el territorio de otro Estado. En concreto, de acuerdo con el aptdo. 1 del art. 1 CSM (homólogo del art. 3.2 de la Ley Modelo), la internacionalidad se determina al tiempo de *concluirse el acuerdo* —esto es, *sobrevenidamente*—, y a causa de concurrir alguna de estas dos circunstancias: (i) que *«al menos, dos»* de las partes contratantes tengan *«sus establecimientos en Estados diferentes»*, en el bien entendido que, de acuerdo con la definición de «establecimiento» del art. 2.1 CSM, *«cuando una parte tenga más de un establecimiento, prevalecerá el que guarde una relación más estrecha con la controversia dirimida mediante el acuerdo de transacción, considerando las circunstancias conocidas o previstas por las partes en el momento de celebrar el acuerdo»*, y que *«cuando una parte no tenga ningún establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual»*; o bien (ii) que el Estado del «establecimiento» de las partes —con aplicación de los criterios mencionados— sea distinto de aquel donde deba cumplirse *«una parte sustancial de las obligaciones derivadas del acuerdo»*, o bien no sea el Estado *«que está más estrechamente vinculado al objeto del acuerdo»*.

84. La CSM se aplica, desde este punto de vista, a todo acuerdo comercial de carácter o alcance internacional, con independencia del lugar donde se haya desarrollado la mediación o del lugar donde se ubique el mediador o el centro de mediación. El desarrollo de las comunicaciones telemáticas convierte en *irrelevante* el lugar de la negociación del acuerdo, para poner el foco en el *lugar del negocio* sobre el que versa el acuerdo, lo que plantea, al menos, dos observaciones.

85. La primera, en importancia menor, es que la CSM no proporciona ninguna definición de «establecimiento» o *«place of business»*, en el que descansa, en primera instancia, la clave de la internacionalidad que se pide para su aplicación. Aunque se ha propuesto acudir «a otros textos elaborados por la CNUDMI»⁷², parece que el término está empleado en sentido material.

⁷² C. ESPLUGUES MOTA, «La convención de Singapur sobre Mediación y la creación de un título deslocalizado...», *loc. cit.*, p. 62.

86. La segunda observación radica en que en la CSM el acuerdo de mediación no tiene *nacionalidad*, ni la mediación, *sede*. Estas nociones, tan necesarias cuando se trata de dotar de eficacia extra-territorial a resoluciones judiciales y a laudos, han sido *deliberadamente* excluidas de la Convención. El acuerdo resultante de la mediación que es objeto de la CSM o es internacional o no lo es —como se ha postulado, según hemos visto—, pero no es del “Estado X” o del “Estado Y”: en su circulación internacional no hay binomio “Estado de origen” y “Estado requerido”, razón por la que se dice que la Convención —al decir de ESPLUGUES MOTA— «diseña un título esencialmente desvinculado de cualquier ordenamiento jurídico de referencia»⁷³.

87. El estudio de las consecuencias que pueda tener esta caracterización del acuerdo de mediación corresponde a iusprivatistas y a internacionalistas. Desde la perspectiva del Derecho procesal, hemos de limitarnos a observar que esta deslocalización propicia que, con ocasión de regular el “reconocimiento” o a la ejecución del acuerdo, se introduzcan determinaciones legales *ajenas* al tratamiento procesal de la cuestión. Es posible ilustrarlo con dos ejemplos y medio. Al albur de disposiciones en apariencia procesales, la CSM deja prefiguradas, en concreto: (i) la total o parcial eficacia —que tendrá que ser valorada *ad casum*— del carácter *excluyente* o *enervatorio* —parece, puesto que no es apreciable de oficio— que el aptdo. 2 del art. 3 CSM atribuye al acuerdo obtenido en mediación, respecto de hechos jurídicos producidos con anterioridad a la conclusión del acuerdo, pues no otra cosa significa que se permita a la parte invocar la existencia del acuerdo «*a fin de demostrar que la cuestión ya ha sido resuelta*»; y (ii) con ocasión del motivo de oposición a la ejecución que alegue el ejecutado para suscitar la ineficacia o invalidez del acuerdo al amparo de la letra b) del art. 5.1 CSM, la CSM deja determinado que la ley aplicable al fondo de esta cuestión será «*la ley a la que las partes lo hayan sometido válidamente o, si esta no se indicara en él, a la ley que considere aplicable la autoridad competente de la Parte en la Convención en que se soliciten medidas*». A mitad de camino se encuentra la salvaguarda del orden público del Estado del foro, que, conforme al aptdo. 2 del art. 5 CSM, no solo sirve para preservar los postulados fundamentales de su ordenamiento, sino también para controlar el carácter dispositivo del objeto de la controversia y los términos en que puede «*resolverse por la vía de la mediación*».

88. Por su parte, art. 1.1 CSM también pide que el acuerdo obtenido en mediación presente carácter «comercial», pero no ofrece una definición legal de este atributo al que termina de dar forma la relación de las materias y asuntos que quedan extramuros del Convenio en virtud de las exclusiones del aptdo. 2 del art. 1. SCHNABEL propone como ejemplos de carácter mercantil los contratos de inversión estatal relativos al sector de la construcción o a la extracción de fuentes naturales⁷⁴; y SIM, los que ponen fin a los conflictos entre inversionistas y Estados⁷⁵.

B) Materias excluidas de la CSM

89. El aptdo. 2 del art. 1 CSM contiene las exclusiones del ámbito del Convenio, ya en razón del carácter no comercial de la materia, ya en razón de la existencia de otros instrumentos internacionales que ya regulan su reconocimiento y ejecución en el plano internacional. El abanico de materias comprende: (i) los acuerdos obtenidos en materia de consumo, caracterizados como aquellos «*en l[os] que una de las partes (un consumidor) participe con fines personales, familiares o domésticos*»; (ii) los «*relacionados con el derecho de familia, el derecho de sucesiones o el derecho laboral*»; (iii) los acuerdos «*que hayan sido aprobados por un órgano judicial o concertados en el curso de un proceso ante*

⁷³ C. ESPLUGUES MOTA, “La convención de Singapur sobre Mediación y la creación de un título deslocalizado...”, *loc. cit.*, p. 63.

⁷⁴ T. SCHNABEL, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework...”, *loc. cit.*, pp. 22-23.

⁷⁵ *Vid.* C. SIM, “Conciliation of Investor-State Disputes Arb-Con-Arb and the Singapore Convention”, *Singapore Academy of Law Journal*, 31(Special Issue), 670-712, espec. 691 y ss, v. e. disponible en <https://journalsonline.academypublishing.org.sg/Journals/Singapore-Academy-of-Law-Journal-Special-Issue/Current-Issue/ctl/eFirstSALPDFJournalView/mid/503/ArticleId/1475/Citation/JournalsOnlinePDF>.

un órgano judicial» y sean susceptibles de «*ejecutarse como una sentencia en el Estado de ese órgano judicial*», es decir, entre otros, nuestras unieuropeas «transacciones judiciales que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen» a que se refiere —entre otros— el art. 59 del Reglamento 1215/2012, materia cuya exclusión fue una exigencia de la UE durante las negociaciones de la CSM para preservar la normal circulación intraeuropea de estos títulos⁷⁶; y (iv) los acuerdos de las partes «*que hayan sido incorporados a un laudo arbitral y sean ejecutables como tal*».

IV. ¿En qué consiste la «eficacia extraterritorial» que atribuye la convención?

90. La CSM se aleja de la tradicional distinción entre «reconocimiento» y «ejecución» del acuerdo de mediación y, en su lugar, los define funcionalmente en el art. 3 CSM. Este artículo contempla —cabe decir que *naturalísticamente*— las dos «utilidades» procesales que cabe dar al acuerdo obtenido en mediación y que se corresponden, materialmente, con la línea que distingue entre el «reconocimiento» y la «ejecución» de resoluciones, acuerdos y documentos, a saber: (i) invocarlo «como defensa», con la indeterminada eficacia que deba tener en el plano sustantivo, para basar en él hechos impositivos, extintivos o excluyentes que puedan asociarse al hecho de «*que la cuestión ya ha sido resuelta*», que es el plano que se corresponde con el tradicional «reconocimiento»; y (ii) pedir la ejecución del acuerdo, empleándolo «como un arma» ante el incumplimiento de la contraparte, para que por las autoridades competentes se adopten las medidas ejecutivas que resulten precisas para realizar la responsabilidad que se deriva del incumplimiento del acuerdo, que es el plano en el que opera la «eficacia ejecutiva».

1. La «*which-is-no-called-“recognition”*» del acuerdo obtenido en mediación

91. *Omni definitio in iure civile periculosa est*, pensaron los negociadores de la CSM cuando se enfrentaron a la tarea de definir o dar forma al «reconocimiento» del acuerdo obtenido en mediación⁷⁷, siguiendo una tendencia que también se advierte en el ámbito unieuropeo. En el caso de la CSM, se trata de una omisión deliberada —sugerida por la delegación israelí durante las negociaciones, mediante a una solución de compromiso, ante la oposición de la UE a que la materia fuera objeto de la Convención⁷⁸— que orilla el problema que habría supuesto definir con precisión qué alcance habría entonces que dar a la eficacia de «cosa *transada*» como usual consecuencia del reconocimiento.

92. No encontramos, así, ninguna alusión al «reconocimiento» —salvo en el art. 12.4 CSM, para, eventualmente, dejar a salvo sistemas jurídicos integrados como el unieuropeo— y esta carencia se suple con una *descripción funcional* del “núcleo duro” de los efectos del reconocimiento que importa preservar con todo sentido práctico. El resultado de «*which-is-no-called-“recognition”*» —SCHNABEL *dixit*⁷⁹— es el aptdo. 2 del art. 3 CSM, a cuyo tenor «*si surgiera una controversia acerca de una cuestión que una parte alegue que ya ha sido resuelta mediante un acuerdo de transacción, la Parte en la Convención deberá permitir a la parte invocar el acuerdo de transacción de conformidad con sus normas procesales y en las condiciones establecidas en la presente Convención, a fin de demostrar que la cuestión ya ha sido resuelta*».

93. La ausencia formal de un mecanismo depurado de «reconocimiento» no perjudica lo funcionalmente importante aquí, en mi opinión. Lo decisivo del reconocimiento es que la eficacia *vinculante* que genera el acuerdo de mediación y los efectos *constitutivos, modificativos* o *excluyentes* de los de-

⁷⁶ Vid. T. SCHNABEL, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework...”, *loc. cit.*, pp. 24-25.

⁷⁷ Vid. T. SCHNABEL, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework...”, *loc. cit.*, p. 37.

⁷⁸ Las razones de la oposición de la UE pueden verse en T. SCHNABEL, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework...”, *loc. cit.* p. 35

⁷⁹ Vid. T. SCHNABEL, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework...”, *loc. cit.* p. 7.

rechos y obligaciones que las partes hayan decidido asumir en el acuerdo —esto es, en suma, la eficacia jurídica que despliegue éste en el *plano sustantivo o material*—, puedan *alegarse* o *invocarse* ante las autoridades del Estado del foro, donde quiere el demandante que se tenga en cuenta y se honre el acuerdo obtenido en mediación. Y en este punto, la CSM, huyendo de construcciones dogmáticas complejas —pero de beneficiosa existencia—, se limita a garantizar que así sea, imponiendo a los Estados parte que su legislación interna permita «*invocar el acuerdo*» «*en las condiciones establecidas en la Convención*», «*para demostrar que la cuestión ya ha sido resuelta*».

94. ¿Significa lo anterior que la CSM propicia la existencia de una pretendida «*eficacia de cosa transada*»? La respuesta es sí, sin lugar a dudas, aunque durante las negociaciones el adjetivo del inciso final lo ocupó el término «*mediada*» que luego fue sustituido por «*resuelta*»⁸⁰. La cuestión es otra. Lo importante es definir en qué consista esta eficacia y qué utilidad tiene, se la llame como se la llame. Si la pregunta es si la eficacia de «*cosa transada*» es la misma que la eficacia de «*cosa juzgada material*», a esta cuestión hay que responder desde el Derecho procesal con un sonoro «no». Es un *oxímoron* afirmar que la CSM dota al acuerdo mediado de eficacia de cosa juzgada «*de facto*»⁸¹, borrando de un plumazo siglos de evolución jurídica en muchos países de *civil law*; y si esto fuera lo pretendido, constituye —desde luego— una razón para la crítica de la CSM.

95. No puedo detenerme a desarrollar ideas complejas aquí y ahora, pero permítaseme señalar que entre una y otra «cosa» —la «transada» y la «juzgada»— existen estas profundas diferencias que no solo obedecen al consustancial cambio de prisma: (i) de *objeto* o ámbito, pues la «transada» se debe predicar de todo acuerdo respecto de lo que constituya su objeto, mientras que la «juzgada» debemos seguir reservándola para lo *decidido jurisdiccionalmente*, porque a ello se anudan sus cualificadas consecuencias; (ii) su destinatario último, puesto que la cosa «transada», como obligacional que es, tiene por destinatarios a las partes contratantes, mientras que la cosa «juzgada» tiene por sujeto destinatario al tribunal ante el que se plantee un proceso *idéntico* —en cuyo caso operará la eficacia *negativa* o *excluyente*— o un proceso *conexo* —en cuyo caso lo hará la *positiva* o *prejudicial*—, sin perjuicio —claro está— de la valoración que el resto de sujetos pueda darle a cada «cosa» como hechos dotados de eficacia —sin más— *jurídica* («transada» el uno, «juzgada» el otro); y (iii) por la naturaleza de sus consecuencias, pues mientras que la cosa «transada» no desborda la naturaleza contractual y contiene sus efectos en obligar a los contratantes a respetar lo transado, que es —nótese bien— lo que justamente facilita el art. 3.2 CSM sin obligar al tribunal de ejecución en un sentido determinado más allá del deber de pronunciarse sobre el fondo de esta cuestión con *libertad enjuiciadora*, en cambio la esencia —de naturaleza procesal— de la «cosa juzgada» siempre y de forma necesaria despliega su eficacia consistente en obligar a un juez a *limitar su cognición* en la doble dirección de *excluir* la existencia de un segundo proceso idéntico al primero —cuando opera la eficacia negativa o excluyente— o de *quedar obligado* a tomar lo ya juzgado en el mismo sentido en que se juzgó —cuando opera la eficacia positiva o prejudicial—. Esto —añado— no se acierta a identificar en el art. 3.2 CSM, a causa, precisamente, de lo muy controvertido que puede resultar atribuir una eficacia de semejante entidad al mero acuerdo privado mediado, por no mencionar la devaluación que, especularmente, se infligiría a un concepto tan preciso y necesario para la seguridad jurídica como la cosa juzgada material, siquiera cuando todo ello quedara circunscrito a una suerte de *nuevo sistema de justicia convencional* en el ámbito del comercio internacional.

96. Tampoco puede pasarse por alto que la noción misma de «cosa transada» resulta todavía más etérea e imprecisa en el contexto de la CSM, en ausencia de vínculos que relacionen el acuerdo obtenido en mediación con un ordenamiento de referencia como Estado “de origen”. Adviértase que no existe un parámetro que pueda predeterminar la validez y la eficacia de lo convenido en la mediación que es objeto de la CSM; aunque, paradójicamente, el texto de Singapur garantiza su efectividad allí donde quiera que sea necesario o conveniente que el acuerdo transado sea reconocido y despliegue su eficacia.

⁸⁰ Vid. T. SCHNABEL, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework...”, *loc. cit.* p. 41.

⁸¹ C. ESPLUGUES MOTA, “La convención de Singapur sobre Mediación y la creación de un título deslocalizado...”, *loc. cit.*, p. 68.

97. Por lo demás, el carácter indeterminado de la eficacia jurídica del contenido del acuerdo explica la también genérica naturaleza de las «medidas» que podrá solicitar la parte contratante —art. 4.1 CSM— cuando invoque la existencia del acuerdo resultante de la mediación comercial transnacional con fines distintos de los ejecutivos, que es asunto que se aborda inmediatamente después. Todavía en el plano del “reconocimiento” de efectos, ESPLUGUES MOTA se ha quejado —con razón de nuevo— de que la expresión «otorgar medidas» es «desconocida, vaga e indescifrable en nuestro ordenamiento»⁸². Y, en efecto, así es. Podría pensarse que entre las medidas no ejecutivas o de «ejecución impropia» que se pueden acordar en España para que los acuerdos que nos ocupan puedan desplegar la plenitud de su eficacia jurídica se incluyen —al menos, teóricamente— su inscripción en Registros públicos y el resto de actuaciones complementarias que dan lugar a la llamada «ejecución impropia» a que se refieren los arts. 521 y 522 LEC. Sin embargo, son conocidos los obstáculos que la legislación registral pone, desde luego, al acceso al Registro de simples documentos privados que no son *funcionalmente equivalentes* a los públicos que permiten causar inscripciones. Si este acceso —desde la Resolución de la DGRN de 25 de febrero de 2014 hasta la actualidad— le está vedado a los acuerdos transaccionales que han sido homologados judicialmente y a los convenidos en conciliación, a los que se les exige su elevación a escritura pública notarial⁸³, no parece aceptable que se dispense mejor trato al documento privado de un acuerdo «apátrida» obtenido en mediación comercial transnacional. Y si lo que se pretende no son inscripciones registrales, sino, p. ej., la puesta en conocimiento de terceros para enervar su posible buena fe, no hay necesidad de acudir a los tribunales para lograrlo; una medida semejante debería ser rechazada por falta de interés jurídico tutelable.

98. En suma, hay que tener cuidado de que las medidas de «reconocimiento» que se pidan al tribunal no supongan, a la postre, un subrepticio «ejercicio controlado jurisdiccionalmente» de derechos contractuales no discutidos ni inobservados por los contratantes, como también hay que cuidar que con tales medidas no se traspasen los límites subjetivos del acuerdo, que —como cualquier contrato— son del todo «relativos» y quedan circunscritos a las partes contratantes.

7. La eficacia ejecutiva del acuerdo obtenido en mediación comercial transnacional: el «título ejecutivo» de la CSM

99. La eficacia ejecutiva del acuerdo obtenido en mediación se contempla en el aptdo. 1 del art. 3 CSM, a cuyo tenor «cada Parte en la Convención ordenará la ejecución de los acuerdos de transacción de conformidad con sus normas procesales y en las condiciones establecidas en la presente Convención».

100. Esta eficacia ejecutiva está dada *ex lege* por el Convenio, aunque para que exista es un pre-requisito o presupuesto de ejecutividad que el acuerdo contenga la exigencia de una *responsabilidad*, procedente del incumplimiento de *obligaciones, deberes o mandatos de conducta* a las partes. De otra forma, faltaría el *presupuesto material* de la ejecución forzosa, como instrumento de actuación de responsabilidad que es, enderezado a transformar la realidad para acomodarla a la situación jurídica dispuesta en el «título ejecutivo»⁸⁴. Esta una cuestión importante, de un lado, porque —como ya se ha dicho y todavía se verá— convierte el propio documento privado por el que se instrumenta el acuerdo obtenido en mediación en el «título ejecutivo» que constituye el presupuesto de la ejecución («*nulla executio sine titulo*»); y, de otro lado, porque todavía es preciso examinar el contenido del título para purgar aquellas estipulaciones contractuales que deban quedar *extra muros* de la ejecución forzosa por no imponer al

⁸² C. ESPLUGUES MOTA, “La convención de Singapur sobre Mediación y la creación de un título deslocalizado...”, *loc. cit.*, p. 72.

⁸³ Así, C. ESPLUGUES MOTA, “La convención de Singapur sobre Mediación y la creación de un título deslocalizado...”, *loc. cit.*, p. 71; y, en referencia a la conciliación judicial, C. SENÉS MOTILLA, *Las disposiciones generales sobre la ejecución forzosa...*, *cit.*, p. 73.

⁸⁴ *Vid.*, por todos, A. DE LA OLIVA SANTOS, “Conceptos fundamentales de la ejecución forzosa civil”, en *La Ley*, 1981, t. 4, pp. 930 y ss.; y, más recientemente, C. SENÉS MOTILLA, *Las disposiciones generales sobre la ejecución forzosa...*, *cit.*, pp. 27-29.

contratante un mandato de conducta o no ser la conducta susceptible de imposición coercitiva, ya mediante actos de ejecución directa o sustitutiva de la conducta incumplida o ya mediante actos de ejecución indirecta consistentes en la compulsión personal sobre el deudor.

A) La solicitud de medidas ejecutivas

101. El carácter automático de la ejecutividad del acuerdo no significa que el proceso de ejecución se inicie de oficio. En el reino de la autonomía de la voluntad y del principio dispositivo, el proceso de ejecución se despacha o da comienzo a instancia de parte, mediante una «solicitud de medidas» a la que aluden los aptdos. 1 y 5 del art. 4 CCSM. Esta referencia comprende, en España, tanto la «demanda ejecutiva» a la que se refiere el art. 549 LEC, como también —por identidad de razón— la solicitud de medidas cautelares *ex* art. 721 LEC, pues en ambos casos se acuerdan medidas *consistentes en o dirigidas a* dotar de efectividad práctica al acuerdo obtenido en mediación a través de actos de naturaleza coactiva. Y puesto que de lo que se trata es de invocar el acuerdo obtenido en mediación y de pedir la adopción de medidas, resultan en este punto aplicables las prescripciones del art. 4 CSM sobre la documentación que la parte interesada debe presentar a las autoridades de ejecución, ya vistas [*supra* aptdo. III.2.A)], para pedir que se adopten las «medidas» ejecutivas.

102. Pero, ¿qué medidas debe adoptar el tribunal o la autoridad de ejecución? En principio, las que procedan, siempre que no contravengan el orden público español y la naturaleza dispositiva de la materia «transada», cuyo respeto ponen a salvo los motivos de denegación de la ejecución que el tribunal puede controlar de oficio al amparo de lo previsto en el aptdo. 2 del art. 5 CSM. Con estas precauciones, el tribunal o la autoridad de ejecución debe adoptar las «medidas» solicitadas, según el aptdo. 4 del art. 4 CSM, «*con celeridad*» o inmediatamente («*expeditiously*», dice la versión inglesa de la Convención). La CSM no concreta ninguna; el mandato de ejecución que se dirige a los Estados parte —como bien dice ESPLUGUES MOTA— «es genérico»⁸⁵.

103. El art. 3.1 CSM se remite en bloque al sistema de ejecución forzosa de cada Estado al que acuda la parte para, «*de conformidad con sus normas procesales y en las condiciones establecidas en la presente Convención*», conseguir la efectividad del acuerdo ante el incumplimiento de la contraria, en escrupuloso respeto a la exclusividad de la soberanía territorial.

104. Con el proceso de ejecución el tribunal *sustituye* la actividad debida por la parte incumplidora, haciendo y obteniendo lo que ésta debió hacer voluntariamente, y esto no cambia por la circunstancia de que la actividad ejecutiva deba preordenarse —en este caso— a la obtención de un resultado perfecta o imperfectamente equivalente al cumplimiento de un acuerdo obtenido en mediación comercial internacional. Por este motivo, las medidas ejecutivas han de ser *correlativas al contenido obligacional y material* del acuerdo obtenido en mediación, en el sentido de que han de ser *idóneas y proporcionadas* para realizar coactivamente la obligación aceptada en el título, incluida la adopción —conforme a las previsiones de los arts. 699.II y *passim* LEC— de «apremios personales o multas pecuniarias». Lo que no cabe es desbordar ni los límites objetivos de los derechos y las obligaciones aceptadas por las partes, ni —por elementales exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE— el círculo de sujetos directamente concernidos en el acuerdo en su condición de contratantes.

C) Los problemas de equivalencia del «título ejecutivo» de la Convención

105. La CSM aspira a configurar un «título ejecutivo» que está integrado por el flamante «acuerdo obtenido en mediación comercial internacional» recogido en mero documento privado firmado por

⁸⁵ C. ESPLUGUES MOTA, «La convención de Singapur sobre Mediación y la creación de un título deslocalizado...», *loc. cit.*, p. 68.

las partes y por el mediador o el centro de mediación [art. 4.4.a) CSM]. Mas el verdadero «título ejecutivo» que arroja la CSM es siempre *complejo* o formado por una pluralidad de actos documentados. Se advierte con claridad cuando, por no encontrarse el acuerdo firmado por el mediador, es preciso integrar el título con la suma del acuerdo y el *documento* o el *certificado* del mediador o del centro que acrediten que al acuerdo se llegó como resultado de una mediación objeto de la Convención de Singapur, y, en su defecto, con la aportación de cualquier otro elemento que el tribunal considere aceptable para probar este extremo [art. 4.4.b) CSM]. Pero incluso cuando el acuerdo incluye la firma del mediador, es necesario también integrar el «título ejecutivo» con aquellos que acrediten el incumplimiento de una o varias obligaciones asumidas en el acuerdo obtenido en mediación.

106. Dicho lo anterior, resulta problemático clasificar el acuerdo privado obtenido en mediación comercial internacional como título ejecutivo. ¿De origen y confección «judicial o asimilado» o de confección «no judicial»? De nuevo, nos vamos a encontrar con el problema de que un emergente documento de manufactura *no judicial* aspire a la máxima eficacia ejecutiva que nuestra legislación procesal reservó inicialmente a las sentencias y que ha ido progresivamente ampliando para abrazar otras decisiones y acuerdos, como laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación del art. 25 LMACM (art. 517.2.2.º LEC). Sin embargo, el «juicio de equivalencia» que corresponde efectuar para subsumir este nuevo título ejecutivo en alguno de los ordinales tipificados en el art. 518 LEC, es arduo. Además, tampoco son convenientes los resultados que se siguen del régimen jurídico aplicable a su ejecución conforme a la LEC. Sistematizándolas, las dificultades se concentran en dos frentes.

107. El primer problema radica en que ninguno de nuestros títulos ejecutivos nacionales consiste en un mero documento privado o en un escrito —o varios, tanto da— desprovisto de las más mínimas y elementales garantías de *fiabilidad*. A estos documentos privados —como ya se vio— se les endereza en España hacia procedimientos especiales para ganar en ellos —a través del juicio cambiario o del procedimiento monitorio— la eficacia ejecutiva, con la limitación de que han de documentar la exigencia de obligaciones *dinerarias, no condicionadas ni ilíquidas*, porque son cauces de tutela del crédito que solo permitirán fundar un proceso de ejecución dineraria. De otra manera, solo será posible obtener la eficacia ejecutiva mediante la homologación del acuerdo por la vía judicial, puesto que la vía notarial también exige el cumplimiento de los consabidos requisitos del art. 520 LEC, con los mismos efectos de reducir el radio de acción de la tutela ejecutiva. Estas dificultades no ocultan que el problema, en el fondo, radica en que la CSM ha acogido un «título ejecutivo» que es ajeno a la *calidad* que la LEC exige para dispensar la tutela ejecutiva, como lo muestra —ya lo hemos visto *supra* aptdo. II.2— que la misma idea de atribuir eficacia ejecutiva directa al acuerdo de mediación de carácter interno ya fue rechazada en nuestro país al poco de echar a andar el Anteproyecto de reforma de la LMACM de febrero de 2010, que se proponía instaurarla.

108. El carácter omnicomprensivo de las medidas ejecutivas que deben dispensarse *ex arts.* 3 y 4 CSM abonaría que —una vez más— se acuda a la «ficción» consistente en atribuir en España la consideración de «título ejecutivo *judicial o asimilado*» a este «acuerdo privado obtenido en mediación comercial internacional», sin la menor garantía de autenticidad, fehaciencia y control de legalidad en su formación. Esta artificiosa asimilación es el «precio» de permitir que el incumplimiento del acuerdo pueda fundar tanto una ejecución de tipo *dinerario* (regulada en los arts. 571 y ss. LEC), cuanto una ejecución de tipo *no dinerario* (arts. 699 y ss. LEC). Ahora bien, esta «ficción» también conlleva desventajas. Una no menor es resolver si ha de aplicársele el plazo de caducidad ejecutiva por el transcurso del plazo de cinco años del art. 518 LEC, de la que no hay razón para dispensar a estos acuerdos, como tampoco se hace con los transfronterizos europeos⁸⁶. Pero, con todo, la mayor desventaja está situada en la estrechez legal de los motivos de oposición a la ejecución por razones de fondo que la LEC permite oponer al ejecutado cuando la ejecución está fundada en un título ejecutivo judicial o asimilado. Este segundo frente de dificultades merece alguna atención.

⁸⁶ Así, entre otros, C. SENÉS MOTILLA, *Las disposiciones generales sobre la ejecución forzosa...*, cit., p. 55.

D) El ámbito de cognición en el seno del proceso de ejecución español

109. Las dificultades de encaje del nuevo título ejecutivo de la CSM en el sistema de ejecución de la LEC se concentran en la estrechez de los motivos que la LEC permite alegar al ejecutado para oponerse a la ejecución en su conjunto. Aun cuando en España aceptáramos el acuerdo en cuestión con el valor de «título ejecutivo», el mayor inconveniente sigue estando en que los motivos de denegación de la eficacia ejecutiva que regula el art. 5 CSM son *demasiado amplios* para las limitaciones de la oposición a la ejecución tanto de títulos ejecutivos judiciales o asimilados (*vid.* art. 556.1 LEC), cuanto de los extrajudiciales (*vid.* art. 557 y 558 LEC), dado que ninguno de ellos —con la salvedad del control de cláusulas abusivas en contratos de consumo, que no hace al caso— permite entrar al conocimiento de la validez o la eficacia del negocio jurídico subyacente al título.

110. Quiere decirse que, dada la amplitud de los motivos de denegación del art. 5 CSM que seguidamente se expondrán, no hay que temer, por ahora, que a los acuerdos obtenidos en una mediación transnacional pueda terminar pasándoles lo que a los laudos arbitrales españoles en apenas quince años, esto es: que, con la Ley de Arbitraje de 1988 y la LEC de 1881, la protocolización y la notificación del laudo eran requisitos que condicionaban su ejecutividad y que, después, fueron atenuados por la LEC de 2000 y la Ley de Arbitraje de 2003, para prescindir por completo de la protocolización del laudo (a cambio de que el ejecutado pueda oponerse a la ejecución alegando la falta de autenticidad del laudo *ex* art. 559.1.4.º LEC), quedando únicamente la exigencia de aportar el laudo, como título ejecutivo (art. 517.2.2.º LEC), y el convenio arbitral y los documentos acreditativos de la notificación de aquél a las partes (art. 550.1.1º.II LEC), como documentación complementaria necesaria, de carácter subsanable (*cfr.* art. 559.1.3.º y .559.2 LEC).

111. El ámbito de contradicción que el art. 5 CSM permite suscitar en la ejecución del acuerdo que diseña la Convención no es compatible con los estrechos límites de cognición judicial que permite el proceso de ejecución español y que —hay que añadir— conviene que no se desnaturalicen para evitar que la ejecución se convierta en un proceso de cognición abreviado. Desde aquí sugiero que, tal vez, convenga empezar a estudiar, desde el Derecho procesal, si —de adherirse la UE o España a la CSM— sería conveniente introducir un cauce específico basado en técnica monitoria, que permita adoptar de plano medidas cautelares y anticipatorias, en cuyo seno —como muestra el juicio cambiario— se pueda acomodar un incidente contradictorio para examinar las tasadas causas de denegación del art. 5 CSM, antes de franquear en definitiva la puerta del despacho de la ejecución.

8. Los motivos de denegación del art. 5 CSM

112. El art. 5 CSM contiene el régimen jurídico de los motivos que, con el carácter de tasado y exhaustivos, pueden impedir el “reconocimiento” o la ejecución del acuerdo, unos, apreciables de oficio, y todos, alegables a instancia de parte como *defensas*, *excepciones* o *motivos de oposición* frente a, en definitiva, cualquier intento de hacer valer el acuerdo obtenido en mediación comercial internacional.

113. Los motivos de denegación del art. 5 CSM —objeto de las reuniones del 67º período de sesiones del Grupo de Trabajo— constituyen un *numerus clausus* que tienen por consecuencia impedir, de entrada, que el tribunal se resista al “reconocimiento” o a la ejecución por causas no subsumibles en cualquiera de las diez circunstancias que se allí recogen⁸⁷, como, p. ej., para, separándose de las disposiciones establecidas en el art. 4 CSM, pedir al solicitante que aporte instrumento público ejecutivo conforme a la ley nacional, es decir, en España, el acuerdo en escritura pública que cumpla los requisitos del art. 520 LEC o que se otorgue en la específica del art. 25 LMACM.

⁸⁷ *Vid.* T. SCHNABEL, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework...”, *loc. cit.* p. 42; y C. ESPLUGUES MOTA, “La convención de Singapur sobre Mediación y la creación de un título deslocalizado...”, *loc. cit.*, p. 72.

114. La lista de motivos no es extensa y corre paralela, deliberadamente⁸⁸, a los motivos de oposición del laudo del art. V CNY hasta el punto de que, como éste, el art. 5 CSM divide los motivos en razón del tratamiento procesal que cabe suscitar: (i) de oficio (aptdo. 2 CSM) y (ii) instancia de parte (aptdo. 1). Por este orden los abordamos.

A) Causas de denegación que fundan el control de oficio por el tribunal

115. El aptdo. 2 del art. 5 CSM confiere al tribunal o la autoridad a la que se pidan actos de reconocimiento o ejecución del acuerdo obtenido en mediación, la potestad de «*negarse a otorgarlas si considera que: a) El otorgamiento de las medidas solicitadas sería contrario al orden público de esa Parte; o b) El objeto de la controversia no es susceptible de resolverse por la vía de la mediación con arreglo a la ley de esa Parte*». Aunque no lo diga el art. 5 CSM, nada impide que estos motivos de control de oficio se susciten también a instancia de parte, por el elemental criterio de «*quien puede lo más puede lo menos*».

116. La *contrariedad del orden público* del Estado del foro no va referida —no es posible, como hemos visto— al ordenamiento de ningún «Estado de origen», sino a aquel al que acuda el contratante interesado en obtener el reconocimiento o la ejecución. En España, esto supone salvaguardar los principios y valores esenciales que inspiran nuestro ordenamiento, como, p. ej., la protección del patrimonio artístico y medioambiental, la libre circulación de mercancías, la protección de la propiedad intelectual o la libre competencia⁸⁹. Ahora bien, con lo que ha de confrontarse el orden público español no es con el contenido mismo del acuerdo obtenido en mediación, cuanto con «*el otorgamiento de medidas*», como indica expresamente el art. 5.2.a) CSM. Esto supone que la CSM ha restringido el ámbito de actuación del orden público para que opere en la forma «atenuada» que se asocia a los actos e instrumentos de preexistente validez⁹⁰. En el marco de la CSM, el control de orden público opera oblicuamente, en el sentido de que: (i) el tribunal no puede entrar a fiscalizar el contenido del acuerdo sino solo en cuanto resulte necesario para acordar medidas de ejecución; y (ii) son estas medidas de ejecución —su *otorgamiento*, dice el texto— las que hay que pasar por el filtro del control del orden público español. O dicho de otra manera: el control de oficio basado en el orden público tiende a *no dar efectos* en España a aquellas medidas de ejecución que inflijan un daño a los valores y principios básicos españoles, como, p. ej., en materia de «seguridad nacional», citada como referencia en el seno de la comisión negociadora⁹¹. La configuración elegida preserva, así, la validez y existencia del acuerdo mismo, que podrá seguir circulando extraterritorialmente pese a que resulten denegadas las medidas de ejecución por contrariedad con el orden público, sin perjuicio de que a instancia de parte se suscite la invalidez o ineficacia del acuerdo en sí.

117. En segundo lugar, también puede —y debe— el tribunal examinar de oficio, al amparo del art. 5.2.b) CSM, que «*el objeto de la controversia no es susceptible de resolverse por la vía de la mediación con arreglo a la ley de esa Parte*». Esta disposición sitúa en el foco de atención no en la controversia *actual* que haya motivado el recurso a la ejecución, sino la *controversia subyacente y previa* al acuerdo obtenido en mediación que este pacificó indebidamente, en contra de la naturaleza indisponible o de las limitaciones puestas a la mediación en el Estado del foro. Tal es el caso de materias que la ley

⁸⁸ T. SCHNABEL, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework...”, *loc. cit.* p. 42.

⁸⁹ Así, A. L. CALVO CARAVACA, A. L. y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional Privado*, cit., pp. 612-613.

⁹⁰ *Vid.*, por todos, A. L. CALVO CARAVACA, A. L., y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional Privado*, cit., p. 617.

⁹¹ T. SCHNABEL, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework...”, *loc. cit.*, p. 54. Hago notar que en el seno de la comisión negociadora ya se puso de manifiesto que la salvaguarda del orden público del Estado del foro podría convertirse en la puerta por la que pudieran entrar las exigencias, formalidades y garantías de las legislaciones nacionales que fueran en contra de la libertad de condiciones que la Convención presupone a la mediación, como, p. ej., los requisitos de formación o de capacitación profesional del mediador.

nacional obliga a determinar judicialmente o por medio de una autoridad pública de forma necesaria, lo que, en el ámbito comercial internacional, son casos infrecuentes o raros⁹².

118. El momento adecuado para que, en España, tenga lugar este control de oficio es, en principio, el de despacho y autorización de la ejecución, regulado en los arts. 551-552 LEC. En este punto, cabe señalar que el carácter exclusivo de los motivos de oposición del art. 5 CSM no debe impedir que el tribunal efectúe el normal examen de los *presupuestos procesales y materiales* que determinan el despacho de la ejecución (art. 551.1 LEC), siempre que sean compatibles con las condiciones puestas por el propio CSM.

119. Esto quiere decir que un tribunal español al que se le soliciten medidas de ejecución o cumplimiento de un acuerdo objeto de la CSM, deberá verificar: (i) la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales, tales como la competencia del tribunal, la postulación de las partes, el pago de la tasa judicial, etc.; (ii) la «regularidad formal del título», que se proyecta, primero, sobre la comprobación de que el documento privado del acuerdo de mediación cae en el ámbito de aplicación de la CSM, segundo, sobre las exigencias documentales que pone el art. 4 CSM y, tercero, con la necesidad de aportar aquella otra que acredite también la existencia de un *incumplimiento* por parte del ejecutado del que deriva la responsabilidad que se trata de depurar en la ejecución, como quedó dicho; y (iii) que los actos de ejecución solicitados sean conformes con la naturaleza y el contenido del «título ejecutivo», que es un presupuesto referido a la relación de idoneidad y correlación entre la obligación jurídico-material incumplida y los concretos actos de tutela que se piden al tribunal, cuestión que no debemos confundir con el motivo de oposición de fondo que cabe suscitar a instancia de parte al abrigo de la letra d) del art. 5.1 CSM («*el otorgamiento de medidas sería contrario a los términos del acuerdo*»), que pertenece al terreno de la interpretación del contrato que no corresponde adelantar ahora. Pues bien, en este trance del despacho de la ejecución es cuando deberá el tribunal extender, de oficio, su examen a la eventual contrariedad del orden público y al carácter dispositivo de la controversia antecedente que las partes dirimieron mediante mediación.

E) Causas de denegación alegables a instancia de parte

120. El aptdo. 1 del art. CSM, por su parte, relaciona los motivos de oposición o defensas que puede la contraparte alegar para *impedir que se adopten o conseguir que se extingan* las medidas de reconocimiento o de ejecución basadas en el acuerdo obtenido en mediación objeto de la Convención. El empleo de los tiempos verbales presentes y futuros con que arranca el art. 5 CSM [«*la autoridad competente (...) en que se soliciten medidas de conformidad con el artículo 4* podrá negarse a otorgarlas *a instancia de la parte contra la cual se solicitan, solo si esa parte suministra (...)*»], puede ser tomado como un indicio cualificado de que el texto de Singapur desea que el contradictorio tenga lugar, siempre que sea posible, *antes de acordar las medidas*; pero no hay que excluir la lectura contraria, como sucederá, p. ej., si se acuerdan medidas cautelares *inaudita parte* o, en general, si en España reconducimos la ejecución del acuerdo obtenido en mediación al proceso de ejecución; supuesto en el que siempre corresponde despachar la ejecución *inaudita parte* (art. 551.1 LEC) y sin recurso alguno (art. 551.4 LEC), quedando condicionada la contradicción al hecho posterior de que el ejecutado suscite, por escrito, la «oposición a la ejecución» dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto de despacho (art. 556.1 LEC).

121. En definitiva, el art. 5 CSM habilita los *motivos de oposición, excepciones o defensas* que puede alegar la contraparte frente a la que, de una u otra forma, su co-contratante haga valer el acuerdo obtenido en mediación, p. ej., cuando se alegue la «cosa transada» en el curso de un proceso declarativo, o se pidan diligencias preliminares o la adopción de medidas cautelares, o —en fin— para oponerse a la ejecución en su conjunto o a concretos actos ejecutivos a los que puedan alcanzar los motivos del art. 5

⁹² Vid. T. SCHNABEL, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework...”, *loc. cit.*, pp. 54-55.

CSM. Huelga decir que sobre la parte frente a la que se pidan las medidas pesa la carga de alegar y de probar las circunstancias de cada motivo.

122. Siguiendo el orden en que se recogen los motivos de oposición en el art. 5 CSM, hallamos, en primer lugar, la alegación consistente en que «*una de las partes en el acuerdo de transacción tenía algún tipo de incapacidad*». Este motivo es el homólogo del art. V.1.a) CNY, con la diferencia de que la CSM no contiene *norma de conflicto* que determine la ley aplicable a la capacidad. La razón —según cuenta el representante norteamericano⁹³— es que a la comisión negociadora de la CSM les pareció inútil e irrelevante indicarlo, porque en la mayor parte de los acuerdos comerciales internacionales obtenidos en mediación intervienen uno o más abogados en la negociación, lo que dificulta la concurrencia de este motivo (que, a mayores, es de interpretación restrictiva). ESPLUGUES MOTA apunta, además, que a falta de un ordenamiento jurídico de referencia, «la incapacidad se entiende en términos absolutos, sin venir reputado de ley alguna que permita determinarlo»⁹⁴. Hay que señalar que toda posible influencia indebida del mediador en la formación de la voluntad de alguno de los contratantes es reconducible a la letra e) del art. 5.1 CSM.

123. En segundo lugar, bajo la letra b) del art. 5.1 CSM se agrupan varios *submotivos* que permiten cuestionar la *validez o la eficacia* del acuerdo obtenido en mediación, en sí mismo considerado. Esta relación de submotivos está encabezada por la alegación de ser el acuerdo «*nulo, ineficaz o no puede cumplirse con arreglo a la ley a la que las partes lo hayan sometido válidamente o, si esta no se indicara en él, a la ley que considere aplicable la autoridad competente de la Parte en la Convención en que se soliciten medidas de conformidad con el artículo 4*» [art. 5.1.b) i) CSM]. Al amparo de este motivo el ejecutado puede cuestionar la validez, la eficacia y también la imposibilidad de cumplimiento del acuerdo mismo resultante de la mediación, que ha de medirse con el metro que proporciona la norma de conflicto que —aquí sí— expresamente apunta, en primer lugar, a la ley a la que las partes hayan acordado someterlo válidamente o, en su defecto, al que reputé aplicable el tribunal del foro según su sistema de Derecho internacional privado. La inclusión expresa de la imposibilidad de cumplimiento como causa de oposición a la ejecución del contrato, vadea la cuestión —sustantiva— acerca de si esta circunstancia determina la *suspensión* del contrato o su *extinción*, pues, a los efectos de recabar la tutela de los tribunales, la CSM iguala ambos supuestos al quedar establecido que, si el ejecutado lo alega y lo prueba, producirá el efecto de *denegar o revocar* los actos de tutela que se hayan dispensado. Adviértase, por lo demás, que —en la lógica de la CSM— la falta de firma del contrato por las partes conviene en *inaplicable* la CSM, lo que puede ser alegado como un *prius* para impedir que se dispense una tutela ejecutiva ilícita o despachada sin título ejecutivo; la LEC permite alegarlo ampliamente al amparo del motivo procesal del ordinal 3.º del art. 559.1 LEC.

124. También afecta al acuerdo mediado en su conjunto el submotivo de oposición que permite alegar que este «*no es vinculante, o no es definitivo, según lo estipulado en el propio acuerdo*» [art. 5.1.b) ii) CSM]. Esta disposición toma como marco autorrefencial el propio acuerdo y puede perfectamente aplicarse a aquellos contratos que albergan cláusulas condicionales o articuladas eventualmente, a modo de protocolo de cumplimiento, que van desencadenando su eficacia obligatoria secuencialmente. Lo más normal es que esta alegación se use para poner de manifiesto que no se ha aportado el acuerdo final, sino una versión previa; o que el documento aportado como título no es más que una proposición de acuerdo. En todo caso, la falta de exigibilidad de la conducta debida o la improcedencia de acordar la medida ejecutiva pedida debe deducirse de los propios términos del acuerdo («*within the four corners of the mediated settlement*»), en palabras de SCHNABEL⁹⁵).

125. Y todavía referido al contrato resultante de la mediación, es posible alegar que el acuerdo obtenido en mediación en el que se han fundado o se pretenden fundar medidas de tutela, «fue modificado

⁹³ T. SCHNABEL, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework...”, *loc. cit.*, pp. 43-44.

⁹⁴ C. ESPLUGUES MOTA, “La convención de Singapur sobre Mediación y la creación de un título deslocalizado...”, *loc. cit.*, p. 73.

⁹⁵ T. SCHNABEL, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework...”, *loc. cit.*, p. 46.

posteriormente» [art. 5.1.b) iii) CSM]. Adviértase que en esta modificabilidad de la «cosa transada» se pone de manifiesto —una vez más— las diferencias que separan la construcción de esta noción, basada en el principio de libertad de la contratación, de la «cosa juzgada material», basada en el de la seguridad jurídica; evidencia, en suma, un carácter obligacional que, en consecuencia, puede ser novado por la misma vía negocial. No es preciso que la modificación sea el resultado del mismo o de otro procedimiento de mediación; tampoco es necesario que la modificación afecte a todo, a gran parte o a la mayor parte del contenido obligacional del contrato. Basta con que la modificación sea susceptible de afectar *cualitativa o cuantitativamente* a los actos de ejecución solicitados o acordados, para que deba prosperar este motivo.

126. Bajo la letra c) del art. 5 CSM se agrupan un par de submotivos que ponen el foco no ya en el contrato conjuntamente considerado, sino en «*las obligaciones estipuladas en el acuerdo de transacción*»; que consisten en poder alegar que «*se han cumplido*» [art. 5.1.c) i) CSM] o que «*no son claras o comprensibles*» [art. 5.1.c) ii) CSM]. Mediante el primer motivo es posible alegar —con la carga de probar— el cumplimiento de la obligación de cuya efectividad se trata. En esto punto, hay que observar que puede representar un problema las exigencias documentales que los arts. 556.1 y 557.1.1.^a LEC piden para poder alegar con éxito —en España— el pago, tanto en la ejecución de títulos judiciales como en la de los extrajudiciales. Del segundo motivo —que obedece a la iniciativa alemana durante las negociaciones de la Convención— vale decir que al tribunal no le está dado aclarar ni integrar oscuridades y omisiones de un instrumento puramente convencional al que debe permanecer ajeno. El tribunal al que se acuda para hacer valer el acuerdo no tiene más potestad que la de acordar —o no— los actos que resulten precisos para dotarlo de efectividad. Si esto no pudiera hacerlo el tribunal a causa de la falta de precisión o de oscuridades del contrato, la CSM implícitamente opta por preferir una falta de efectividad del acuerdo antes que su *heterointegración* por parte del tribunal del foro (al que —dicho sea de paso— nada impide promocionar un intento de *autointegración* del acuerdo convocando a las partes a una comparecencia). Con todo, la configuración de este motivo se compadece mal con que solo pueda ser opuesto a instancia de parte, cuando, por la entidad de los defectos descritos («*so confusing or ill-defined*»), debería poder apreciarlo el tribunal de oficio, como el propio SCHNABEL sugiere sin llegar a admitirlo⁹⁶.

127. La letra d) del art. 5.1 CSM ha innovado un motivo de oposición que resulta desconocido en el contexto del CNY y que en el CSM tiene por fundamento preservar la voluntad de las partes expresada en el contrato y evitar que pueda ser desnaturalizada a través de los actos de “reconocimiento” o de ejecución dispensados por el tribunal. En concreto, el motivo de oposición consiste en alegar que «*el otorgamiento de medidas sería contrario a los términos del acuerdo de transacción*». Ésta —si bien se mira— es la “faceta sustantiva”, porque penetra en el terreno de la interpretación del contrato, de la “faceta procesal” que recoge el art. 5.2.b) CSM —ya vista *supra*— sobre la idoneidad que debe discurrir entre la obligación incumplida y los actos de tutela que se piden al tribunal. Mientras que el motivo del art. 5.2.b) CSM solo permite someter a examen la adecuación o vínculo de medio a fin entre el contrato y la tutela impetrada, con este otro motivo que ahora nos ocupa se trata de que el tribunal cuide que, aun siendo idóneos los actos en cuestión, no se desfigure el interés jurídico-económico del contrato, ni se tergiversar su contenido.

128. Los dos últimos motivos de las letras e) y f) del art. 5.1 CSM cierran la relación de motivos de oposición alegables a instancia de parte. Se trata de dos motivos —introducidos por la iniciativa israelí, como fórmula de compromiso— que permiten denunciar, a instancia de parte, ilicitudes ocurridas en el procedimiento de mediación o concernientes a la conducta del mediador. Aunque el propósito inicial de la comisión negociadora era convenir un texto puro de reconocimiento y ejecución que no contuviera ninguna regla de estándar mínimo de calidad de la mediación con el fin de fomentar la acogida del tratado por el mayor número de Estados, no ha sido posible orillar por completo ciertas garantías mínimas que han cristalizado en estas letras e) y f) del art. 5.1 CSM. Su función, por tanto, no radica en imponer —en positivo— reglas de calidad de la mediación que —en el imaginario del Grupo de Trabajo II— pu-

⁹⁶ T. SCHNABEL, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework...”, *loc. cit.*, p. 48.

dieran terminar “encorsetando” la mediación y frenando su difusión, sino —desde otro prisma— depurar indirectamente las ilicitudes más graves a través de cercenar la eficacia extraterritorial de aquellos acuerdos resultantes de procedimientos de mediación *viciados*. En todo caso, si examinamos los casos que llegan a los tribunales sobre estas cuestiones, veremos que es muy infrecuente que los tribunales declaren la inejecutabilidad de los acuerdos por estos motivos⁹⁷.

129. Así, la letra e) del art 5.1 CSM permite alegar como motivo de oposición frente a las medidas de efectividad del acuerdo, el hecho de que «*el mediador incurrió en un incumplimiento grave de las normas aplicables al mediador o a la mediación, sin el cual esa parte no habría concertado el acuerdo de transacción*». De este motivo de oposición llaman la atención tres extremos. El primero es que, a su amparo —como se aprecia— no es posible exigir al procedimiento de mediación ni al mediador ningún estándar legal predeterminado solo por ser aplicables en virtud de las leyes nacionales de mediación o de estar comúnmente aceptadas, tales como la cualidad de la independencia o la neutralidad del mediador, o una determinada formación, o la confidencialidad, o dispensar un trato justo y equitativo con las partes. Para la CSM⁹⁸ solo importan las condiciones que las partes quisieron que fueran aplicables a su mediación, bien relativas al procedimiento de mediación, o bien a la persona del mediador, quien, así, bien podría, p. ej., no ser neutral si las partes lo han decidido en función de sus legítimos intereses; o carecer de estudios reglados, si no se resultan necesarios para entender y favorecer el acuerdo en la materia de que se trate. En segundo lugar, debe haberse producido un «incumplimiento grave», y no cualquier apartamiento de las normas aplicables por la voluntad de las partes, lo que nos sitúa ante un concepto jurídico indeterminado que será objeto de las más diversas interpretaciones en el futuro. Y en tercer lugar y conectado con esto último, la CSM emplea para medir la gravedad de la infracción el hecho de que el incumplimiento esté enderezado a *influir indebidamente* la voluntad de la parte a aceptar el acuerdo resultante del proceso de mediación, esto es, tiene que ser *decisivo* para obtener la formación de la voluntad y *no deseado* por la parte influenciada. En suma, este motivo está redactado de forma tan sumamente restrictiva que cuesta imaginar supuestos que queden dentro de las fronteras del Derecho privado, sin deslizarse hacia las procelosas aguas del Derecho penal.

130. Por su parte, la letra f) del art. 5.1 CSM aborda, específicamente, la conducta ilícita del mediador consistente no haber «*revel[ado] a las partes circunstancias que habrían suscitado dudas fundadas acerca de la imparcialidad o independencia del mediador y el hecho de no haberlas revelado repercutió de manera sustancial o ejerció una influencia indebida en una de las partes, la cual no habría concertado el acuerdo de transacción si el mediador las hubiera revelado*». Esta es una exigencia muy común en el mundo del arbitraje que la CSM ha querido importar a la mediación para dotar a la figura del mediador de las mínimas garantías de imparcialidad y de independencia que las partes estén dispuestas a aceptar. La imparcialidad y la independencia a la que se refiere la CSM en este motivo no se miden —deliberadamente— en términos de *apariencia*, como se hace con la de jueces, magistrados y árbitros en razón de sus potestades para dirimir el conflicto heterodeterminándolo, sino que va más allá. Este motivo de oposición exige, de un lado, «*dudas fundadas*» sobre la imparcialidad y la independencia del mediador, es decir, que estén objetivamente justificadas, y no basada en conjeturas o suposiciones; y, de otro lado, la falta de revelación de las circunstancias generadoras de un posible conflicto de interés en el mediador tiene que ser *determinante* de la conclusión del acuerdo, en el sentido de que, de haberse conocido aquellas circunstancias, la parte no lo habría concluido. Los términos de este motivo de oposición son, como en el caso anterior, muy estrictos, incluso a los ojos de juristas provenientes de ordenamientos funcionales, por la exigencia de «una relación de causalidad entre la revelación y el acuerdo concluido por las partes» (ESPLUGES MOTA⁹⁹), que no cabe acreditar mediante prueba *directa*, por el carácter «*diá-*

⁹⁷ Vid., por todos, D. QUEK ANDERSON, “Litigating over mediation—how should the courts enforce mediated settlement agreements?”, en *Singapore Journal of Legal Studies* [2015], pp. 105–134.

⁹⁸ T. SCHNABEL, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework...”, *loc. cit.*, pp. 49-54.

⁹⁹ C. ESPLUGUES MOTA, “La convención de Singapur sobre Mediación y la creación de un título deslocalizado...”, *loc. cit.*, p. 76; en el mismo sentido, T. SCHNABEL, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework...”, *loc. cit.*, p. 53.

bolico» de probar hechos negativos (= lo que *no sucedió*, aunque pudo haber sucedido). En este punto, hago notar que es lícito acudir a la llamada prueba *por indicios*, acumulando todos aquellos elementos probatorios sobre hechos periféricos de los que quepa inferir racionalmente la probable existencia del hecho presunto, como los que muestren la importancia que para la parte tenía el grado de implicación del mediador en la defensa, p. ej., de la protección de datos.

131. Examinados los motivos de oposición, fácilmente se aprecia la dificultad de encajarlos en los también cerrados motivos de oposición a la ejecución por razones de fondo que regulan el art. 556.1 LEC —para los títulos ejecutivos judiciales y asimilados— y los arts. 557 y 558 LEC —para los extrajudiciales—. Alguno de ellos, como, p. ej., el pago o cumplimiento, la pluspetición, la prescripción o la quita se pueden usufructuar, a condición de no aplicar las limitaciones probatorias que la LEC impone para su acreditación. Pero el gran problema radica —como quedó indicado *supra*, aptdo. IV.2.C— en que hay motivos de oposición en el art. 5 CSM que no tienen homólogo en la LEC, como, paradigmáticamente, el que permite suscitar los problemas de validez, eficacia y exigibilidad del acuerdo mismo obtenido en mediación.

9. Las «reclamaciones paralelas» en el marco de la CSM

132. Dentro de la simplicidad que se ha propuesto diseñar la CSM para implantar la circulación y la inmediata ejecutividad de acuerdos obtenidos en mediación, no se ha olvidado la CSM de prever los problemas que pueden surgir en el curso de un proceso de ejecución del acuerdo a causa de «reclamaciones paralelas»; esto es, de aquellos segundos procesos que, por la causa que sea (= *litispendencia* o *conexidad*), pueden interferir en las medidas ya adoptadas por un primer tribunal. Hay que decirlo sin rodeos así, porque la farragosa redacción del art. 6 CSM en su versión en español no facilita su comprensión tras una primera lectura (a diferencia de la versión inglesa); este artículo dice así: «*Si se presenta ante un órgano judicial, un tribunal arbitral o cualquier otra autoridad competente una solicitud o reclamación relativa a un acuerdo de transacción que pueda afectar a las medidas solicitadas de conformidad con el artículo 4, la autoridad competente de la Parte en la Convención en que se soliciten esas medidas podrá, si lo considera procedente, aplazar la decisión y también podrá, a instancia de una de las partes, ordenar a la otra que otorgue garantías apropiadas*».

133. Esto significa —dicho en romano paladín— que el tribunal del segundo proceso al que se pida la adopción de medidas que puedan interferir en las previamente ya adoptadas por otro, puede, en ejercicio una facultad que el art. 6 CSM le confiere con carácter discrecional («*si lo considera procedente*»), suspender el procedimiento o, si lo pide la parte afectada, condicionar la concesión o el mantenimiento de las medidas a que el solicitante preste garantías suficientes en la forma y cuantía que el tribunal determine. Estas «garantías apropiadas» tienen por finalidad asegurar el eventual y futuro resarcimiento al afectado en razón de una sobreejecución o de una doble ejecución del mismo acuerdo obtenido en mediación.

V. Epílogo

134. Finalizo con una frase leída al vuelo —también ella «deslocalizada»— que dice que el éxito o el fracaso de una Convención se mide por las adhesiones que genera y no por las expectativas que levanta. Esto —creo— es aplicable a la Convención de Singapur de 2019 que echa a andar en estos días y que, en función de las adhesiones que consiga concitar, puede terminar abriendo una brecha importante en el régimen de circulación de los contratos comerciales internacionales.

135. Desde el punto de vista unieuropeo y español, el título ejecutivo que propone la CSM para fomentar la mediación no reviste las «condiciones de calidad» que en España y en la mayor parte de los países europeos condicionan el acceso a la tutela ejecutiva. La CSM, en su propósito de fomentar la

mediación a través de la atribución de fuerza ejecutiva automática, ha ido mucho más allá y se ha dejado por el camino las garantías de *autenticidad*, *fehaciencia* y *legalidad*, que son las condiciones a la que se ata la ejecutividad de instrumentos confeccionados al margen del proceso, por no mencionar que ha prescindido por completo de todo marco legal de referencia como el Estado de origen o Estado de la sede del acuerdo obtenido en mediación y, con ello, ha desaparecido el presupuesto de la «ejecutividad en origen» del título, que se reputa un estorbo, una formalidad inútil que frena la circulación del acuerdo.

136. A mi humilde parecer, la CSM no ha calibrado la calidad del título con la eficacia procesal que es capaz de desatar. El fomento de la mediación comercial internacional a través de la introducción de un régimen *radical* de inmediata efectividad extraterritorial del acuerdo, exige ofrecer *certidumbres* a todos los agentes del mercado, incluidos los Estados en cuyas manos queda el uso de la *vis ejecutiva* de la que depende, en última instancia y llegado el momento patológico del incumplimiento, la plena efectividad del acuerdo objeto de la CSM. Pero no existe certidumbre cuando se opta por *prescindir de garantías* elevando un simple documento privado a la categoría de título ejecutivo por el solo hecho de que haya intervenido un mediador o un centro de mediación asistiendo a las partes a resolver sus diferencias en el plano comercial internacional, en claro contraste con todas las garantías y condiciones que se exigen a las resoluciones judiciales provenientes de los sistemas nacionales de justicia, que quedan devaluados frente al modelo *deslocalizado* de «justicia convencional» que diseña la CSM.

137. Hasta donde alcanzo a entender, aun cuando —por la vía de las reservas del art. 8— la firma de esta Convención pusiera a salvo la aplicación preferente de la normativa UE sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil en el espacio judicial europeo, el sistema que propone la CSM conduce a un resultado —a mi parecer— difícilmente *acceptable* en términos de política-legislativa, a saber: que resulte más fácil la ejecución de un acuerdo de mediación firmado “en” o “desde” o “hacia” o “relativo a” inversiones en Arabia Saudí o en Fiji, que la de uno proveniente de Francia o de Países Bajos. Esto —y no otra cosa— es, hoy, lo que ofrece la CSM. También es verdad que ni España ni la UE se pueden apear del probable futuro del comercio internacional para el que está pensado el texto de Singapur.

EL ARBITRAJE DE INVERSIONES EN LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO DE NUEVA GENERACIÓN: UN ANÁLISIS NACIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

THE INVESTMENT ARBITRATION IN THE NEW GENERATION FREE TRADE AGREEMENTS: A NATIONAL ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF THE RIGHT TO AN EFFECTIVE JUDICIAL REMEDY

GUILLERMO SCHUMANN BARRAGÁN

Contratado Predoctoral FPU

Departamento de Derecho Procesal y Derecho Penal

Universidad Complutense de Madrid

ORCID ID: 0000-0003-1934-7808

Recibido: 11.06.2020 / Aceptado: 25.06.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5678>

Resumen: En este trabajo se analiza el sistema de solución de diferencias en materia de inversiones extranjeras en los tratados de libre comercio de nueva generación desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva. En concreto, se examina la compatibilidad del arbitraje de inversiones del CETA con los arts. 47 CDFUE, 6 CEDH y 24 CE.

Palabras clave: arbitraje de inversiones, CETA, derecho a la tutela judicial efectiva, art. 47 CDFUE, art. 24 CE, art. 6 CEDH.

Abstract: This paper analyzes the mechanism for investor-State dispute settlement in the new generation free trade agreements from the perspective of the right to an effective judicial remedy. In particular, it examines the compatibility of the CETA investment arbitration with Articles. 47 CFREU, 6 ECHR and 24 of the Spanish Constitution.

Keywords: investment arbitration, CETA, right to an effective judicial remedy, Art. 47 CFREU, Art. 24 CE, Art. 6 ECHR.

Sumario: I. Introducción. II. El sistema de solución de diferencias en materia de inversiones en los tratados de libre comercio de nueva generación. 2.1. Una competencia compartida entre la UE y sus EE. MM.; 2.2. Un cambio de modelo. III. La compatibilidad del sistema de solución de diferencias en materia de inversiones con el art. 47 CDFUE. 3.1. La externalización y dimensión objetiva del art. 47 CDFUE; 3.2. La compatibilidad del CETA con el art. 47 CDFUE. IV. La solución de diferencias en materia de inversiones: ¿tribunal o arbitraje internacional? 4.1. El «tribunal» permanente de inversiones: ¿una jurisdicción internacional?; 4.2. El «tribunal» permanente de inversiones: un arbitraje internacional obligatorio. V. Un análisis desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva. 5.1. La compatibilidad del arbitraje de inversiones del CETA con el art. 24 CE; 5.2. La compatibilidad del arbitraje de inversiones del CETA con el art. 6 CEDH. VI. Excurso: a la espera del Tribunal Constitucional alemán. VII. Conclusión.

I. Introducción

1. Este artículo tiene como finalidad analizar desde una perspectiva nacional la compatibilidad del sistema de solución de diferencias en materia de inversiones en los tratados de libre comercio de nueva generación celebrados por la UE y España con el derecho a la tutela judicial efectiva.¹

2. Este análisis en relación con el art. 47 CDFUE ya lo ha hecho el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) en su Dictamen 1/17 de 30 de abril de 2019 (Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la UE y sus EE. MM. [CETA]). En la medida en que el CETA se ha considerado un *golden standard* o *blue print* para la negociación de futuros acuerdos, buena parte de las conclusiones que respecto de él se alcancen podrán ser extrapoladas al resto de tratados que incorporen un modelo similar.

3. El Dictamen 1/17, por su parte, se enmarca en una serie de resoluciones del Tribunal que afectan directamente a la arquitectura constitucional de la UE y que sientan las bases para la apertura del ordenamiento comunitario al internacional y la interrelación entre ambos. En especial, resulta clave el modo en que se aborda la autonomía del Derecho de la UE y su materialización práctica en la protección de la cuestión prejudicial y la competencia del TJUE como su último interprete. Es de interés comprobar que con la posibilidad de pronunciarse sobre la compatibilidad de los tratados internacionales proyectados con el ordenamiento comunitario (art. 218.11 TFUE) —y, como parte principal de él, con la CDFUE— el TJUE actúa de forma similar a como lo haría un tribunal constitucional nacional.²

4. Para alcanzar el objetivo propuesto se llevará a cabo un análisis del cambio de modelo que suponen los tratados de libre comercio de nueva generación para el arbitraje de inversiones extranjeras (II); una exposición de la doctrina del TJUE en su Dictamen 1/17 en relación con la compatibilidad del CETA con el art. 47 CDFUE (III); un apunte sobre la naturaleza jurisdiccional o arbitral del sistema diseñado (IV); y un examen de su compatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva (V).

II. El sistema de solución de diferencias en materia de inversiones en los tratados de libre comercio de nueva generación

1.1. Una competencia compartida entre la UE y sus Estados Miembros

5. El sistema de protección de inversiones extranjeras se ha incluido tradicionalmente en los acuerdos bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones (APPRIS). Los denominados tratados de libre comercio de nueva generación son aquellos que, además de la habitual reducción de derechos arancelarios, incorporan materias relativas a la protección de derechos de propiedad industrial, contratación pública, competencia, medio ambiente, desarrollo sostenible y, en lo que ahora nos interesa, protección de inversiones.³ De esta manera, aunque en abstracto puedan seguir celebrándose de forma separada con terceros países,⁴ la intención será que la función que llevaban a cabo los APPRIS se incorpore en los tratados de libre comercio.

¹ Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación “Hacia un proceso civil convergente con Europa. Hitos presentes y retos futuros” (PGC2018-094693-B-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

² Se trata de lo que la doctrina alemana ha denominado *die verfassungsrechtliche Argumentation des EuGH*: vid. S. STÖBENER DE MORA, S. WERNICKE, “Riskante Vorgaben für Investitionsschutz und Freihandel – Das CETA-Gutachten des EuGH”, *EuZW*, 2019, núm. 23, p. 973.

³ El impulso y promoción de los tratados de libre comercio de nueva generación en el seno de la UE se entiende como una reacción y necesidad frente a la crisis del multilateralismo en la OMC en los últimos años. En este sentido vid. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Permanencia y expansión del bilateralismo: Los acuerdos comerciales de nueva generación entre la Unión Europea y terceros países”, *LA LEY Unión Europea*, núm. 68, marzo-2019.

⁴ Como se sabe, los APPRIS intra comunitarios fueron declarados por el TJUE contrarios al Derecho de la UE en el caso *Achmea*. Por ello, se dejará de lado cualquier análisis o referencia a los APPRIS intracomunitarios.

6. El Tratado de Lisboa supuso una importante consolidación de la política comercial común y de la correspondiente acción exterior de la UE en esta materia [art. 3.1e) TFUE]. Dentro de este pilar, la UE solo tiene competencia exclusiva en materia de inversiones extranjeras directas (207 TFUE).⁵ Por ello, como se deriva del Dictamen 2/15 del TJUE de 16 de mayo de 2017 relativo al Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y la República de Singapur, la UE solo tiene competencia para celebrar tratados internacionales en el ámbito de su acción exterior en relación con este tipo de inversiones. En cuanto a las inversiones distintas de las directas, en la medida en que estas pueden suponer un movimiento de capitales dentro del espacio comunitario, existe una competencia compartida entre la UE y sus EE. MM. [art. 4.2 a) TFUE].⁶

7. La delimitación competencial supone que aquellos tratados de libre comercio que incluyan la protección de inversiones extranjeras directas e indirectas deban ser celebrados por la UE y los distintos EE. MM. A este tipo de tratados se los denomina acuerdos mixtos.

8. En cuanto a la competencia de la UE en relación con el sistema de resolución de controversias en materia de inversiones extranjeras, el TJUE considera que es objeto de una competencia compartida, ya que «un régimen de esta índole, que *sustrae diferencias a la competencia jurisdiccional de los Estados miembros*, no puede tener carácter meramente auxiliar [...] y, en consecuencia, no puede establecerse sin el consentimiento de éstos».⁷

9. En definitiva, la política comercial común y la correspondiente acción exterior de la UE —en la que «sustituye a sus Estados miembros»⁸— ha supuesto que en materia de protección de inversiones extranjeras existan una serie de competencias compartidas. La atribución de competencia en materia de inversiones a la UE ha supuesto, a su vez, un desplazamiento al TJUE de una parte del control institucional del arbitraje de inversiones.

10. Esta dualidad de competencias supone que los sistemas de protección de inversiones deban aprobarse por la UE (art. 218 TFUE) y por los distintos EE. MM. a través de sus respectivos procedimientos constitucionales (los arts. 93 a 96 CE) y que su adecuación con los ordenamientos comunitario

⁵ Dictamen 2/15 del Tribunal de Justicia (Pleno) de 16 de mayo de 2017 [Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y la República de Singapur]: «las inversiones directas, es jurisprudencia reiterada que éstas consisten en cualquier tipo de inversión efectuada por personas físicas o jurídicas que sirva para crear o mantener relaciones duraderas y directas entre el proveedor de fondos y la empresa a la que se destinan dichos fondos para el ejercicio de una actividad económica. La adquisición de participaciones en una empresa constituida en forma de sociedad por acciones es una inversión directa cuando las acciones que posee el accionista le ofrecen la posibilidad de participar de manera efectiva en la gestión o el control de dicha sociedad [...] las inversiones extranjeras distintas de las directas pueden, en particular, realizarse en forma de adquisiciones de títulos societarios con el objetivo de llevar a cabo una inversión de capital sin intención de influir en la gestión y el control de la empresa (inversiones «de cartera») y que tales inversiones constituyen movimientos de capitales en el sentido del artículo 63 TFUE».

⁶ Dictamen 2/15 del Tribunal de Justicia (Pleno) de 16 de mayo de 2017 p. 227-256. Al respecto, *vid.* I. IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA, “El capítulo sobre inversiones del Acuerdo Económico y Comercial Global de la Unión Europea y Canadá (CETA): análisis crítico de una iniciativa inacabada” en *Arbitraje*, vol. X, nº 1, 2017, pp. 44-51; o J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Permanencia y expansión del bilateralismo”, *op. cit.* Esta dualidad de competencias también supone que tanto la UE como los distintos EE MM ostenten legitimación pasiva en el arbitraje de inversiones. Con el fin de establecer las reglas para coordinar su actuación en el sistema de resolución de controversias y la responsabilidad financiera derivada de los laudos se dictó el Reglamento (UE) no 912/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 por el que se establece un marco para gestionar la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución de litigios entre inversores y Estados establecidos por acuerdos internacionales en los que la Unión Europea sea parte.

⁷ Dictamen 2/15 del Tribunal de Justicia (Pleno) de 16 de mayo de 2017: «[e]l Tribunal de Justicia ya ha tenido la ocasión de señalar que la competencia de la Unión para contraer compromisos internacionales incluye la de acompañar esos compromisos de disposiciones institucionales. Su presencia en el acuerdo no influye en la naturaleza de la competencia para celebrarlo. En efecto, esas disposiciones tienen carácter auxiliar y se encuadran, pues, en la misma competencia que la correspondiente a las disposiciones sustantivas a las que acompañan [...] Pues bien, un régimen de esta índole, que *sustrae diferencias a la competencia jurisdiccional de los Estados miembros*, no puede tener carácter meramente auxiliar en el sentido de la jurisprudencia recordada en el apartado 276 del presente dictamen, y, en consecuencia, no puede establecerse sin el consentimiento de éstos».

⁸ Dictamen 2/15 del Tribunal de Justicia (Pleno) de 16 de mayo de 2017, p. 248.

y nacionales pueda ser controlada de forma previa por el TJUE (art. 218.11 TFUE) y, en su caso, por los correspondientes tribunales constitucionales (arts. 96 CE y 78 LOTC). Además, y en relación con lo que ahora centra nuestra atención, exige que el sistema de arbitraje de inversiones deba ser compatible tanto con el art. 47 de la CDFUE como con el art. 24 CE.

1.2. Un cambio de modelo

11. El mecanismo de resolución de diferencias entre los Estados y los inversores extranjeros en los tratados de libre comercio de nueva generación supone un cambio de modelo en el sistema. La intención de la UE es que la progresiva celebración de estos tratados sustituya a los distintos APPRIS de los EE. MM. con terceros países. En cuanto al sistema arbitral propiamente dicho, el cambio de modelo se materializa en la creación de «tribunales» permanentes y en la exclusión del efecto directo de los tratados.

12. Aunque la cantidad de APPRIS en vigor entre España y terceros Estados impide hacer afirmaciones categóricas, la realidad es que la mayoría de ellos contiene una estructura y contenido similar.⁹ Una vez tramitado conforme al procedimiento constitucional, el APPRI se incorpora al ordenamiento jurídico interno y tiene eficacia directa (art. 96 CE). Esto supone que pueda ser alegado directamente por los inversores ante los órganos judiciales españoles.¹⁰ De esta manera, los derechos o intereses materiales reconocidos a particulares que tengan su fundamento en el tratado internacional —*treaty claims*— son tutelables ante la jurisdicción ordinaria.¹¹

13. Además de lo anterior, y en ello reside el verdadero interés de los APPRIS, los inversores tienen la posibilidad de someter la resolución de sus controversias a un sistema de arbitraje internacional. Según lo que determine el APPRI, el arbitraje puede desarrollarse en el seno de distintas organizaciones o instituciones arbitrales internacionales. Entre ellas, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias creado por el Convenio sobre arreglo de diferencias relativa a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (CIADI) —del que España es parte desde 1994—. También es usual que se permita someter la resolución de la controversia a un tribunal arbitral «ad hoc» establecido conforme a las reglas del Reglamento de arbitraje de la CNUDMI.¹²

14. El arbitraje constituye así una *alternativa* puesta al alcance del inversor extranjero. Para acceder a ella es necesario que el inversor manifieste su consentimiento al arbitraje y, en algunos casos, renuncie a cualquier acción ejercitada o susceptible de ser ejercitada ante los tribunales judiciales nacionales.¹³

⁹ La lista y texto de los APPRIS en vigor está disponible en <http://www.comercio.es/es-ES/inversiones-exterior/ acuerdos-internacionales/acuerdos-promocion-proteccion-reciproca-inversiones-appri/Paginas/lista-appri-vigor.aspx>

¹⁰ «Tradicionalmente, los APPRI han presentado la opción del arbitraje junto al de los tribunales internos del estado cuya responsabilidad se reclama; de este modo, ha sido el inversor quien, ante el surgimiento de una controversia, ha optado por iniciar la vía judicial o arbitral. Incluso en los casos en los que un APPRI no hubiera previsto la vía judicial interna, esta debía entenderse abierta para el inversor, en la medida en que el arbitraje no se considera “obligatorio” para este» (I. IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA, “El capítulo sobre inversiones”, *op. cit.*, p. 87). «Los acuerdos españoles de segunda generación, en línea con la práctica más tradicional, conceden al inversor extranjero la facultad de seleccionar el foro jurisdiccional entre los tribunales internos del Estado receptor y los Tribunales arbitrales constituidos ad hoc conforme a las reglas bien de la CNUDMI, o bien del CIADI. [...] el APPRI faculta a las partes para convenir el foro competente, otorgando al inversor la última palabra en cuanto a su elección» (F. J. PASCUAL VIVES, “El arbitraje de inversiones en los recientes APPRI españoles”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 18, pp. 17-18).

¹¹ Los derechos o intereses objeto de tutela del inversor extranjero pueden tener su origen en una relación contractual con el Estado —*contractual claims*—, en la legislación ordinaria o en el tratado internacional —*treaty claims*—. En todo momento nos centraremos en estas últimas.

¹² B. HESS, *The Private-Public Law Divide in International Dispute Resolution*, Brill, 2018, pp. 136-148.

¹³ En este sentido v.gr. el art. 10.5 del Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos, hecho en México el 10 de octubre de 2006: «[u]n inversor contendiente podrá someter una reclamación a arbitraje únicamente si: a) el inversor manifiesta su consentimiento al arbitraje conforme a los procedimientos establecidos en esta Sección; y b) el inversor renuncia a su derecho de iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial de conformidad con la legislación de una Parte Contratante».

15. El consentimiento del Estado de someterse a arbitraje se plasma en el propio tratado internacional y el del inversor extranjero en el correspondiente consentimiento escrito exigible conforme a las normas del Convenio CIADI o el Reglamento de la CNUDMI.¹⁴ La renuncia al ejercicio de acciones judiciales pretende excluir la existencia de procedimientos paralelos sobre el mismo objeto y así asegurar la denominada eficacia negativa o excluyente del procedimiento arbitral.¹⁵

16. Los arbitrajes de inversiones incluidos en los tratados de libre comercio de nueva generación suponen un cambio de modelo. Para corroborarlo puede utilizarse como referencia el CETA —recuérdese, con Canadá— que, como consecuencia del Dictamen 1/17, se ha considerado como un *golden standard* o *blue print* para la negociación de los futuros acuerdos.¹⁶

17. El CETA crea un «tribunal» permanente formado por 15 «miembros del tribunal» por un periodo de 5 años renovables que son nombrados por un Comité Mixto. Estos conocerán de la solución de diferencias en materia de inversiones entre inversores y Estados al amparo del Tratado (art. 8.27 CETA). Además, se crea un «tribunal de apelación» que podrá confirmar, modificar o revocar el «laudo» dictado en primera instancia (art. 8.28 CETA).

18. Aunque el CETA y los demás tratados de libre comercio proyectados crean distintos «tribunales» permanentes, la intención de la Comisión Europea es que en un futuro se cree un «tribunal multilateral sobre inversiones».¹⁷ De esta manera, se concentrarían en un solo «tribunal» las distintas controversias que fueran surgiendo a raíz de los distintos tratados de inversiones.

19. Desde una perspectiva predominantemente política, este sistema de «tribunales» permanentes pretende superar las críticas a las que ha estado sometido el sistema de arbitraje en materia de inversiones extranjeras en los últimos años por parte de la sociedad civil: la falta de transparencia del procedimiento y el sometimiento de las controversias a una «élite» de árbitros alineados con los intereses de los inversores.¹⁸ Para superar estas críticas se crea un «tribunal» estable que asegure la independencia e imparcialidad de los «miembros del tribunal» elegidos por las partes contratantes —en el caso del CETA, en el seno del Comité Mixto—. ¹⁹

¹⁴ B. HESS, *The Private-Public Law Divide*, *op. cit.*, p. 144. En este sentido, el art. 25 de CIADI «[l]a jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado» (énfasis añadido).

¹⁵ En abstracto los APPRI pueden permitir o incluso exigir que el inversor agote los recursos judiciales internos (art. 26 CIADI). Sobre el riesgo de procedimientos paralelos *vid.* G. BOTTINI, “Investment Arbitration and Proceedings before Local Courts» *en* *Investment Arbitration Outlook*, Uría Menéndez, Issue 1, 2017; también F. J. PASCUAL VIVES, “El arbitraje de inversiones”, *op. cit.*, pp. 20-23.

¹⁶ Para un panorama general de la política exterior común de la UE y el proceso de negociación de futuros tratados de libre comercio de nueva generación *vid.* Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la aplicación de los Acuerdos de Libre Comercio 1 de enero de 2018 - 31 de diciembre de 2018 [COM/2019/455 final]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52019DC0455>. También J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Permanencia y expansión del bilateralismo”, *op. cit.*

¹⁷ «Directrices de negociación para un Convenio relativo al establecimiento de un tribunal multilateral para la solución de diferencias en materia de inversiones» Disponible en: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12981-2017-ADD-1-DCL-1/es/pdf> Este documento tiene su antecedente en la Recomendación de la Comisión al Consejo «por el que se autoriza la apertura de negociaciones sobre un Convenio relativo al establecimiento de un tribunal multilateral para la solución de diferencias en materia de inversiones» Disponible en: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/ES/COM-2017-493-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF> En este contexto, se incluyó en el CETA el art. 8.29 conforme al cual: «[l]as Partes perseguirán, junto con otros socios comerciales, la creación de un tribunal multilateral sobre inversiones y de un mecanismo de apelación para la solución de diferencias en materia de inversiones. Al crear tal mecanismo multilateral, el Comité Mixto del CETA adoptará una decisión por la que se establezca que las diferencias en materia de inversiones con arreglo a la presente sección se decidirán con arreglo al mecanismo multilateral, y formulará las disposiciones transitorias oportunas». También se plasma esta intención en el Instrumento interpretativo conjunto sobre el Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) entre Canadá y la Unión Europea y sus Estados miembros.

¹⁸ B. HESS, *The Private-Public Law Divide*, *op. cit.*, pp. 146-148.

¹⁹ I. IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, “El capítulo sobre inversiones”, *op. cit.*, pp. 79-82.

20. Junto con esta motivación política, existe una razón técnica de especial interés: la UE no puede formar parte del Convenio CIADI y de aquellos otros tratados internacionales en los que solo se permita la adhesión de «Estados».²⁰ Con el modelo diseñado, a través de una peculiar ingeniería jurídica se crea una estructura que permite a la UE formar parte de la operativa actual del arbitraje internacional de inversiones.

21. Además de lo anterior, el segundo gran cambio es la imposibilidad de ejercitar acciones fundadas en el Tratado —*treaty claims*— ante la jurisdicción ordinaria de cualquiera de las partes contratantes. Según el art. 30.6 de CETA «[n]inguna disposición del presente Acuerdo se interpretará en el sentido de que conceda derechos o imponga obligaciones a personas, distintos de los creados entre las Partes en virtud del Derecho internacional público, ni en el sentido de que el presente Acuerdo pueda invocarse directamente en los ordenamientos jurídicos internos de las Partes».

22. Se excluye así de plano el efecto directo del Tratado en los ordenamientos jurídicos internos, lo que impide que los derechos y obligaciones de los individuos que nazcan del Tratado sean tutelados por los órganos judiciales nacionales.²¹ Esta falta de efecto directo se construye de forma un tanto artificial declarando que el Tratado no concede derechos materiales a los particulares. La realidad, sin embargo, parece ser algo distinta.

23. El Tratado reconoce derechos materiales a los particulares y, de hecho, son estos el fundamento de la solicitud de condena al Estado ante el «tribunal» permanente. El propio art. 8.18 CETA sostiene que «un inversor de una Parte podrá presentar al tribunal constituido conforme a la presente sección una denuncia de que la otra Parte ha incumplido una obligación». Aunque la posición activa y pasiva de estas obligaciones y la relación sinalagmática la ocupan los Estados parte, con base en el incumplimiento de estas el inversor podrá pretender y el laudo conceder una «indemnización pecuniaria» o la «restitución de la propiedad» (art. 8.39 CETA).

24. El incumplimiento de las obligaciones estatales hace nacer en el inversor el derecho a exigir una indemnización pecuniaria y determinados efectos restitutorios. No hacen falta mayores consideraciones dogmáticas para llegar a la conclusión de que el Tratado reconoce derechos materiales al individuo que son la causa de pedir de la condena que se pretende ante el «tribunal» permanente: un derecho de resarcimiento como consecuencia del incumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones internacionales. Cuestión distinta es que este derecho material derivado de la responsabilidad patrimonial (internacional) del Estado no pueda ser tutelado por los órganos judiciales nacionales.

25. Esto supone que la única vía que tiene el inversor para ejercitar sus pretensiones basadas en el Tratado sea el «tribunal» permanente. Formalmente se sigue exigiendo el consentimiento del parti-

²⁰ «The idea that the ICS envisaged by the EU should be regarded as providing Access to ICSID arbitration also raises an important additional *ratione personae* issue, stemming from the fact that the EU is not a Contracting Party to the ICSID Convention [...] However, for the EU to become a Contracting Party to the ICSID Convention a revision of the Convention would be necessary since Article 67 restricts membership to states (and even more particularly to member States of the World Bank or at least parties to the ICJ Statute). The most straightforward avenue to enable the EU becoming an ICSID Contracting Party would entail the cumbersome treaty amendment procedure under Articles 65 and 66, basically requiring unanimous approval of all existing ICSID Contracting Parties» (A. REINISCH, «Will the EU's Proposal Concerning an Investment Court System for CETA and TTIP Lead to Enforceable Awards?—The Limits of Modifying the ICSID Convention and the Nature of Investment Arbitration», *Journal of International Economic Law*, 2016, núm. 19, p. 762).

²¹ Conclusiones del Abogado General de 29 de enero de 2019 al Dictamen 1/17, p. 63. En relación con ello se ha dicho que el tratado «conduce a rechazar la posibilidad de reclamar los derechos reconocidos en el CETA en los tribunales internos del estado. Solo cabría reclamar ante el Sistema de Tribunales de Inversión y solo por la violación de aquellos derechos que abren la vía del ISDS. Esta conclusión aleja al sistema ISDS del CETA de la lógica que ha guiado desde sus orígenes la solución de diferencias entre inversores y estados, como mecanismo alternativo a los tribunales internos del estado autor del daño» (I. IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA, «El capítulo sobre inversiones», *op. cit.*, pp. 87-88). La exclusión del efecto directo técnicamente permite centralizar la resolución de los conflictos derivados del tratado en un único órgano (en relación con esto, *vid.* C. VAJDA, «The EU and Beyond: Dispute Resolution in International Economic Agreements», *The European Journal of International Law*, Vol. 29 no. 1).

cular para acceder al «tribunal» (art. 8.22 CETA). Sin embargo, realmente este es el único medio que tiene para hacer valer los derechos —o si se prefiere, para adecuarse a la idea que pretende trasladar el CETA, sus «expectativas» económicas—. En la medida en que no existe otra vía para hacer valer las reclamaciones nacidas del tratado —*treaty claims*—, desaparece toda alternativa razonable al arbitraje de inversiones.

26. Lo anterior lleva a concluir de forma irremediable que en relación con las reclamaciones que tengan su origen en el tratado se ha creado o una jurisdicción internacional con competencia exclusiva o un arbitraje obligatorio.²²

27. En este sentido se enmarca la afirmación del TJUE en relación con el acuerdo de libre comercio UE-Singapur —sustancialmente idéntico al CETA—: un régimen de esta índole «*sustrae diferencias a la competencia jurisdiccional de los Estados miembros*». La diferencia en el nuevo modelo es que esta sustracción de la competencia jurisdiccional es impuesta al inversor, ya que solo ante el «tribunal» permanente podrán pretenderse sus reclamaciones pecuniarias o de otro tipo que nazcan del Tratado.

28. Además, el CETA también impone como requisito para acceder al «tribunal» que el individuo renuncie «a su derecho a iniciar una demanda o un procedimiento ante un tribunal u órgano jurisdiccional con arreglo al Derecho interno o internacional respecto a una medida que supuestamente constituya una infracción mencionada en su denuncia» (art. 8.22 CETA). En la medida en que no hay forma de pretender reclamaciones con base en el tratado ante los órganos judiciales nacionales, es razonable concluir que lo que el tratado impone no es la renuncia de acciones judiciales con origen en este —algo lógico y coherente para evitar procedimientos paralelos, aunque aquí innecesario por imposible—, sino la renuncia al ejercicio de cualquier otra acción eventualmente basada en el Derecho nacional cuya causa de pedir la constituyan los mismos hechos.²³

III. La compatibilidad del sistema de solución de diferencias en materia de inversiones con el Art. 47 CDFUE

29. Dicho lo anterior, es oportuno hacer una exposición de la compatibilidad del sistema de solución de diferencias en materia de inversiones con el art. 47 CDFUE, partiendo para ello del Dictamen 1/17 del TJUE. El Dictamen es de interés por cuanto, por un lado, permite sentar las bases de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario y su proyección en el ámbito de la acción exterior de la UE y, por otro, por suponer un juicio de la compatibilidad del sistema de solución de diferencias del CETA con el referido art. 47 CDFUE.

²² «Their jurisdiction, moreover, is compulsory not only for the respondent, but also for the claimant investor: the only forum where a CETA claim can be brought is the CETA adjudicative machinery» (V. FERRERES COMELLA, «The European Court of Justice Rules on CETA's Investor-State Dispute Resolution Mechanism», *Investment Arbitration Outlook*, Uría Menendez, 2019, Issue 5, p. 10). Por eso este sistema se convierte «en la única vía para hacer valer el nivel de protección sustantivo otorgado en dichos Acuerdos [...] El sistema de tribunales internacionales de inversión tiene carácter obligatorio para ambas partes, desde el momento en que el inversor quiera hacer valer directamente las disposiciones del CETA o las de cualquier otro Acuerdo donde se contemple el mismo» (E. FERNÁNDEZ MASÍ, M. SALVADORI, «Lo que se está discutiendo en la CNUDMI: evolución o revolución en el sistema de solución de controversias inversor-Estado», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Marzo 2020), Vol. 12, Nº 1, p. 214).

²³ CETA Art. 8.22: «1. Un inversor solo podrá presentar una demanda de conformidad con el artículo 8.23 si el inversor: [...] g) renuncia a su derecho a iniciar una demanda o un procedimiento ante un tribunal u órgano jurisdiccional con arreglo al Derecho interno o internacional respecto a una medida que supuestamente constituya una infracción mencionada en su denuncia». Por eso se ha defendido que «Obwohl der Verzicht zur Durchführung künftiger nationaler Gerichtsverfahren unter bestimmten Voraussetzungen unwirksam ist (Art. 8.22 Abs. 5 CETA), würde die Wahl des Rechtswegs vor das CETA-Gericht faktisch einen Verzicht auf die Geltendmachung eines Verstoßes gegen nationales Recht bedeuten» (SCHILL «Investitionsschutz in EU-Freihandelsabkommen: Erosion gesetzgeberischer Gestaltungsmacht?», *ZaöRV*, 2018, 33, p. 76).

3.1. La externalización y dimensión objetiva del art. 47 CDFUE

30. Como afirma el TJUE, el «tribunal» permanente del CETA «se encuentra fuera del sistema jurisdiccional de la Unión» formado por los distintos órganos judiciales nacionales que están llamado a aplicar el Derecho de la UE y por el TJUE como último intérprete y guardián del ordenamiento comunitario (art. 19 TUE). En definitiva, «la jurisdicción prevista por el CETA es distinta de la de los órganos jurisdiccionales internos».²⁴

31. El hecho de que el «sistema de tribunales» creado por el CETA esté fuera de la arquitectura judicial de la UE supone que en su seno no sea materialmente aplicable la CDFUE (art. 51). Por lo tanto, es imposible que el «tribunal permanente» vulnere el art. 47 CDFUE: no existe ninguna vinculación de este a la Carta.

32. No obstante, el Tribunal recuerda que «los acuerdos internacionales celebrados por la Unión deben ser plenamente compatibles con los Tratados y con los principios constitucionales», por lo que se debe exigir «la compatibilidad de un acuerdo internacional previsto con las garantías establecidas en la Carta, que tiene el mismo valor jurídico que los Tratados». Por ello «al celebrar un acuerdo internacional que incluya la creación de *órganos que tengan características judiciales predominantes y que estén destinados a resolver diferencias, en particular entre inversores privados y Estados* [...] la Unión está sujeta, respecto al modo de acceso a estos órganos y a la independencia de estos, a lo dispuesto en el artículo 47, párrafos segundo y tercero, de la Carta». Esto supone que la Unión no podría «celebrar un acuerdo que establezca tribunales competentes para dictar laudos obligatorios para la Unión y para tratar diferencias planteadas ante ellos por justiciables de la Unión sin que se les ofrezcan dichas garantías».²⁵ Así, el Tribunal proyecta la dimensión objetiva de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta a cualquier actuación de la UE, incluida su acción exterior.²⁶

33. Esto supone una externalización o proyección objetiva de las garantías del art. 47 CDFUE *ad extra* —*Externalisierung der Unionsgrundrechte*—.²⁷ En estos casos, el art. 47 CDFUE no es materialmente aplicable (art. 51 CDFUE), por lo que el derecho fundamental no despliega ninguna eficacia subjetiva. Sin embargo, la vinculación de la UE a la Carta exige que las garantías institucionales y de procedimiento del art. 47 CDFUE se incorporen en los mecanismos internacionales de resolución de controversias en los que pueda intervenir un particular.²⁸

²⁴ Dictamen 1/17 del Tribunal de Justicia (Pleno) de 30 de abril de 2019, pp. 106-114.

²⁵ Dictamen 1/17 del Tribunal de Justicia (Pleno) de 30 de abril de 2019, pp. 189-198.

²⁶ S. STÖBENER DE MORA, S. WERNICKE, “Riskante Vorgaben für Investitionsschutz”, *op. cit.*, p. 975.

²⁷ «Schließlich ergeben sich aus dem CETA-Gutachten unionsgrundrechtliche Anforderungen für internationale Gerichte. Danach darf sich die Union nicht an der Errichtung eines internationalen Gerichts beteiligen, das über Klagen von Unionsbürgerinnen und bürgern entscheidet, ohne dass die Garantien des Unionsrechts gewahrt werden [...] Das CETA-Gutachten geht nun einen entscheidenden Schritt weiter, indem es die volle Beachtung der unionsinternen Standards für die Rechtsschutzgewährung durch internationale Gerichte verlangt: Die Investitionsgerichte müssten die Anforderungen von Art. 47 Abs. 2 und 3 GRCh vollumfänglich wahren. [...] Das CETA-Gutachten aber wendet den vollen Grundrechtsstandard erstmals auf ein internationales Gericht an» (H. SAUER, “Europarechtliche Schranken internationaler Gerichte”, *JZ*, 2019, núm. 74, p. 928). La Comisión ha señalado igualmente que «[L]a Unión se basará en los principios de la democracia, el Estado de Derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales en lo relativo a esta iniciativa, incluido en particular el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales. La acción de la Unión en el ámbito multilateral no puede afectar al nivel de protección de los derechos fundamentales en la Unión» (*Recomendación de la Comisión al Consejo por la que se autoriza la apertura de negociaciones sobre un Convenio relativo al establecimiento de un tribunal multilateral para la solución de diferencias en materia de inversiones*, p. 6).

²⁸ La preocupación por la compatibilidad de estos nuevos tribunales permanentes con las garantías procesales reconocidas por los distintos sistemas de derechos fundamentales nacionales e internacionales se constata en la Resolución de la 18ª Comisión del Instituto de Derecho Internacional de 28 de agosto de 2019 «Equality of Parties before International Investment Tribunals».

3.2. La compatibilidad del CETA con el art. 47 CDFUE

34. En relación con el concreto sistema de resolución de controversias del CETA, el TJUE aprecia de forma correcta que la falta de efecto directo del tratado supone el «*carácter obligatorio de la competencia de esos tribunales*» ya que «*dicha competencia se impondrá no solamente al demandado, que deberá aceptarla en virtud del artículo 8.25 del CETA, sino también al inversor demandante, en el supuesto de que este pretenda invocar directamente las disposiciones del CETA*. En efecto, puesto que el artículo 30.6 del CETA priva a los inversores de la posibilidad de invocar directamente este Acuerdo ante los órganos jurisdiccionales internos de las Partes, toda acción basada directamente en las disposiciones de ese Acuerdo deberá ejercitarse ante el Tribunal del CETA».²⁹

35. Expuesto lo anterior, y una vez sentadas las bases para justificar la exigencia de compatibilidad del tratado con la CDFUE, el TJUE analiza si el «tribunal» permanente con competencia obligatoria creado por el CETA cumple con las garantías del art. 47 CDFUE. En concreto, el TJUE se centra en las garantías de imparcialidad e independencia de los «miembros del tribunal» y en el acceso de todos los justiciables a este.

36. En apretado resumen, el TJUE considera que se cumplen las garantías de independencia e imparcialidad que impone el art. 47 CDFUE por cuanto los «miembros del tribunal» ejercen sus funciones con plena autonomía: son nombrados por un periodo de 5 años renovable por una vez, su destitución se limita a supuestos concretos de incumplimientos determinados en el tratado, reciben una retribución adecuada a sus funciones que con la consolidación de la actividad del «tribunal» aspira a convertirse en fija, entre otras cuestiones. En relación con la posibilidad de que el Comité Mixto creado por el CETA dicte interpretaciones vinculantes para el «tribunal» (art. 8.31 CETA), el TJUE considera que el art. 47 CDFUE impide que estas interpretaciones tengan efectos sobre asuntos resueltos o pendientes. Y aunque «esta garantía de falta de efecto retroactivo y de efecto inmediato sobre los asuntos pendientes no esté prevista expresamente» en el CETA, el TJUE considera que en la medida en que la Carta vincula a la UE en toda su actuación, también lo hará cuando esta participe en el Comité Mixto del CETA. Por lo que la proyección objetiva del art. 47 CDFUE no «autoriza a la Unión a aceptar decisiones de interpretación del Comité Mixto del CETA que produzcan efectos sobre el trato de las diferencias ya resueltas o pendientes».³⁰

37. En relación con el derecho de acceso a la justicia del art. 47 CDFUE el TJUE considera que, aunque el sistema «podría resultar, en la práctica, accesible exclusivamente a los inversores que dispongan de importantes recursos financieros», la UE se ha comprometido (Declaración nº 36) a asegurar el acceso a este «nuevo órgano jurisdiccional para los usuarios más vulnerables». En la medida en que el objeto de enjuiciamiento se proyecta sobre un acuerdo internacional previsto (art. 218 TFUE), para el TJUE este compromiso «basta para llegar a la conclusión de que el CETA [...] es compatible con la exigencia de accesibilidad a dichos tribunales».³¹

38. Sin entrar a comentar críticamente las valoraciones del TJUE, una vez proyectadas objetivamente las garantías del art. 47 CDFUE, este llega a la conclusión de que el CETA es en este punto compatible con la Carta.

IV. La solución de diferencias en materia de inversiones: ¿tribunal o arbitraje internacional?

39. Antes de analizar la compatibilidad del sistema del CETA expuesto con nuestro sistema interno de garantías procesales —esto es, con el art. 24 CE— es oportuno hacer una referencia a la con-

²⁹ Dictamen 1/17 del Tribunal de Justicia (Pleno) de 30 de abril de 2019, p. 198.

³⁰ Dictamen 1/17 del Tribunal de Justicia (Pleno) de 30 de abril de 2019, pp. 223-224.

³¹ Dictamen 1/17 del Tribunal de Justicia (Pleno) de 30 de abril de 2019, pp. 222-205.

creta naturaleza del «tribunal» permanente diseñado. Esta es una cuestión que puede tener incidencia directa en el anclaje constitucional de estos «tribunales» permanentes en nuestro ordenamiento.

40. Se debe ser consciente de que el sistema que se analiza supone un nuevo modelo que impide una identificación exacta con las categorías preexistentes con las que se suele operar. Como se ha dicho ya, el tradicional arbitraje de inversiones ha supuesto una ruptura de la rígida separación entre el Derecho internacional y el Derecho privado.³² El reconocimiento de derechos e intereses materiales con fundamento en la responsabilidad internacional del Estado tutelables por los órganos judiciales nacionales —en aquellos tratados con efecto directo— y por instituciones arbitrales internacionales supone una expansión de la aplicación de los tratados internacionales y la consolidación del individuo como un operador más en los sistemas internacionales de resolución de controversias.³³

41. En el CETA, y en los demás textos convencionales en proceso de negociación, parecen utilizarse algunos términos con intencionada ambigüedad.³⁴ Como se ha dicho, una de las intenciones de la nueva política comercial común de la UE es la creación de «tribunales» permanentes que superen las críticas vertidas contra los existentes creando, en palabras de la Comisión, un «sistema jurisdiccional institucionalizado».³⁵ El léxico utilizado en los textos convencionales pretende consolidar esta idea de «institucionalización». Sin embargo, es razonable cuestionarse si este cambio en los términos supone realmente una transformación de la naturaleza de los órganos encargados de resolver el conflicto y del sistema en sí.

42. En función de la naturaleza que del «tribunal» permanente se predique se llegará a una u otra conclusión: el nuevo sistema crea tribunales internacionales con jurisdicción sobre individuos o un arbitraje internacional obligatorio. En función de la respuesta, a su vez, deberá ponerse el foco en el proceso de aprobación del tratado (art. 93 CE) y en la forma en que el derecho a la tutela judicial efectiva se proyecta objetivamente sobre la actuación exterior del Estado español en la creación de tribunales internacionales en los que puedan intervenir particulares o en la compatibilidad del arbitraje obligatorio con el derecho a la tutela judicial efectiva de los inversores —españoles y extranjeros— (art. 24 CE).

Es de interés constatar cómo las dudas en torno a la naturaleza de «tribunales» internacionales permanentes como el que aquí se analiza ya fueron objeto de discusión hace más de 100 años. El Tratado de Versalles creó, al término de la Primera Guerra Mundial, una serie de tribunales arbitrales mixtos que conocían de reclamaciones pecuniarias de particulares frente a las potencias vencidas. Estas estaban relacionadas con la expropiación y expolio de su patrimonio durante el conflicto bélico. El sistema de tribunales mixtos y la posibilidad de que los particulares pudieran acceder a ellos supuso una auténtica novedad en su época.³⁶

³² B. HESS, *The Private-Public Law Divide*, *op. cit.*, pp. 21-41, 277.

³³ «[L]as nuevas dimensiones abiertas por los acuerdos bilaterales de protección de inversiones (APPRIS) y los arbitrajes que se basan en ellos, pues entre otras cosas amplían el *ius standi* de los particulares y les proporcionan un cauce jurisdiccional internacional para resolver sus controversias con el Estado» (P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, *Sistema de Derecho Internacional Público*, Civitas, 4ª ed., Madrid, 2016 [capítulo VII apartado IV]).

³⁴ A. REINISCH, “Will the EU’s Proposal Concerning an Investment Court System”, *op. cit.*, p. 765.

³⁵ Recomendación de la Comisión al Consejo por la que se autoriza la apertura de negociaciones sobre un Convenio relativo al establecimiento de un tribunal multilateral para la solución de diferencias en materia de inversiones, p. 3.

³⁶ «The Allied and Associated Powers did not entrust the German, Austrian and Hungarian courts with implementation of the substantive provisions of the peace treaties as they mistrusted the willingness of these courts to fully implement the one-sided regimes of the peace treaties. Under the national applicable jurisdictional rules, these courts were competent to address private law issues regarding assets located on their soil. Instead, the peace treaties established a self-standing court system, the Mixed Arbitral Tribunals [...] The name of these tribunals was due to their international composition: two arbiters were nominated by the respective governments, and a presiding judge was chosen by agreement between the two Governments who was a national of a neutral state. The most prominent and innovative feature of the peace treaties was the standing of individuals before these courts [...] In 1919, the idea of establishing international arbitral tribunals competent for the resolution of disputes between individuals (or individuals against states) at the international level was innovative [...] One of the most debated issues in the literature between the 1920s and the 1930s was the nature of the MATs: Were they national adjudicatory bodies, international ones, or rather a tertium genus? Should they be considered as an exceptional jurisdiction, or as a general one? Scholars addressing the issue of the national or international nature of the MATs reached different con-

Se ha visto por algunos en estos tribunales un peculiar paralelismo e inspiración con los actuales tribunales permanentes en materia de inversiones.³⁷

43. Aunque un estudio exhaustivo de la naturaleza de estos tribunales desbordaría por completo la intención de estas líneas, puede ser de interés plantear algunas ideas preliminares que permitan una reflexión ulterior sobre la cuestión. La consolidación del individuo en el sistema internacional de resoluciones de controversias impone la actualización de algunos conceptos nucleares, como los de jurisdicción y potestad jurisdiccional nacional e internacional.³⁸

4.1. El «tribunal» permanente de inversiones: ¿una jurisdicción internacional?

44. El TJUE sostiene que el arbitraje de inversiones del CETA es un sistema «“híbrido” por presentar, además de *características jurisdiccionales*, otros aspectos que se basan en los mecanismos tradicionales de arbitraje en materia de inversiones [...] sin que sea necesario dilucidar si las Partes calificarán formalmente a esos tribunales de “órganos jurisdiccionales” [...] se desprende que esos tribunales ejercerán esencialmente *funciones judiciales*».³⁹

45. Como se sabe, la *función jurisdiccional* supone la aplicación del Derecho objetivo al caso concreto: «decir y hacer el Derecho».⁴⁰ La *jurisdicción* es el «sistema orgánico e institucional» que lleva a cabo la función jurisdiccional. La potestad jurisdiccional se identifica con el «conjunto de poderes y atribuciones que tienen los tribunales de justicia para llevar a cabo la función jurisdiccional».⁴¹ La

clusions depending on what decisive criterion they followed: the origin of the institution, or its function» (M. REQUEJO ISIDRO, B. HESS, “The Mixed Arbitral Tribunals in the Peace Treaties of 1919–1922”, *MPILux Research Paper Series*, 2018 (5), pp. 8, 10, 17. También en “International Adjudication of Private Rights: The Mixed Arbitral Tribunals in the Peace Treaties of 1919–1922” en M. ERPELDING, B. HESS, H. RUIZ FABRI, (eds.) *Peace Through Law. The Versailles Peace Treaty and Dispute Settlement After World War I*, Nomos, Baden-Baden, 2019, pp. 239-276). En el mismo sentido, B. HESS, *The Private-Public Law Divide*, *op. cit.*, pp. 110-116.

³⁷ «The debate about the legal nature of the MAT recalls the debate about the legal nature of other modern international courts and tribunals deciding on claims of individuals against states and international organizations as the US-Iranian Claims Tribunal, the United Nations Compensation Commission or the Eritrea Ethiopian Claims Commission. The most interesting parallelism relates to investment arbitration [...] The similarities might even increase when permanent investment courts are established» (M. REQUEJO ISIDRO, B. HESS, “The Mixed Arbitral”, *op. cit.*, pp. 19-20). Este paralelismo ha supuesto un renovado interés en estos tribunales. Una muestra de lo anterior es el seminario «Mixed Arbitral Tribunals, 1919–1930: An Experiment in the International Adjudication of Private Rights» programado para el 22 y 23 de noviembre de 2020 en el Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law: <https://www.mpi.lu/news-and-events/2020/october/22-23/mixed-arbitral-tribunals-1919-1930-an-experiment-in-the-international-adjudication-of-private-rights/>

³⁸ «These proposed changes raise the general question whether such ISDS can still be regarded as ISA or has already migrated into the field of judicial dispute settlement, with the practically highly important effect that its outcomes may have to be considered judgments and not arbitral awards» (A. REINISCH, “Will the EU’s Proposal Concerning an Investment Court System”, *op. cit.*, p. 762).

³⁹ Dictamen 1/17 del Tribunal de Justicia (Pleno) de 30 de abril de 2019 pp. 193-197. Según el Instrumento interpretativo conjunto sobre el Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) entre Canadá y la Unión Europea y sus Estados miembros, el Tribunal permanente: «se aleja firmemente del planteamiento tradicional de la solución de diferencias en materia de inversión y crea tribunales sobre inversiones independientes, permanentes e imparciales, inspirados en los principios de los sistemas judiciales públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros y Canadá, así como en los tribunales internacionales como la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos». Según las conclusiones del Abogado General «[e]l modelo adoptado presenta, en varios aspectos, características originales que le confieren un carácter híbrido, suerte de compromiso entre un tribunal arbitral y un órgano jurisdiccional internacional. Por tanto, la vía elegida por la Unión en el marco del CETA consiste en la institucionalización y la judicialización del mecanismo de solución de diferencias en materia de inversiones, reflejo del equilibrio entre tradición e innovación en el ámbito del arbitraje de inversión [...] este último régimen, en su estado actual de desarrollo, que se aparta del arbitraje clásico y se aproxima a un sistema jurisdiccional» (Conclusiones del Abogado General de 29 de enero de 2019 al Dictamen 1/17).

⁴⁰ F. GASCÓN INCHAUSTI, *Derecho Procesal Civil. Materiales para el estudio*, pp. 29-30. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/56973/1/Derecho%20Procesal%20Civil%20-%20Fernando%20Gascon%20Inchausti%20-%202019.pdf>

⁴¹ F. GASCÓN INCHAUSTI, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, p. 28.

potestad jurisdiccional está íntimamente ligada a la idea de soberanía estatal, por lo que corresponde en exclusiva al Estado y, en concreto, a los órganos judiciales (art. 117 CE).⁴²

46. Por otro lado, el arbitraje supone una renuncia puntual al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE): se renuncia a recibir la tutela judicial estatal para someter la resolución de la controversia a un particular. El árbitro, si así lo han querido las partes, interpreta y aplica el Derecho objetivo al caso concreto. En ese sentido, puede considerarse que el árbitro lleva a cabo parte de la *función jurisdiccional*: dice el Derecho al caso concreto. Sin embargo, desde luego, esto no lo convierte en un órgano judicial dotado de potestad jurisdiccional.

47. El poder del árbitro de dictar una resolución vinculante se basa en la autonomía de la voluntad de las partes plasmada en el convenio arbitral; no emana del conjunto de poderes y atribuciones que, derivados de la soberanía estatal, se atribuyen a los jueces y tribunales (art. 117 CE). La labor jurisdiccional de los árbitros es llevada a cabo no con base en un poder público atribuido constitucionalmente, sino que tiene su fundamento en la voluntad de las partes.

48. La falta de potestad jurisdiccional impide calificar al árbitro como juez o tribunal, lo que explica —entre otras cosas— la imposibilidad de que los árbitros o tribunales arbitrales planteen cuestiones de inconstitucionalidad ante el TC o cuestiones prejudiciales ante el TJUE. Por eso, como se ha defendido, la denominada «equivalencia jurisdiccional» del arbitraje se predica respecto de sus efectos —la solución de la controversia con efectos de cosa juzgada—, pero no de su naturaleza.⁴³ Por ello, la «función *esencialmente* judicial» que lleve a cabo el «tribunal» permanente del CETA no es un elemento que permita concluir automáticamente que es un órgano jurisdiccional internacional.

49. Aunque un estudio de los conceptos de «tribunal internacional» y de «jurisdicción internacional» está totalmente fuera del alcance de estas líneas, la referida consolidación del individuo en los sistemas internacionales de resolución de conflictos impone hacer una distinción entre aquellos tribunales internacionales que tienen como finalidad resolver controversias *entre Estados* y aquellos que tienen competencia para conocer de conflictos jurídicos planteados *por o frente a* individuos.

50. Los tribunales internacionales son el principal sistema para resolver conflictos jurídicos entre Estados soberanos —*par in parem non habet imperium*—. Estos se fundamentan en la autonomía soberana de los Estados que consienten respecto de un caso concreto o en general respecto de cualquier controversia la decisión adoptada. El poder vinculante de la resolución del tribunal tiene su fundamento en la soberanía estatal plasmada en el tratado internacional que lo crea.

51. Este esquema de igualdad de sujetos soberanos no se reproduce con exactitud en aquellos sistemas en los que pueden intervenir particulares. En este caso, entra en el panorama un individuo dotado de derechos fundamentales reconocidos tanto en el plano del ordenamiento internacional como nacional.⁴⁴

52. Lo anterior supone que *el poder de interpretar y aplicar el Derecho internacional respecto de individuos sometidos a la jurisdicción de un Estado soberano solo puede basarse, como en el ordenamiento interno, en una potestad jurisdiccional internacional o en la propia autonomía de la voluntad del individuo.*

⁴² F. GASCÓN INCHAUSTI, *Derecho Procesal Civil*, op. cit., pp. 30, 34.

⁴³ G. SCHUMANN BARRAGÁN, “Comentario a la STC 1/2018 de 11 de enero (Pleno) sobre la inconstitucionalidad del art. 73 e) de la Ley del Contrato de Seguro”, *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, 2018, p. 404. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/61812>

⁴⁴ La diferencia entre estos dos tipos de tribunales se constata en el Dictamen 1/15 del TJUE. En este se analiza por separado la «solución de diferencias entre un inversor y un Estado» y la «solución de diferencias entre las Partes» firmantes del tratado internacional: la UE y sus EE MM y el tercer país.

53. Como se sabe, aunque la potestad jurisdiccional emana de la soberanía estatal y por tanto es monopolizada por el Estado, existen casos en los que pueden ceder su ejercicio a tribunales internacionales.⁴⁵ En la medida en que la potestad jurisdiccional es propia del Estado, solo este puede cederla.

54. La cesión del ejercicio de la potestad jurisdiccional a un tribunal internacional —i.e. la cesión de aquellos poderes y atribuciones para llevar a cabo la función jurisdiccional respecto de individuos— influye irremediabilmente en el proceso constitucional de aprobación del tratado internacional que lo crea.

55. La atribución de potestad jurisdiccional (art. 117 CE) a un tribunal internacional supone la atribución a «una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución» (art. 93 CE). Y, por ello, el tratado internacional precisa de la aprobación de las Cortes Generales mediante ley orgánica.

56. Esto supuso *v.gr.* que el Estatuto de Roma que instituyó la Corte Penal Internacional se tramitase por este procedimiento —y no la creación de determinados Comités de Derechos Humanos—. ⁴⁶ Como afirmó el Consejo de Estado en su Dictamen 1374/1999 —y como también consideraba el Ministerio de Asuntos Exteriores— el Estatuto suponía «la transferencia a la CPI de potestades jurisdiccionales que la Constitución reserva en exclusiva a los Juzgados y Tribunales integrantes del Poder Judicial (artículo 117.3 CE)».⁴⁷

57. Por ello, debe entenderse que existe una transferencia del ejercicio de la potestad jurisdiccional del Estado (art. 117 CE) cuando se crea un tribunal internacional con jurisdicción sobre aquellos individuos sometidos a la jurisdicción del Estado español. A través de esta atribución se dota al tribunal internacional de aquellos poderes necesarios para llevar a cabo la función jurisdiccional respecto de ellos.

58. Por otra parte, en relación con el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, el art. 24 LOPJ determina que «será competente, en todo caso, la jurisdicción española cuando la pretensión

⁴⁵ «El principio del monopolio estatal de la jurisdicción también significa que la función jurisdiccional la define el propio Estado, siendo una materia en la que no deben interferir otros Estados u organizaciones supranacionales, salvo que el propio Estado lo consienta y en la medida en que lo consienta. Esto sucede normalmente como consecuencia de la integración activa en organizaciones internacionales (v.g., la Unión Europea, con su sistema judicial; o la ONU, a través del Tribunal Penal Internacional)» (F. GASCÓN INCHAUSTI, *Derecho Procesal Civil*, op. cit., p. 34).

⁴⁶ STC núm. 70/2002 de 3 abril [RTC 2002\70]: «[L]as «observaciones» que en forma de Dictamen emite el Comité no son resoluciones judiciales, puesto que el Comité no tiene facultades jurisdiccionales (como claramente se deduce de la lectura de los arts. 41 y 42 del Pacto)». En el mismo sentido se ha dicho que «conforme a la cual el Comité de Derechos Humanos de la ONU no tiene carácter jurisdiccional, de modo que sus resoluciones o dictámenes carecen de aptitud para crear una doctrina o precedente que pudiera vincular a esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo» STS (Sala de lo Penal) núm. 338/2015 de 2 junio [RJ 2016\6668]. En el mismo sentido, C. GUTIÉRREZ ESPADA, «La aplicación en España de los dictámenes de comités internacionales: la STS 1263/2018, un importante punto de inflexión», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2018), Vol. 10, Nº 2, pp. 836-851.

⁴⁷ Dictamen del Consejo de Estado 1374/1999 relativo al Estatuto de Roma que instituye la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el 17 de julio de 1998. «La función que cumplen los, preceptos mencionados es, en definitiva, permitir la transferencia a la CPI de potestades jurisdiccionales que la Constitución reserva en exclusiva a los Juzgados y Tribunales integrantes del Poder Judicial (artículo 117.3 CE), por lo que entiende el Consejo de Estado que el mecanismo del artículo 93 CE ampara una cesión tal del ejercicio (por lo demás, complementario, siempre y cuando España no las ejerza realmente por alguna de las razones mencionadas) de las referidas competencias. Toda atribución del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución a una organización o institución internacional implica el reconocimiento de una intervención (con desplazamiento total o parcial de los órganos españoles, según los casos) de poderes internacionales o supranacionales en el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Tratándose de competencias judiciales, resulta inherente a la transferencia de su ejercicio el admitir la existencia de instancias por encima de los órganos jurisdiccionales españoles que resultarán habilitadas para pronunciarse sobre hechos y materias en los que éstos, hasta el presente, tienen la potestad última de decir el derecho [...] Y, en mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado es de dictamen: Que la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional requiere autorización de las Cortes Generales mediante ley orgánica aprobada al amparo del artículo 93 de la Constitución».

que se deduzca se refiera a disposiciones de carácter general o a actos de las Administraciones Públicas españolas». El Consejo de Estado tradicionalmente ha considerado que los APPRIS deben tramitarse conforme el art. 94.1.e) CE porque, entre otras cuestiones, suponen una modificación del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa delimitado en la LOPJ.⁴⁸ En su Dictamen 1436/1993 relativo al Convenio CIADI se decía que el «sometimiento a arbitraje [...] reduce el ámbito de la jurisdicción de los Tribunales españoles, tal y como se define éste en la Ley Orgánica del Poder Judicial».⁴⁹

59. No consideramos que la posibilidad de someter una controversia a arbitraje —nacional o internacional, comercial o de inversiones— suponga una modificación de la jurisdicción estatal. De ser así, lo sería cualquier ampliación o modificación de las materias arbitrables. En la medida en que los órganos judiciales sigan manteniendo la jurisdicción para conocer de la materia, no existe una modificación de la jurisdicción estatal; existe, más bien, el reconocimiento de la facultad individual de renunciar al derecho subjetivo público a servirse de ella para someter la resolución de su controversia jurídica a un particular denominado árbitro.

60. Dicho esto, algo distinto sucede en relación con el «tribunal» permanente creado por el CETA. En la medida en que el tratado internacional carece de efecto directo, en este caso sí se están «sustra[yendo] diferencias a la competencia jurisdiccional de los Estados miembros» (Dictamen 2/15 TJUE).⁵⁰ Existe una reducción del ámbito de la jurisdicción de los tribunales españoles, pues no podrán conocer de reclamaciones patrimoniales ni de pretensiones de responsabilidad frente a «disposiciones de carácter general o a actos de las Administraciones Públicas españolas» basadas en un tratado internacional que, no debe olvidarse, una vez publicado forma parte del ordenamiento jurídico interno (art. 96 CE).

⁴⁸ En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los más de 50 dictámenes en relación con los distintos APPRIS celebrados por España. Ha dicho, v.g., que «el sometimiento a arbitraje de las controversias que puedan surgir entre la Administración española y los inversores checos o eslovacos viene a modificar el ámbito de la jurisdicción que, según nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial, corresponde a los tribunales del orden contencioso-administrativo» (Dictamen 491/1991 relativo al Acuerdo de Fomento y Protección recíproca de Inversiones entre España y La República Federativa Checa y Eslovaca); «el sometimiento a arbitraje de las controversias entre la Administración española y los inversores chilenos reduce el ámbito de jurisdicción que, según la Ley Orgánica del Poder Judicial, corresponde a los tribunales del orden contencioso-administrativo» (Dictamen 92/1992 relativo al Acuerdo entre España y Chile para la Protección y Fomento Recíprocos de Inversiones, y Protocolo anejo); «este Alto Cuerpo Consultivo entiende que el eventual sometimiento a arbitraje de las controversias entre los inversores mexicanos y la Administración española (previsto en el artículo XI del Acuerdo y en el Apéndice) reduciría el ámbito de jurisdicción reconocido en el artículo 24 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a los Tribunales españoles del orden contencioso-administrativo» (Dictamen 2126/1995 relativo a Acuerdo para Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre España y los Estados Unidos Mexicanos); «el eventual sometimiento a arbitraje de las controversias entre los inversores de la República de Bolivia y la Administración española, que permite el artículo 11 del Acuerdo, podría suponer una reducción del ámbito de jurisdicción reconocido en el artículo 24 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a los Tribunales españoles del orden contencioso-administrativo» (Dictamen 954/2001 relativo al Acuerdo entre España y Bolivia para protección recíproca de inversiones); «el sometimiento a arbitraje de las controversias entre los inversores de la otra Parte contratante y la Administración española, contemplado en su artículo 9, podría reducir el ámbito de jurisdicción reconocido en el artículo 24 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, a los Tribunales españoles del orden jurisdiccional contencioso-administrativo» (Dictamen 1953/2009 relativo al Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y el Estado de Qatar).

⁴⁹ Además, el Consejo de Estado añadía que «aunque en el Convenio se dispone que el sometimiento a arbitraje estará condicionado al consentimiento de las Partes, una vez prestado éste el Estado se compromete a acatar y cumplir el laudo, sin que pueda ser objeto de apelación, reduciéndose, en consecuencia, la jurisdicción de los Tribunales españoles [...] Debe concluirse, pues, que es necesaria la autorización de las Cortes Generales al ser de aplicación el artículo 94.1 de la Constitución, apartado e)». En relación con el CETA, no hay ninguna referencia a la limitación de la jurisdicción española en el Dictamen 19/2017 del Consejo de Estado.

⁵⁰ Por ello, el TJUE declaró contrarios al Derecho de la UE los APPRIS intracomunitarios, ya que mediante estos «los Estados miembros se comprometen a sustraer de la competencia de sus propios tribunales y, por tanto, del sistema de vías de recurso judicial que el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, les impone establecer en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión» (STJUE de 6 de marzo de 2018, asunto C-284/16, *Achmea*, ECLI:EU:C:2018:158).

61. Así, se han creado derechos e intereses materiales —si se prefiere, expectativas económicas— cuyo fundamento es la responsabilidad internacional del Estado y que, con arreglo al mismo Tratado que los crea, no son tutelables ante la jurisdicción ordinaria.⁵¹

La aprobación del tratado internacional al amparo del 94.1.e) CE requiere de mayoría simple (art. 74.2 CE). De ser cierta la afirmación del Consejo de Estado de que la Convención CIADI y los APPRIS —o como aquí se defiende, el CETA— suponen una modificación del art. 24 LOPJ, cabe plantearse en qué medida es razonable la posibilidad de modificar a través de este mecanismo una materia sometida a reserva de ley orgánica.⁵²

62. La limitación de la jurisdicción española no supone automáticamente una cesión de su ejercicio. Es más, la cesión del ejercicio de la potestad jurisdiccional puede estar acompañada de una limitación de la jurisdicción nacional —jurisdicción internacional exclusiva— o no —jurisdicción internacional complementaria, como lo es, *vg.*, la de la CPI—.

63. Es la cesión del ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117 CE) a un tribunal internacional con jurisdicción sobre individuos lo que realmente supone la atribución a «una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución» (art. 93 CE). A nuestro juicio, es deseable que en aras de la precisión del lenguaje, en aquellos casos en los que puedan intervenir particulares, se reserve la denominación de tribunal internacional a aquellos órganos internacionales dotados de genuina potestad jurisdiccional.

64. De un análisis del sistema de protección de inversiones del CETA parece llegarse a la conclusión de que no existe en él una cesión del ejercicio de la potestad jurisdiccional de los Estados signatarios. Es la autonomía de la voluntad de las partes el motor y fundamento de los poderes que ostenta el órgano de resolución.

65. El consentimiento del Estado y de la UE se plasma en el Tratado y el del individuo en el escrito que sirve como llave de entrada al sistema.⁵³ Por eso, es «el consentimiento mutuo de las partes en someter dichas diferencias a conciliación o a arbitraje»⁵⁴ el fundamento de la vinculación y efectos jurídico-procesales reconocidos en el ordenamiento interno al laudo dictado (art. 523 LEC).

Se ha dicho que uno de los criterios para determinar si existe una cesión del ejercicio de competencias constitucionales es que los actos del ente supranacional «sean susceptibles de producir efectos directos e inmediatos en el orden interno [...] sin necesidad de mediación estatal, [de modo que] se imponga automáticamente la voluntad de la Organización».⁵⁵ Conforme el art. 8.41 CETA «un laudo definitivo con arreglo a la presente sección es un laudo arbitral que se considera relacionado con demandas que se deriven de una relación o transacción comercial a efectos del artículo 1 de la Convención de Nueva York». Y, por lo tanto, se someterá el reconocimiento y ejecución del laudo al referido Convenio (art. 46 LA).⁵⁶

⁵¹ En el Dictamen 19/2017 del Consejo de Estado sobre el CETA no existe ninguna referencia al respecto.

⁵² Solo el Título V del Libro VIII de la LOPJ tiene rango de ley ordinaria (DF 1ª LOPJ).

⁵³ Según el preámbulo del Convenio CIADI, «la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado». Sobre el consentimiento en el tradicional arbitraje de inversiones *vid.* F. J. PASCUAL VIVES, «El arbitraje de inversiones», *op. cit.*, pp. 4-14.

⁵⁴ Preámbulo del Convenio CIADI.

⁵⁵ A. REMIRO BROTONS, «Comentario a los arts. 93 y 94», en O. ALZAGA VILLAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978. Tomo VII. Artículos 81 a 96*, Cortes Generales. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1998, pp. 532-534.

⁵⁶ En este sentido es de interés el Auto del TSJ de Madrid (Sala de lo Civil y Penal) núm. 24/2014 de 26 de septiembre [AC\2014\2022] en el que se concede el exequátur en base al Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 a un laudo arbitral en materia de inversiones frente a la República Árabe de Siria dictado por la Corte Permanente de Arbitraje con sede en La Haya. En relación con el nuevo sistema, se ha planteado que las dudas en torno a la naturaleza del tribunal CETA puede suponer que los órganos judiciales nacionales concluyan que este no tiene naturaleza arbitral y no reconozcan sus resoluciones

Sin embargo, si la demanda se presenta conforme al Convenio CIADI el laudo se someterá al régimen del de la Sección 6 Capítulo IV del Convenio. Según este, el laudo es obligatorio para las partes y «no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso» (art. 53). Así, el Estado «reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado» (art. 54). Por eso se ha dicho que los laudos CIADI no requieren de ningún exequátur para producir sus efectos en el ordenamiento interno.⁵⁷ Es posible plantearse en qué medida la imposibilidad de control por los órganos judiciales nacionales y los efectos de estos laudos suponen o no la producción de «efectos directos e inmediatos».

66. Una conclusión en otro sentido llevaría irremediablemente a la conclusión de que el CETA —y probablemente también el Convenio CIADI— debió tramitarse conforme al art. 93 CE por suponer una cesión del ejercicio de la potestad jurisdiccional estatal (art. 117 CE) al crear tribunales internacionales con jurisdicción sobre particulares y no a través del art. 94 CE —como finalmente sucedió en ambos casos—.

4.2. El «tribunal» permanente de inversiones del CETA: un arbitraje internacional obligatorio

67. Parece que es la permanencia del «tribunal» y de sus miembros el principal elemento que lleva a calificarlo de sistema judicial o *cuasi*-judicial. Sin embargo, la existencia de tribunales arbitrales permanentes ya es una posibilidad en el arbitraje internacional de inversiones. El propio art. 1.2 del Convenio de Nueva York contempla que los laudos podrán ser dictados «por los órganos arbitrales permanentes a los que las partes se hayan sometido».⁵⁸ Por eso, esta no es una característica que cambie por sí misma la naturaleza del sistema.⁵⁹ La diferencia entre un (auténtico) tribunal internacional y un tribunal arbitral debe encontrarse, como se ha dicho, en la identificación del fundamento de los poderes y facultades para llevar a cabo su función jurisdiccional.

68. En la medida en que no exista una cesión de potestad jurisdiccional y sea la autonomía de la voluntad de las partes su fundamento, el sistema de resolución de controversias incluido en el CETA

al amparo de la Convención de Nueva York. En este sentido, A. REINISCH, “Will the EU’s Proposal Concerning an Investment Court System”, *op. cit.*, 19, pp. 784-786.

⁵⁷ «[L]a ejecución del laudo no está condicionada por la obtención de un exequátur previo en caso de que quiera solicitarse su ejecución forzosa en un Estado distinto al de la “sede” [...] De esta manera podemos llegar a afirmar que un laudo CIADI tiene un carácter internacional, equivalente al de una sentencia de un alto tribunal internacional como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) [...] Ha sido subrayado por la doctrina que las sentencias de estos altos tribunales tienen unos “mecanismos propios de producción de efectos” de conformidad con su tratado constitutivo, lo que provoca que su ejecución se aleje de la citada lógica internacional-privatista. Lo mismo se puede decir de los laudos CIADI bajo el Convenio. [...] los laudos CIADI bajo el Convenio de Washington y que son notoriamente distintas a las de los demás laudos arbitrales: no existe ninguna “sede”, por lo que los laudos tienen una naturaleza jurídica internacional semejante a las resoluciones de los altos tribunales internacionales; y no necesitan de un exequátur previo para su ejecución forzosa en un Estado contratante del Convenio CIADI» (J. A. RUEGA GARCÍA, “Primera ejecución forzosa conocida de un laudo arbitral CIADI en España (Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile): sin exequátur”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Marzo 2014), Vol. 6, N° 1, pp. 421, 429). En el mismo sentido, A. REINISCH, “Will the EU’s Proposal Concerning an Investment Court System”, *op. cit.*, 19, p. 781.

⁵⁸ En relación con este precepto se ha dicho que «[t]he travaux préparatoires of the Convention indicate that even a permanent dispute settlement institution can be regarded as arbitration and that what was crucial was the ‘voluntary nature of arbitration, based on “will” or “agreement” of the parties, as opposed to any type of adjudication based on “compulsory”, or “mandatory” jurisdiction, imposed on the parties “regardless of their will”’. Thus, even where the parties may not be able to appoint ‘their’ arbitrators, they must still be able to freely consent to such dispute settlement [...] On this basis, it seems justified to conclude that even a semi-permanent dispute settlement institution with panel members that have been appointed by states and not by the parties to a specific dispute can qualify as arbitration» (A. REINISCH, “Will the EU’s Proposal Concerning an Investment Court System”, *op. cit.*, 19, pp. 767-768).

⁵⁹ En este sentido, la Resolución de 28 de agosto de 2019 de la 18ª Comisión del Instituto de Derecho Internacional: «Determining that its consideration of this question should consider the position of *both* arbitral tribunals, which are appointed *ad hoc* to decide a particular case (‘arbitral tribunal’) and any standing tribunal that is constituted now or in the future to decide investment disputes (‘permanent tribunal’)» (énfasis añadido).

tiene irremediablemente la naturaleza de un arbitraje internacional y, en consecuencia, debe sostenerse que su «tribunal» permanente es un tribunal *arbitral* internacional.⁶⁰ El conjunto de poderes del tribunal arbitral y los efectos ejecutivos del laudo tienen su fundamento en esta voluntad de las partes.⁶¹

69. A esto se añade unos datos formales, pero reveladores: las resoluciones del «tribunal» se denominen «laudos», se aplican el Convenio CIADI o el Convenio de Nueva York de 1958 y se identifica la Secretaría del «tribunal» con la Secretaría del CIADI. Por ello, como acertadamente concluye IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA, el «tribunal» del CETA «no llega a abandonar su naturaleza arbitral».⁶²

70. Por otro lado, ya se ha señalado el «*carácter obligatorio de la competencia*» del tribunal arbitral permanente creado por el CETA, ya que «*toda acción basada directamente en las disposiciones de ese Acuerdo deberá ejercitarse ante [él]*».⁶³ Si se llega a la conclusión de que el sistema es el propio de un arbitraje de inversiones, entonces hay que concluir que los tratados de libre comercio de nueva generación instauran un arbitraje obligatorio respecto de las reclamaciones basadas en ellos.⁶⁴ Sentado todo lo anterior, se puede ya analizar desde una perspectiva nacional la compatibilidad de este arbitraje obligatorio con el derecho a la tutela judicial efectiva.

V. Un análisis desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva

5.1. La compatibilidad del arbitraje de inversiones del CETA con el art. 24 CE

71. Como se sabe, igual que la UE está sometida a los Tratados y a la CDFUE en su actuación exterior (Dictamen 1/17 TJUE), «[l]os poderes públicos españoles no están menos sujetos a la Constitución cuando actúan en las relaciones internacionales o supranacionales que al ejercer ad intra sus

⁶⁰ «Aunque el Acuerdo propuesto utiliza el término «Tribunal», lo que podría dar a entender que se trata de un auténtico órgano jurisdiccional, instaura, sin embargo, un mecanismo que se inspira, en gran medida, de las normas de arbitraje [...] como la Comisión señaló acertadamente durante la vista, que dicho órgano se inspire en los sistemas judiciales no lo convierte en un órgano jurisdiccional, en el sentido propio y pleno de este término, aunque tampoco hace de él un mero órgano arbitral tradicional» (Conclusiones del Abogado General de 29 de enero de 2019 al Dictamen 1/17).

⁶¹ «El mecanismo de solución de diferencias que constituye el arbitraje de inversión se asienta, desde su origen, en la voluntad de las Partes contratantes de externalizar la solución de las diferencias que enfrentan a los inversores extranjeros y el Estado receptor» (Conclusiones del Abogado General de 29 de enero de 2019 al Dictamen 1/17).

⁶² «[S]e crea un Tribunal, que evita la calificación de arbitral, compuesto por quince “miembros” –no habla ni de árbitros ni de jueces– [...] 34. La composición permanente del tribunal y la introducción de una segunda instancia de apelación sugieren un desplazamiento del sistema de solución de diferencias inversor–estado hacia un modelo más “judicial”. Efectivamente, la voluntad de alejarse del modelo arbitral tradicional [...] No obstante, nada más lejos de la realidad; la naturaleza arbitral del mecanismo, hoy, sigue estando muy presente en el nuevo ISDS, y ello a pesar de los esfuerzos de las Partes en evitar cualquier calificación del mecanismo como arbitral [...] Es elocuente la exigencia de que el consentimiento satisfaga los requisitos que imponen el Convenio del CIADI, el Reglamento del mecanismo complementario y el Convenio de Nueva York de 1958. [...] Por su parte, resultan especialmente significativas, por una parte, la identificación de la Secretaría del Tribunal con la Secretaría del CIADI y, por otra, la aplicación del Convenio del CIADI y del Convenio de Nueva York en la ejecución de las decisiones dictadas por el Tribunal de Inversiones o el Tribunal de Apelación. El funcionamiento del nuevo Sistema de Tribunales de Inversión, por tanto, sigue estrechamente vinculado a normas e instrumentos del arbitraje de inversiones. [...] En cualquier caso, atendiendo a todos los elementos que se congregan en el nuevo mecanismo ISDS, resulta posible apreciar en este un sistema cuando menos híbrido, un arbitraje del CIADI “tuneado” o modificado, y hasta cierto punto desnaturalizado, que no llega a abandonar su naturaleza arbitral [...] las principales novedades que introduce el CETA y que permiten, con todas las reservas, hablar de un nuevo paradigma del sistema de arreglo de diferencias inversor–Estado, cada vez más cercano a lo “judicial” y que rehúye nombrar la palabra maldita: arbitraje. No obstante, hay aspectos desconcertantes de la propuesta que cuestionan o, al menos, hacen dudar de esta última afirmación; de forma particular, la equívoca naturaleza del mecanismo y el hecho de tratarse de un modelo inacabado y “temporal”, lo que evidencia que nos encontramos ante un mecanismo que no es lo que pretende ser, ni pretende ser lo que es. ¿Acaso cabe mayor despropósito?» (I. IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA, “El capítulo sobre inversiones”, *op. cit.*, pp. 82-86, 101).

⁶³ Dictamen 1/17 del Tribunal de Justicia (Pleno) de 30 de abril de 2019, p. 198.

⁶⁴ Se ha planteado su calificación como arbitraje obligatorio (I. IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA, “El capítulo sobre inversiones”, *op. cit.*, p. 87).

atribuciones». No es posible «disponer de la Constitución misma, contrariando, o permitiendo contrariar, sus determinaciones» a través de tratados internacionales.⁶⁵ Dicho esto, cabe analizar el arbitraje de inversiones creado por CETA desde una perspectiva constitucional al amparo del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

72. Conforme a la consolidada doctrina del TC, el arbitraje es una renuncia puntual al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con una o varias controversias de una relación jurídica de naturaleza contractual o extracontractual: se renuncia a la tutela *judicial* para someter la resolución de la controversia a un particular, el árbitro. Esta renuncia al ejercicio del derecho fundamental encuentra su fundamento constitucional en la autonomía de la voluntad como manifestación de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10 CE) y en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1 CE).⁶⁶ Son la libertad y la autonomía de la voluntad las que justifican constitucionalmente la renuncia «expresa y puntual» al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 1/2018).

73. La conceptualización del arbitraje como una renuncia puntual al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva es lo que explica la razón por la que las garantías procesales que operan en el procedimiento arbitral, como el derecho a la imparcialidad del árbitro o la prohibición de indefensión, son «derechos subjetivos» de naturaleza legal: «no son garantías derivadas —con el carácter de derechos fundamentales— del art. 24 CE»,⁶⁷ sino garantías de legalidad ordinaria derivadas de la LA que cuentan con un cauce de tutela específico: la acción de anulación del laudo.⁶⁸

74. El art. 24 CE es un derecho subjetivo de prestación cuyo único sujeto pasivo es el Estado, por cuanto solo él tiene atribuida constitucionalmente la potestad jurisdiccional que se configura como la prestación garantizada. Esto supone que no es susceptible de ser vulnerado por un particular —el árbitro—. Por ello, sería imposible interponer un recurso de amparo ante una alegada vulneración de garantías procesales constitucionales en el procedimiento arbitral.⁶⁹ Como sostiene el TC, «[a]quello que, por voluntad expresa de las partes, se defiende al ámbito del proceso arbitral, por esa misma voluntad expresa de las partes queda sustraído al conocimiento del Tribunal Constitucional» (STC 176/1996).

⁶⁵ DTC 1/1992, de 1 de julio de 1992.

⁶⁶ G. SCHUMANN BARRAGÁN, “Comentario a la STC 1/2018 de 11 de enero”, *op. cit.*, p. 404.

⁶⁷ STC 9/2015 de 17 de enero F.J. 5º: «Es indudable que quienes someten sus controversias a un arbitraje de equidad tienen un derecho subjetivo a la imparcialidad del árbitro (art. 12.3 de la Ley de arbitraje de 1988 [RCL 1988, 2430 y RCL 1989, 1783] y art. 17 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre [RCL 2003, 3010] , de arbitraje) y a que no se les cause indefensión en la sustanciación de las actuaciones arbitrales (art. 21.1 de la Ley de arbitraje de 1988 y art. 24.1 de la Ley de arbitraje de 2003), derechos que derivan de la misma configuración legal del arbitraje como forma de heterocomposición de los conflictos entre ellos. Pero esos derechos tienen precisamente el carácter de derechos que se desenvuelven en el ámbito de la legalidad ordinaria y que se tutelan, en su caso, a través del recurso o acción de anulación que la regulación legal del arbitraje —por medio de motivos de impugnación tasados— concede a quienes consideren que aquéllos han sido vulnerados. Como ya se ha expuesto, sin embargo, *la imparcialidad del árbitro y la prohibición de indefensión en el arbitraje no son garantías derivadas —con el carácter de derechos fundamentales— del art. 24 CE*, cuyas exigencias sólo rigen, en lo que atañe ahora a las concretas alegaciones que se están examinando, para el proceso —actuaciones jurisdiccionales— en el que se pretende la anulación del Laudo y para el órgano judicial que lo resuelve» (énfasis añadido).

⁶⁸ J. REMÓN PEÑALVER, “Orden público y acción de anulación” en M. J. MENÉNDEZ ARIAS (coord.), *Anuario de arbitraje 2017*, Aranzadi, 2017, p. 416. En el mismo sentido, también J. REMÓN PEÑALVER, “El arbitraje ante el Tribunal Constitucional” en F. RUIZ RISUEÑO, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, (coords.), *El arbitraje y la buena administración de la justicia. Libro conmemorativo del 30 aniversario de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA)*, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 58-62.

⁶⁹ El art. 24 CE solo se proyecta sobre aquellas actuaciones *judiciales* relacionadas con el arbitraje. En este sentido la STC núm. 136/2010 de 2 de diciembre: «las garantías contenidas en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) sólo pueden ser proyectadas respecto del control jurisdiccional que se desarrolle sobre las fases del procedimiento arbitral previstas en la legislación, entre las más relevantes, la formalización judicial del arbitraje, el recurso o acción de anulación y la ejecución forzosa del laudo. Y STC núm. 9/2005 de 17 de enero: «sólo pueden examinarse aquí las vulneraciones alegadas en la demanda de amparo de diversas garantías del art. 24 CE con respecto a la Sentencia de la Audiencia Provincial impugnada, pero no con respecto al Laudo arbitral, que ha de quedar excluido del objeto de este proceso constitucional». En el mismo sentido, la STC 176/1996 de 11 de noviembre.

75. La autonomía de la voluntad como fundamento de la institución arbitral supone que en nuestro ordenamiento sean inconstitucionales aquellas normas que imponen un arbitraje obligatorio. Y es que, si la autonomía de la voluntad es el elemento legitimador del arbitraje, «[e]llo quiere decir que la falta de la necesaria concurrencia de la voluntad de ambas partes litigantes para someterse a este mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos y su imposición a una de ellas, en principio, no se compadece bien con el básico aspecto contractual del arbitraje y con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que garantiza el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales (art. 24.1 CE)» (STC 1/2018). Esta es la doctrina consolidada por nuestro TC en la STC 174/1995, respecto del art. 38.2 LOTT; mantenida en la STC 352/2006, respecto de la nueva redacción dada a ese mismo precepto tras su declaración de inconstitucionalidad; y reafirmada, en fechas más recientes, en la STC 1/2018, respecto del art. 76 e) LCS.⁷⁰

76. Con la doctrina del TC, resulta superfluo todo análisis sobre la adecuación de las garantías procesales arbitrales con el art. 24 CE. La validez de la institución arbitral depende en nuestro sistema constitucional en exclusiva de la concurrencia de la autonomía de la voluntad material del individuo. En la medida en que esta no concorra, el arbitraje será obligatorio y, por tanto, supondrá una limitación del derecho a la tutela judicial efectiva.

77. En relación con el sistema creado por el CETA, aunque formalmente este exija que el inversor consienta el arbitraje, la realidad es que no tiene ninguna otra opción: el tribunal arbitral permanente del CETA tiene «*carácter obligatorio*» (Dictamen 1/17). La autonomía de la voluntad que legitima el arbitraje presupone que el sometimiento a él sea fruto de un acto de autodeterminación real del individuo, que solo concurre cuando existen alternativas razonables.⁷¹ La falta de alternativas razonables al arbitraje supone que el sometimiento no sea un acto de autodeterminación libre.

Además del carácter obligatorio del arbitraje, a través del «tribunal» permanente también se imponen los árbitros que conocerán de la controversia. Se ha dicho que en abstracto es posible la existencia de tribunales arbitrales permanentes. Sin embargo, en todo caso el sometimiento a ellos depende de las partes. En este caso se impone el sistema y a los propios árbitros — elegidos en el Comité Mixto del CETA—. ⁷²

⁷⁰ En este caso la STC núm. 1/2018 de 11 de enero: «el artículo 76 e) LCS vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24 CE, pues impide el acceso a la jurisdicción de los juzgados y tribunales de justicia que, *ante la falta de la voluntad concurrente* de los litigantes, son los únicos que tienen encomendada constitucionalmente la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado [...]. El precepto ha eliminado para una de las partes del contrato la posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales, en cuanto fija una vía alternativa excluyente de la jurisdiccional, cuya puesta en marcha depende únicamente de la voluntad de una de las partes [...] Por ello, *resulta contrario a la Constitución que la Ley de contrato de seguro suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje, denegándole la posibilidad en algún momento de solicitar la tutela jurisdiccional*». STC núm. 174/1995 de 25 de noviembre: «La autonomía de la voluntad de las partes -de todas las partes- constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. Por tanto, resulta contrario a la Constitución que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje de la Junta que es lo que hace en el párrafo primero del artículo 38.2. La primera nota del derecho a la tutela consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo. Quebranta, por tanto, la esencia misma de la tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella. Esto es exactamente lo que hace el artículo 38.2, párrafo primero, de la LOTT, que, al exigir un pacto expreso para evitar el arbitraje y acceder a la vía judicial, está supeditando el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de una de las partes al consentimiento de la otra, lo que, por las razones que han quedado expuestas, resulta contrario al artículo 24.1 de la Constitución». Y la STC núm. 352/2006 de 14 de diciembre en los mismos términos aunque con distinto resultado respecto del enjuiciamiento constitucional de la nueva redacción dada al art. 38 de la LOTT: «a) El precepto en su nuevo texto [...] hemos de concluir que la consecuencia jurídica cuestionada —sometimiento al arbitraje—, en cuanto puede ser excluida por la declaración de una sola de las partes, cuya formulación, además, puede producirse incluso después de la celebración del contrato, no resulta desproporcionada. [...] No se aprecia, pues, la vulneración del art. 24.1 CE en relación con el art. 117.3 CE que se atribuye al precepto cuestionado».

⁷¹ Para un análisis de la relación entre alternativas razonables y un acto de autodeterminación del individuo *vid.* J. ALFARO ÁGUILA-REAL, «La autonomía privada y derechos fundamentales» en *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo 1, 1993, pp. 57-122; del mismo autor, *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 54-56; y «Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación» en A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, L. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, (dirs.), J. ALFARO ÁGUILA-REAL, (coord.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 82-91.

⁷² Árbitros, no se olvide, vinculados con la interpretación hecha del tratado por el Comité Mixto.

78. Por eso, debe considerarse que el CETA impone un arbitraje obligatorio que, conforme a la doctrina de nuestro TC, supone una limitación del derecho a la tutela judicial efectiva de los justiciables —españoles y extranjeros— (art. 24 CE).

Como se sabe, la soberanía de los Estados es el fundamento de las inmunidades de jurisdicción y ejecución que a estos se les reconocen (art. 22 LOPJ). Sin embargo, y como también debe recordarse, estas inmunidades no son absolutas: son susceptibles de ser renunciadas expresas o tácitamente.⁷³ En abstracto, con los tradicionales APPRIS —de tener efecto directo— existe la posibilidad de que cualquier inversor español pretenda ante un órgano judicial español frente al Estado extranjero receptor de la inversión la condena al pago de una cantidad pecuniaria derivada de su responsabilidad internacional con fundamento en el tratado. Con la falta de efecto directo del CETA esta posibilidad también queda limitada.

79. Esta vulneración no debe suponer *per se* la inconstitucionalidad del CETA. El Tratado podría ser constitucional si se considera que existe una limitación admisible del derecho fundamental.⁷⁴

80. Como se sabe, además de sus límites intrínsecos, los derechos fundamentales podrán ser limitados cuando entran en colisión con otros derechos fundamentales o con otros bienes constitucionalmente protegidos.⁷⁵ La constitucionalidad del CETA en este punto depende así de la identificación de algún límite extrínseco que legitime esa limitación del derecho a la tutela judicial efectiva que supone el arbitraje obligatorio.

81. Durante la autorización previa de las Cortes Generales para la prestación del consentimiento al CETA por parte del Reino de España (art. 94 CE) se propuso en el Congreso y en el Senado el requerimiento al TC para que se pronunciase sobre su constitucionalidad (art. 95.2 CE), pero la proposición fue rechazada.⁷⁶ En este contexto, solo a través de la interposición de alguna futura cuestión o autocuestión de inconstitucionalidad será posible que el TC se pronuncie sobre la compatibilidad del CETA con la CE.⁷⁷

5.2. La compatibilidad del arbitraje de inversiones del CETA con el art. 6 CEDH

82. En la medida en que España —a diferencia de la UE, por ahora— es parte del CEDH, también es oportuno hacer un análisis del arbitraje obligatorio incorporado en él desde la perspectiva del art. 6 CEDH. A diferencia de la doctrina constitucional de nuestro TC, el TEDH ha considerado que un arbitraje obligatorio no vulnera el art. 6 CEDH siempre que este cumpla con las garantías procesales del derecho a un juicio justo.

⁷³ En general, sobre esto, *vid.* F. GASCÓN INCHAUSTI *Inmunidades Procesales y Tutela Judicial frente a Estados Extranjeros*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

⁷⁴ G. SCHUMANN BARRAGÁN, “Comentario a la STC 1/2018 de 11 enero”, *op. cit.*, pp. 412-417.

⁷⁵ STC 11/1981, de 8 de abril, F.J. 7º.

⁷⁶ «Propuesta de planteamiento del requerimiento previsto en el artículo 95.2 de la Constitución en relación con el acuerdo económico y comercial global entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados Miembros, por otra, hecho en Bruselas el 30 de octubre de 2016 (número de expediente 231/000001)», Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente. Núm. 55, 18 de mayo de 2017. «Solicitud de requerimiento al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre la constitucionalidad del Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra, hecho en Bruselas el 30 de octubre de 2016. (751/000001)», (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Senado XII Legislatura. Núm. 153, 2 de octubre de 2017, p. 76).

⁷⁷ «Por otra, aún finalizado este plazo, de conformidad con lo previsto en el art. 29 LOTC, puede promoverse por los jueces y tribunales, ya sea de oficio o a instancia de parte, una cuestión de inconstitucionalidad cuando consideren, en algún proceso, que la disposición de un tratado internacional, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución. [...] Es fácil percibir, por consiguiente, la amplitud con que nuestro sistema constitucional contempla la posibilidad del control a posteriori de la constitucionalidad de los tratados» (P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA., *Sistema*, *op. cit.* [capítulo III apartado IV 7-B]).

83. Según la reciente doctrina del TEDH existen dos tipos de arbitrajes: voluntarios y obligatorios.⁷⁸ En los primeros, las partes con base en la autonomía de su voluntad renuncian puntualmente de forma libre e inequívoca —*free and unequivocal manner*— a que sus pretensiones sean tuteladas jurisdiccionalmente (art. 6 CEDH).⁷⁹ En los segundos, la sumisión a arbitraje es impuesta por la ley o contractualmente a la parte débil.

84. La libertad, tal como es entendida por el Tribunal, supone el poder real de renunciar o no al ejercicio del derecho fundamental, esto es, la posibilidad real de decidir si someter determinadas controversias a arbitraje. La libertad se concibe también aquí como el poder de elegir entre dos *alternativas* posibles.

85. La diferencia principal entre un arbitraje voluntario y uno obligatorio es, según el Tribunal, la proyección que el art. 6 CEDH tiene sobre el procedimiento arbitral. En el caso de que se considere que estamos ante un arbitraje obligatorio, el TEDH sostiene que las garantías del art. 6 CEDH se proyectan sobre las actuaciones arbitrales.⁸⁰ En un arbitraje voluntario, por el contrario, en cuanto la parte renunció válidamente a su ejercicio, no existe ninguna proyección del art. 6 CEDH.⁸¹

86. En todo caso, la proyección de las garantías del art. 6 CEDH no supone que este sea materialmente aplicable en el procedimiento arbitral y que pueda ser directamente vulnerado por el árbitro. Simplemente supone que sea exigible que el sistema arbitral —nacional o internacional— materialmente incorpore las mismas garantías procesales reconocidas por el art. 6 CEDH.

Como hemos dicho en otro lugar, aunque la proyección del art. 6 CEDH en el procedimiento arbitral parezca *a priori* una posición más garantista, en realidad no lo es: «La proyección del art. 6 CEDH o del art. 24 CE sobre el procedimiento arbitral es el “precio que hay que pagar” para considerar válidos los arbitrajes obligatorios —impuestos, no lo olvidemos, por ley o contrato—. A nuestro juicio es más garantista y acorde con la dignidad del individuo sostener que el arbitraje no puede ser impuesto en ningún caso».⁸²

87. En este sentido, se constata que existe un distinto nivel de protección entre la CE y CEDH, algo, desde luego, que no es inusual respecto de otros derechos fundamentales. Un arbitraje obligatorio que cumpla con las garantías del art. 6 del CEDH es válido desde la perspectiva del CEDH. Un arbitraje obligatorio, sin embargo, supone una limitación del art. 24 CE —con independencia de que en el procedimiento arbitral se asegure el cumplimiento de sus garantías—.

88. Por ello, parece deducirse que existe un mismo nivel de protección entre el art. 6 CEDH y el art. 47 CDFUE —y, por tanto, que el Dictamen 1/17 es en esto conforme con la doctrina del TEDH—. En la medida en que estamos ante un arbitraje impuesto, se proyectarían las garantías del art. 47 CDFUE. No sería una proyección material, por cuanto en todo caso el «tribunal» permanente del CETA está fuera

⁷⁸ G. SCHUMANN BARRAGÁN, “Sobre la renunciabilidad del derecho a la tutela judicial efectiva a propósito del asunto Mutu y Pechstein c. Suiza” en *Derecho procesal: Retos y transformación. V Memorial Manuel Serra Domínguez* (en prensa).

⁷⁹ «[...] in the case of voluntary arbitration to which consent has been freely given, no real issue arises under Article 6. The parties to a dispute are free to take certain disagreements arising under a contract to a body other than an ordinary court of law. By signing an arbitration clause the parties voluntarily waive certain rights secured by the Convention» (STEDH de 2 de octubre de 2018, as. 40575/10 y 67474/10, *Mutu y Pechstein c. Suiza*) (énfasis añadido).

⁸⁰ «In addition, a distinction must be drawn between voluntary arbitration and compulsory arbitration. If arbitration is compulsory, in the sense of being required by law, the parties have no option but to refer their dispute to an arbitral tribunal, which must afford the safeguards secured by Article 6 § 1 of the Convention» (STEDH de 2 de octubre de 2018, as. 40575/10 y 67474/10, *Mutu y Pechstein c. Suiza*) (énfasis añadido).

⁸¹ «[...] in the case of voluntary arbitration to which consent has been freely given, no real issue arises under Article 6» (STEDH de 2 de octubre de 2018, *Mutu y Pechstein c. Suiza*). En términos similares se había pronunciado el Tribunal en la STEDH 28 de octubre de 2010 (as. 1643/2006, *Suda c. Republica Checa*). Vid. También V. FERRERES COMELLA, “When arbitration is not voluntary: the case of Mutu and Pechstein v. Switzerland”, *Investment Arbitration Outlook*, Uría Menendez, 2018, Issue 4, p. 4.

⁸² G. SCHUMANN BARRAGÁN, “Sobre la renunciabilidad del derecho a la tutela judicial”, *op. cit.* (en prensa).

del sistema jurisdiccional de la UE (art. 19 TUE); pero supondría la exigencia de incorporar las garantías procesales del art. 47 CDFUE en el Tratado para asegurar indirectamente su efectividad.

89. Lo anterior nos llevaría a concluir que, de considerarse que se incorporan las garantías procesales del art. 47 CDFUE y del art. 6 CEDH, el arbitraje de inversiones del CETA es compatible con el CEDH y con la CDFUE. Sin embargo, en relación con el nivel de protección que asegura el art. 24 CE, este supondría una limitación del derecho a la tutela judicial efectiva. La constitucionalidad del CETA depende, en última instancia, de la validez constitucional de esta limitación.

VI. Excurso: a la espera del Tribunal Constitucional Alemán

90. Aunque el CETA ya ha sido aprobado por la UE, no entrará en vigor hasta que sea aprobado por los distintos EE. MM. a través de sus respectivos procesos constitucionales. Por lo anterior, se ha acordado la aplicación provisional de aquellas partes del Tratado que están dentro de la competencia exclusiva de la UE. En la medida en que la protección de inversiones extranjeras distintas de las directas y el sistema de resolución de controversias son competencias nacionales y compartidas, el arbitraje de inversiones del CETA aún no es de aplicación.⁸³

91. El CETA —que aún no ha sido aprobado en Alemania— será objeto de enjuiciamiento por parte de su Tribunal Constitucional Federal —*Bundesverfassungsgericht (BVerfG)*— en el seno de un procedimiento acumulado de 4 recursos de amparo —*Verfassungsbeschwerden*— y un recurso constitucional por conflicto de competencias. Aunque lleva algunos años posponiéndose la resolución —probablemente esperando la llegada del Dictamen 1/17—, en principio la sentencia será dictada durante el año 2020.⁸⁴ El razonamiento jurídico en que se fundan los recursos es que el CETA supone una afectación de la identidad constitucional (art. 79 GG) y del principio democrático (arts. 20 y 38 GG).

92. En concreto, en relación con el «tribunal» permanente del CETA, los recurrentes consideran que en la medida en que sus resoluciones serán directamente vinculantes existe una cesión de soberanía que supone una ruptura del principio de unidad jurisdiccional.⁸⁵ Por tanto, parece que se parte de la tesis de que el «tribunal» permanente del CETA es un tribunal internacional al que se le ha atribuido potestad jurisdiccional.

Es de interés señalar que recientemente el *BVerfG* también en el seno de un recurso de amparo ha declarado que el Acuerdo sobre un Tribunal Unificado de Patentes es nulo por no haber sido válidamente aprobado por el *Bundestag*.⁸⁶ Se considera que a través del acuerdo se confieren funciones judiciales a un tribunal internacional, lo que supone una afectación de la jurisdicción alemana (art. 92 GG) y una modificación material de la Constitución que requiere la aprobación de dos tercios del *Bundestag* y del

⁸³ I. IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA, “El capítulo sobre inversiones”, *op. cit.*, pp. 51-54.

⁸⁴ https://www.bundesverfassungsgericht.de/EN/Verfahren/Jahresvorausschau/vs_2020/vorausschau_2020.html

⁸⁵ BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 13. Oktober 2016 - 2 BvR 1368/16: «1. a) Die Antragsteller zu I. - IV. machen im Wesentlichen geltend, ein Beschluss des Rates der Europäischen Union über die Unterzeichnung von CETA, dessen vorläufige Anwendung und den Abschluss des Abkommens verletze ihre Rechte aus Art. 38 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 1 und 2 GG. Die Voraussetzungen der Ultra-vires-Kontrolle sowie der Identitätskontrolle lägen vor. Die Europäische Union überschreite die ihr primärrechtlich eingeräumten Kompetenzen sowohl hinsichtlich zahlreicher von CETA erfasster Sachbereiche als auch durch Einsetzung des Investitionsgerichts. Diesem würden ohne ausreichende Rechtsgrundlage Hoheitsrechte übertragen, indem es in die Lage versetzt werde, letztverbindliche, vollstreckbare Urteile zu erlassen. CETA berühre zudem die Autonomie des Bundestages [...] Ferner sei das Rechtsstaatsprinzip beeinträchtigt, weil durch die Übertragung von Kompetenzen auf das Investitionsgericht das Rechtsprechungsmonopol durchbrochen werde. Der Antragsteller zu I. macht darüber hinaus eine Verletzung von Art. 14 Abs. 1 GG geltend».

⁸⁶ BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 13. Februar 2020 - 2 BvR 739/17 -. Está disponible en alemán en: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/02/rs20200213_2bvr073917.html;jsessionid=CADB4AC6EF68CA7E456510D45D530F35.1_cid392

Bundesrat (art. 79.2 GG).⁸⁷ Esto no es más que una muestra de la importancia práctica de determinar la naturaleza de los órganos de resolución creados por tratados internacionales y de la necesidad de, más allá de los términos e imagen que de ellos se quiera dar, identificar si existe una auténtica cesión del ejercicio de la potestad jurisdiccional del Estado.

93. Como consecuencia de la aplicación provisional del CETA se ha solicitado al *BVerfG* hasta en dos ocasiones la adopción de medidas cautelares: en ambos casos estas fueron rechazadas. Las medidas tenían como finalidad que se ordenase al Gobierno Federal Alemán que impidiera cualquier actuación en el Consejo de la UE dirigida a permitir la aplicación provisional del CETA.⁸⁸

Aunque la solicitud de medidas cautelares fue desestimada, el *BVerfG* impuso al Gobierno Federal que la aplicación provisional del CETA se refiriera únicamente a los capítulos en los que la UE tiene competencia exclusiva, que hasta que se dictara la sentencia del procedimiento principal se asegurara la legitimidad democrática del Comité Mixto del CETA y que se asegurara que la República Federal Alemana pueda terminar unilateralmente la aplicación provisional del tratado en cualquier momento.

94. La sentencia del *BVerfG* podría suponer un importante hito para el análisis de la compatibilidad de este nuevo modelo de arbitraje de inversiones con la Constitución alemana, en general, y con el derecho a un proceso justo, en particular (103 GG).⁸⁹

VII. Conclusión

95. El arbitraje de inversiones extranjeras en los tratados de libre comercio de nueva generación se enmarca en un sistema de competencias compartidas entre la UE y sus EE. MM. Esto supone que el sistema deba ser compatible con el ordenamiento comunitario y nacional, lo que impone su análisis desde la perspectiva de los arts. 47 CDFUE, 24 CE y 6 CEDH.

96. La consolidación del individuo como actor en los sistemas internacionales de resolución de controversias impone actualizar conceptos nucleares como jurisdicción y potestad jurisdiccional internacional que expliquen el conjunto de poderes y facultades de los tribunales internacionales para llevar a cabo funciones jurisdiccionales en relación con particulares sometidos, en lo que ahora interesa, a la jurisdicción del Estado español.

97. La falta de efecto directo del CETA supone *de facto* que el sistema de solución de controversias establecido en él es un arbitraje de inversiones obligatorio. En principio, de considerarse que cum-

⁸⁷ «Unabhängig von der konkreten Ausgestaltung der Patentgerichtsbarkeit bewirkt eine Übertragung von Rechtsprechungsaufgaben unter Verdrängung deutscher Gerichte eine inhaltliche Änderung des Grundgesetzes im Sinne von Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG. Die rechtsprechende Gewalt wird nach Art. 92 GG durch das Bundesverfassungsgericht, die Bundesgerichte und die Gerichte der Länder ausgeübt. Jede Übertragung von Rechtsprechungsaufgaben auf zwischenstaatliche Gerichte modifiziert diese umfassende Rechtsprechungszuweisung und bedeutet insoweit eine materielle Verfassungsänderung. Sie berührt nicht nur die grundrechtlichen Garantien des Grundgesetzes, weil deutsche Gerichte insoweit keinen Grundrechtsschutz mehr gewähren können (vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 6. November 2019 - 1 BvR 276/17 -, Rn. 42 ff., 54), sondern berührt auch die konkrete Ausgestaltung der Gewaltenteilung nach Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG» BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 13. Februar 2020 - 2 BvR 739/17 -, Rn. 157.

⁸⁸ La primera resolución que desestima las medidas cautelares es el BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 13. Oktober 2016 - 2 BvR 1368/16. Está disponible en alemán e inglés en: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2016/10/rs20161013_2bvr136816en.html;jsessionid=DBEBDDDBF278213B7C6A2C8ACBDB3E1C.2_cid393 La segunda resolución que vuelve a desestimar las medidas cautelares es el BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 07. Dezember 2016 - 2 BvR 1444/16. Está disponible en alemán e inglés en: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2016/12/rs20161207_2bvr144416en.html

⁸⁹ También se ha interpuesto un recurso de amparo contra el acuerdo de libre comercio UE-Singapur. En el seno de este procedimiento se solicitaron medidas cautelares que también fueron rechazadas por resolución del BVerfG de 7 de noviembre de 2019 (BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 07. November 2019 - 2 BvR 882/19 -. Está disponible en alemán en: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2019/11/rk20191107_2bvr088219.html).

ple con sus garantías, este puede considerarse compatible con el art. 47 CDFUE y con el art. 6 CEDH. Sin embargo, en relación con el nivel de protección que asegura el art. 24 CE, el arbitraje de inversiones del CETA supone una limitación del derecho a la tutela judicial efectiva.

98. La reciprocidad y la deseada independencia de los órganos judiciales del Estado receptor de la inversión justifican la existencia de un sistema de arbitraje internacional que permita la resolución de las controversias fuera de los sistemas judiciales nacionales. Además, es legítima y políticamente bienvenida la pretensión de dotar de transparencia al sistema y de asegurar la independencia e imparcialidad de los árbitros a través de la creación de instituciones arbitrales permanentes. Sin embargo, estos no son argumentos que conviertan en deseable la limitación del derecho a la tutela judicial efectiva de los justiciables —europeos o canadienses, multinacionales o pymes— que impone el nuevo sistema de arbitraje de inversiones obligatorio del CETA e incorporan algunos tratados internacionales en proceso de negociación que están por venir, si llegan.

LA RESPONSABILIDAD DEL ACREEDOR EN EL REGLAMENTO 655/2014, SOBRE LA ORDEN EUROPEA DE RETENCIÓN DE CUENTAS

CREDITOR'S LIABILITY IN THE REGULATION 655/2014, ON THE EUROPEAN ACCOUNT PRESERVATION ORDER

MARÍA LUISA VILLAMARÍN LÓPEZ

Profesora Titular de Derecho Procesal

Universidad Complutense de Madrid

Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR)

Recibido: 19.06.2020 / Aceptado: 01.07.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5679>

Resumen: El Reglamento 655/2014, por el que se establece la orden europea de retención de cuentas, ha previsto una serie de mecanismos para equilibrar la posición privilegiada en la que coloca a los acreedores transfronterizos cuando se adoptan este tipo de medidas *inaudita parte debitoris*. Desde una mirada crítica, este trabajo aborda los dos instrumentos fundamentales que se prevén para este fin: primero, la exigencia de prestación de caución, que constituye presupuesto de este tipo de medidas cautelares en la generalidad de los casos (Art. 12); segundo, el régimen de responsabilidad por culpa del acreedor por los daños y perjuicios irrogados por la adopción de la orden (Art. 13), que se ha previsto como norma de mínimos, dejando casi todos los aspectos de esta responsabilidad a la aplicación de las legislaciones nacionales.

Palabras clave: orden de retención de cuentas, caución, responsabilidad del acreedor, culpa, garantías del deudor.

Abstract: Regulation 655/2014, which establishes the European Account Preservation Order, has provided a series of mechanisms to balance the privileged position in which it places cross-border creditors when they request such measure *inaudita parte debitoris*. In this article, we address critically the two fundamental instruments that are envisaged for this purpose: first, the provision of security, which, as a general rule, is configured as one of the most important requirements of these measures (Art. 12); second, the liability regime due to the creditor for the damages derived from the adoption of the European order (Art. 13), which has been foreseen as a minimum standard and, therefore, has left almost all aspects of this responsibility for the application of national laws.

Keywords: European account preservation order, security, creditors' liability, fault, defendants' guarantees.

Sumario: I. El pretendido equilibrio entre las partes en los procedimientos para acordar las órdenes europeas de retención de cuentas; II. La caución como garantía del deudor en el Reglamento 655/2014: 1. El régimen general de la prestación de caución en el Reglamento 655/2014; 2. La cuan-

* Este trabajo fue preparado para ser defendido en el Seminario «Hacia un proceso civil convergente con Europa: balance de situación», dirigido por los Profs. Fernando Gascón Inchausti y Pilar Peiteado Mariscal, que debería haberse celebrado en la Facultad de Derecho de la UCM el 25 de junio de 2020 y que tuvo que ser suspendido como consecuencia de la pandemia asociada al Covid-19. Es uno de los resultados del proyecto de investigación “Hacia un proceso civil convergente con Europa. Hitos presentes y retos futuros” (PGC2018-094693-B-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

tía y forma de la caución; 3. La decisión sobre la caución; 4. Impugnación de la decisión; 5. Excepciones al régimen general de prestación de caución. III. El régimen de responsabilidad del acreedor en el Reglamento 655/2014: 1. Introducción; 2. El régimen general de responsabilidad del acreedor; 3. Las presunciones de culpa; 4. La aplicación subsidiaria de las legislaciones nacionales; 5. La norma de conflicto de leyes; 6. La competencia para conocer de estos asuntos. IV. Consideraciones finales.

I. El pretendido equilibrio entre las partes en los procedimientos para acordar las órdenes europeas de retención de cuentas

1. El Reglamento 655/2014 (en adelante, ROERC), aprobado el 15 de mayo de 2014, nació con el firme propósito de mejorar y agilizar la retención de activos de las cuentas bancarias en Europa gracias a una pieza clave que marcaba la diferencia respecto de los instrumentos normativos anteriores: la adopción de estas medidas *inaudita parte debitoris* (Art. 11 ROERC). De este modo, como señalaba su Considerando 15º, “se garantizaba el efecto sorpresa de la orden de retención” y su utilidad para los acreedores que intenten “cobrar sus créditos en asuntos transfronterizos” puesto que el deudor no es informado de la solicitud de esta medida ni se le oye antes de que ésta se acuerde ni tampoco se le notifica su existencia hasta el efectivo cumplimiento de la orden (Art. 28 ROERC). Como puede verse, esta opción legislativa supone una apuesta clara y valiente en pro del éxito de la tutela cautelar instada por los acreedores transfronterizos pero, obviamente, no es gratuita¹. A nadie se le escapa que el embargo de sus cuentas suele colocar al deudor en una situación de riesgo que se vuelve intolerable cuando la orden se haya acordado sin motivo justificado o sin que concurrieran todos los requisitos procesales exigidos legalmente. Por ello el legislador europeo consideró oportuno establecer ciertas garantías para procurar “un equilibrio adecuado entre el interés del acreedor en obtener la orden y el interés del deudor en evitar que se abuse de esta” (Considerando 14º ROERC). Este trabajo se dedica al análisis de estas garantías con el propósito de verificar si realmente se ha conseguido llegar a ese punto medio o si, por el contrario, la balanza se ha desequilibrado de alguna forma y, en su caso, en qué dirección. En concreto, estudiaremos en detalle las dos medidas adoptadas en el Reglamento con este fin: la primera, la previsión general de caución como presupuesto previo para la adopción de la orden de retención (Art. 12), cuestión a la que se dedica el apartado II de este artículo; y la segunda, el establecimiento de unas normas armonizadoras sobre la responsabilidad que asume el acreedor como consecuencia de la adopción de la medida (Art. 13), que será analizado en el apartado III de este trabajo.

II. La caución como garantía del deudor en el Reglamento 655/2014

1. Régimen general de la prestación de caución en el Reglamento 655/2014

2. Tal y como ocurre en la regulación de las medidas cautelares en la mayor parte de los ordenamientos nacionales, el Reglamento 655/2014 configura la caución como un presupuesto más para la adopción de la orden de retención, como se desprende del apartado tercero de su Artículo 12: el juez indicará al acreedor que sólo se dictará la orden de retención una vez que se haya prestado la caución de forma adecuada.

3. Ahora bien, cabía la opción de dejar a la discreción del juez su adopción o prever su prestación con carácter obligatorio. Ésta fue una cuestión muy discutida durante su tramitación legislativa. Ini-

¹ De hecho, este punto constituía una de las mayores preocupaciones del Reino Unido durante las negociaciones mantenidas para la aprobación de este Reglamento. Así, puede verse, por ejemplo, en el Apartado 16 de la respuestas del Ministerio de Justicia del Reino Unido al texto de la Propuesta: “While many respondents supported the aims of the European Commission’s proposal, the majority were concerned that it favours claimants to the detriment of safeguards for defendants” (“*Mientras que muchos de los que han respondido apoyan los propósitos de la Propuesta de la Comisión Europea, la mayoría están preocupados porque favorece al demandante en detrimento de las garantías de los demandados*” -la traducción es nuestra-).

cialmente en la Propuesta de Reglamento se le atribuyó carácter facultativo (Art. 12)², lo que dio lugar a importantes críticas por parte de la doctrina³ y en sede parlamentaria puesto que se consideraba como una opción poco garantista para la posición de los deudores. Esta tesis fue abandonada en el texto final del Reglamento, en el que se optó por una línea más proteccionista del deudor, consagrando en su Art. 12, como regla general, la obligatoriedad de esta garantía cuando el demandante solicitara la medida sin poseer un título ejecutivo, aunque con ciertas salvedades que se examinarán más adelante⁴. E, incluso, se estableció la posibilidad de poder pedir caución de forma excepcional cuando el acreedor poseyera un título ejecutivo, si así lo aconsejaren las circunstancias del caso (Art. 12.2 ROERC).

2. La cuantía y forma de la caución

4. Aunque es el órgano jurisdiccional de origen el encargado de fijar el importe y forma de la caución de acuerdo a sus normas procesales nacionales (Art. 12.3 ROERC), el legislador europeo aclara que su importe ha de ser suficiente para cubrir las dos siguientes finalidades: en primer lugar, ha de procurar evitar que el acreedor abuse del procedimiento; esto es, ha de tratar que con su imposición se impida que el acreedor solicite estas medidas por mala fe para colocar en una situación perjudicial al deudor (por ejemplo, para bloquear su actividad económica, ponerla gravemente en riesgo o malograr su reputación); b) y, segunda, se ha intentar asegurar una cantidad suficiente para garantizar una posible indemnización que podría corresponderle al deudor si se reputara al acreedor responsable de ciertos daños y perjuicios que le hubiere podido causar de acuerdo con el régimen establecido en el Art. 13 del Reglamento, que más adelante estudiaremos. Junto a estos parámetros, el juez deberá aplicar los criterios que prevea su propio sistema procesal, además de seguir los criterios legales y jurisprudenciales europeos; entre ellos destacamos el de proporcionalidad, que, de acuerdo a la lectura que los tribunales europeos han hecho del derecho de acceso a la justicia de los Art. 6 CEDH y 47 CDFU, ha de impedir a los tribunales nacionales fijar cuantías procesales excesivas que puedan suponer un obstáculo al demandante para acceder a los tribunales⁵; en este caso, a la tutela cautelar solicitada.

Nada se dice sobre cómo ha de fijarse esta cuantía, si bien la doctrina entiende que el tribunal puede emplear los medios de prueba que entienda oportunos, sin que se aprecie limitación alguna al respecto⁶. Lo que sí que es cierto es que su fijación puede resultar especialmente compleja cuando se hayan de valorar los daños y perjuicios que pudieran llegar a ocasionarse al deudor si, como ocurrirá en muchos de los casos, teniendo en cuenta la aplicación del Art. 13.4 del Reglamento, el régimen de responsabilidad exigible al acreedor se va a regir por la ley del Estado en el que se ejecuta la orden (llamado Estado de ejecución) y, por tanto, será derecho extranjero para el juez que tiene la tarea de fijar la cuantía de la caución. Aunque no será lo deseable, el Considerando 18º ROERC señala que, si en estos casos no hay “pruebas específicas sobre la cuantía de los daños y perjuicios potenciales”, el juez debe tener potestad para “considerar orientativo el importe por el que vaya a dictarse la orden a efectos de

² Señalaba así el texto: “antes de dictar la OERC, el órgano jurisdiccional podrá exigir que el demandante aporte depósito de garantía o una fianza equivalente para cubrir la indemnización por cualquier daño que pueda sufrir el demandando (...)”.

³ Ver entre otros, DOMEJ, T., “Die geplante Verordnung über die Europäische vorläufige Kontenpfändung”, *ZEuP*, 2013, p. 501.

⁴ Así, se establece el verbo “requerirá” (en sentido idéntico en otras versiones: en inglés: “shall require”; en alemán: “verlangt”; en francés, “exige”; en italiano: “imponere”). De este carácter obligatorio ya se hacía eco el texto del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 26 de abril de 2012.

⁵ Véase sobre esta cuestión, VILLAMARÍN LÓPEZ, M.L., en Díez - PICAZO GIMÉNEZ, I., y VEGAS TORRES, J. (coord.), *Derecho, Justicia, Universidad (Liber Amicorum de Andrés de la Oliva Santos)*, Ed. CERA, 2016, p. 3237: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que su finalidad es “compatible con la recta administración de justicia” (Asunto *Harrison McKee v. Hungría*, de 3 de junio de 2014, núm. 22840/07) y que, al menos en parte, “sirven como medida que disuade a potenciales litigantes de plantear peticiones irrazonables y faltas de fundamento” (Asunto *Gaile v. Latvia*, de 26 de noviembre de 2013, núm. 48590/07). Ahora bien, lo que se debe controlar es, por un lado, que no sean excesivas y supongan una carga. Así, por ejemplo, en el Asunto *Kijewska v. Polonia*, de 6 de septiembre de 2007 (núm. 73002/01), en el que la tasa cuadruplicaba el salario mínimo interprofesional. También se consideraron excesivas en los Asuntos *Kreuz v. Polonia*, de 19 de junio de 2001, núm. 28249/95; *Jedamsky y Jedamska v. Polonia*, de 26 de julio de 2005, núm. 73547/01; *Weissman y otros v. Rumanía*, de 4 de junio de 2006.

⁶ Vid. HILBIG-LUGANI, K., en *Münchener Kommentar*, Ed. Beck, 2017, Art. 12.

determinar la cuantía de la caución”. Al importe resultante de la valoración judicial, considera parte de la doctrina alemana, que se le debería sumar un diez por ciento en concepto, por ejemplo, de intereses y de costas procesales⁷.

5. En cuanto a la forma que ha de adoptar la caución, el Reglamento también se remite a la normativa nacional⁸. Únicamente a modo de ejemplo, el Considerando 18º señala que podrá prestarse en forma de “fianza u de otro tipo de garantía, como una garantía bancaria o una hipoteca”.

3. La decisión sobre la caución

6. Teniendo todo esto en cuenta, el tribunal decidirá sobre la caución en los plazos y en la forma prevista por el Reglamento.

7. En cuanto a los plazos, el apartado cuarto del Art. 18 ROERC establece que será de aplicación lo previsto en los apartados primero a tercero de ese mismo precepto para definir los tiempos en los que el acreedor debe prestar caución. En consecuencia, habrá que adecuarse a las siguientes reglas:

- a) En el caso de que el acreedor ya poseyera un título ejecutivo, deberá acordar la caución “a más tardar a los diez días hábiles desde que el acreedor haya presentado o, en su caso, completado su solicitud”, plazo bastante breve para esta tarea de fijación de la caución si se tiene en cuenta las posibles actividades que debe llevar a cabo el juez para poder realizar una oportuna valoración de las circunstancias del caso;
- b) si el acreedor no tuviera título, se deberá decidir sobre la prestación de esta garantía “a más tardar en los cinco días hábiles desde que el acreedor haya presentado o, en su caso, haya completado su solicitud”;
- c) por último, si el órgano judicial considerare necesaria la celebración de una audiencia oral del acreedor y, en su caso, de sus testigos, la convocará “sin demora” y dictará la resolución “a más tardar a los cinco días hábiles desde la fecha de la audiencia”.

Nada se dice sobre el plazo en el que el acreedor debe prestar la caución, que entendemos que el juez deberá fijar discrecionalmente en su decisión, atendiendo a su normativa nacional.

Desde el momento en que se presta la caución por el acreedor, el órgano jurisdiccional debe dictar la orden “sin demora” (Art. 18.4 ROERC).

8. Por lo que respecta a su contenido, el Art. 12.3 ROERC únicamente exige que se indique su importe, la forma que haya de adoptar y su condición de presupuesto de la orden de retención, sin que expresamente el Reglamento requiera motivación. Con todo, es fácil que ésta sea exigible por las legislaciones nacionales para facilitar su posible impugnación (Art. 33.2 ROERC); de hecho, así se prevé en el formulario oficial de la orden de retención (Apartado 9º del Anexo I del Reglamento de Ejecución 2016/1823 de la Comisión).

4. Impugnación de la decisión

9. La decisión sobre la caución es clave para garantizar el equilibrio entre los intereses de acreedores y deudores y, por ello, ha de adoptarse con la mayor cautela para que no se malogre el éxito de la pretensión del acreedor si la cuantía resulta demasiado elevada ni se exponga innecesariamente al

⁷ Cfr. SCHLOSSER, P. y HESS, B., en *EU Zivilprozessrecht*, Ed. Beck, 2015, p. 448; HILBIG-LUGANI, K., en *Münchener Kommentar*, *op.cit.*, Art. 12.

⁸ Por ejemplo, en España las modalidades que puede adoptar la caución están previstas en el Art. 529.3 LEC; en Alemania, en el párrafo 108 ZPO; en Polonia, en el párrafo 746 ZVGB; en Austria, en el párrafo 562 ZPO.

deudor a situaciones de riesgo si fuere muy baja. En cualquier caso, parece que es muy relevante para garantizar su adecuación que ambas partes cuenten con herramientas para impugnar estas decisiones si no están conformes con su contenido y alcance.

10. Es claro que el Reglamento ofrece al deudor la posibilidad de atacar la decisión sobre la caución con arreglo al Art. 33.2 ROERC: “se reexaminará la decisión relativa a la caución prevista en el Art. 12 en caso de que no reúnan las condiciones o requisitos previsto en dicho artículo”. Por tanto, el deudor podrá cuestionar tanto la decisión de no imponer la caución, rebatiendo las circunstancias que justificaron tal decisión, como su importe, si considera que el fijado por el tribunal puede resultar insuficiente para cubrir posibles daños y perjuicios. Aunque nada se dice en dicho precepto, es claro que podrá practicarse prueba sobre los extremos en los que el deudor apoye sus alegaciones. En caso de que el tribunal estime sus pretensiones, se exigirá al acreedor la prestación de la caución controvertida o de una caución adicional en las mismas condiciones fijadas por el Art. 12.3 ROERC, advirtiéndole de que, “en caso de que no preste la garantía (adicional) exigida en el plazo establecido por él”, podrá revocar o modificar la orden (Art. 33.2.2 ROERC).

11. No gozan, sin embargo, de análoga protección los acreedores, ya que el Reglamento no prevé expresamente ningún mecanismo de impugnación frente a la decisión que acuerda la caución, pese al interés que los demandantes puede tener si consideran que el importe por el que se ha acordado carece de justificación suficiente o resulta desproporcionado. Claro está que podrán hacer uso de los recursos que prevean los Derechos nacionales frente a este tipo de decisiones, de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 46.1 ROERC⁹, precepto en el que se establece la aplicación de las normas internas para todas las cuestiones procesales sobre las que no se pronuncie el Reglamento. Pero esta situación puede crear diferencias importantes entre los Estados miembros en función de si contemplan o no mecanismos de impugnación en su ordenamiento interno. Aunque no es una solución óptima porque no supondría una impugnación directa frente a la decisión que resuelve sobre la caución¹⁰, consideramos que sería razonable aplicar lo dispuesto en el Art. 21 ROERC para la impugnación de las decisiones denegatorias de la orden.

5. Excepciones al régimen general de prestación de caución

12. Como ya se comentó anteriormente, aunque el Reglamento opta por generalizar la caución en los supuestos en los que el acreedor no tiene en su poder un título ejecutivo, ya que en ese momento es posible afectar de forma más perjudicial o injustificada la posición del deudor, esta exigencia de caución no es absoluta ni siquiera en estos casos. Como señala el Art. 12.1.II ROERC, esta regla podrá salvarse “excepcionalmente” si el juez “considera que la prestación de una caución a que se refiere dicho párrafo es improcedente dadas las circunstancias del caso”. Deberá, por tanto, evaluarse caso por caso si se dan o no las circunstancias que justifiquen dicha exención. Aunque la versión española del Art. 12.1.II ROERC emplea el término “improcedente”, creemos más ajustado al espíritu de la norma el uso de la expresión “inapropiado”, utilizado en otras versiones¹¹, ya que en la mayor parte de los casos sí que procedería conforme a derecho la prestación de caución pero se considera más oportuno no exigirla por las razones que aprecie en el caso el tribunal. De hecho, en este sentido apunta el Considerando 18.II° ROERC cuando señala que “el órgano jurisdiccional debe eximir de esta obligación o requerir una caución por un importe inferior si considera que dicha caución es improcedente (“inadecuada” en los otros idiomas), superflua o desproporcionada dadas las circunstancias concretas del caso”, señalando a continuación ejemplos de dos

⁹ Cfr. HILBIG-LUGANI, K., en *Münchener Kommentar*, *op.cit.*, Art. 12.

¹⁰ Es más, a diferencia del detalle con el que precisa el contenido de la decisión de estimación, ni en el Reglamento ni los formularios que lo desarrollan prevén nada sobre el contenido y forma de las resoluciones de desestimación o denegación de la orden, por lo que, cuando no se presta caución en tiempo y forma, no queda claro si se dicta una resolución (desestimatoria) o si simplemente no se acuerda la orden sin que haya una decisión judicial que la contenga.

¹¹ En la versión inglesa “*innappropriate*”; en la francesa, “*inappropriée*”; en la italiana “*innopportuna*”; en la alemana, “*unanngemessen*”.

de estas tres situaciones. Inadecuada sería cuando, pese a que su pretensión está bien fundada, “no tiene medios suficientes para prestar una caución” o si el “crédito se deriva de una obligación de alimentos o del pago de sueldos o salarios” (o, igualmente, aunque no lo señala el Reglamento, si se tratara de consumidores o de materia de seguros, objeto de especial protección en el Reglamento de Bruselas Ibis). Superflua si “la cuantía del crédito es tal que no es probable que la orden cause daño o perjuicio al deudor”.

Para poder conseguir que el juez aprecie esta exención, el Reglamento prevé expresamente la posibilidad de que el acreedor alegue en su solicitud toda la información relevante al respecto (Art. 8.2.k y l y formulario de la ROERC). Con todo, coincidimos con quienes defienden que el tribunal podría también apreciar de oficio estas circunstancias excepcionales (en especial, en el caso de que se trate de los sectores más débiles como los consumidores), máxime dado que no se exige la presencia de abogados para asistir a las partes para la solicitud de estas medidas en el marco de este procedimiento europeo¹².

14. También se presentan excepciones en los supuestos en los que el acreedor goza de título ejecutivo cuando insta la adopción de esta medida. Pese a que el criterio general en estos casos es el de no prestación de caución, puesto que ya no es previsible que el procedimiento produzca daños improcedentes al deudor, sin embargo, en algunos casos pueden existir aún ciertos riesgos que pueden precaverse con la prestación de caución. Así, en estos supuestos se deja a discreción del tribunal poder exigirla “si lo considera necesario y adecuada dadas las circunstancias del caso” (Art. 12.2 ROERC). En concreto, el Considerando 18º ROERC entiende que esto puede ocurrir, por ejemplo, “cuando la resolución cuya ejecución se pretende asegurar por medio de la orden de retención no sea ejecutiva o solo sea ejecutiva provisionalmente debido a que haya un recurso pendiente”.

III. El régimen de responsabilidad del acreedor en el Reglamento 655/2014

1. Introducción

15. Inicialmente, en la Propuesta de Reglamento¹³, no se preveía ninguna norma que unificara a nivel europeo la cuestión de la responsabilidad del acreedor, sino que simplemente se hacía una remisión a las legislaciones nacionales. Así, en el mismo artículo que se ocupaba de la caución, se señalaba: “Antes de dictar la OERC, el órgano jurisdiccional *podrá* exigir que el demandante aporte un depósito de garantía o una fianza equivalente para cubrir la indemnización por cualquier daño que pueda sufrir el demandado *en la medida en que* el demandante *esté* obligado a indemnizar tales daños *conforme a la legislación nacional*” (Art. 12)¹⁴.

Pero durante la tramitación legislativa del Reglamento 655/2014 se advirtió la enorme dificultad que suponía la aplicación de normas muy diversas de responsabilidad por daños (diferencias en los

¹² Cfr. CUNIBERTI, G. Y MIGLIORINI, S., *The European Account Preservation Order Regulation*, Ed. Cambridge University Press, 2018, p. 163. En contra, SANDRINI, L., “*La procedura “per l’adozione” dell’ordinanza europea di sequestro conservativo dei conti bancari*”, en *Il sequestro conservativo di conti bancari*, Ed. Giuffrè, Milán, 2015, en p. 69.

¹³ Propuesta de REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO por el que se crea la orden europea de retención de cuentas para simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil /* COM/2011/0445 final - 2011/0204 (COD) */. Véase en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52011PC0445>.

¹⁴ En un sentido algo más completo, se señalaba en el Proyecto de Resolución del Parlamento Europeo sobre el texto de la Comisión que: (15) “El presente Reglamento debe ofrecer garantías suficientes contra el abuso de la orden. En particular, salvo que el acreedor ya disponga de una resolución judicial con fuerza ejecutiva en el Estado miembro de ejecución, el órgano jurisdiccional debe exigirle que aporte una garantía para la indemnización por cualquier daño que sufra el deudor como consecuencia de una orden injustificada o de que no se liberen, en los plazos previstos, fondos por un importe superior al establecido en la orden. (15 bis) El presente Reglamento debe prever la responsabilidad legal del demandante con respecto al demandado por los posibles daños causados a este último como consecuencia de una orden posteriormente considerada injustificada. La indemnización por dichos daños deberá incluir, como mínimo, las pérdidas de ingresos y los costes incurridos durante el proceso. Además, es conveniente que el demandante sea asimismo responsable de los posibles daños causados al demandado cuando no se liberan rápidamente fondos por un importe superior al indicado en la orden”.

tipos de responsabilidad¹⁵, en el concepto de culpa, en el alcance de los daños y perjuicios que pueden ampararse, en las reglas de carga de la prueba o en la existencia de presunciones de distinta naturaleza) y, en consecuencia, se decidió dar un paso más y armonizar esta cuestión, dándole un tratamiento independiente en un nuevo artículo titulado “Responsabilidad del acreedor” (Art. 13).

16. Tres cuestiones conviene adelantar antes de analizar en detalle este precepto.

- 1) Primera, que la opción legislativa no ha sido muy arriesgada puesto que el contenido de este precepto es muy escueto y, sobre todo, porque, como adelanta el Considerando 19^a ROERC, constituye una regla de mínimos: “el presente Reglamento debe establecer, como mínimo, la responsabilidad del acreedor cuando el daño o perjuicio ocasionado al deudor por la orden de retención se deba a su culpa” (que se regula en el apartado primero del Art. 13 ROERC). Por tanto, se ha previsto una regla general de responsabilidad por culpa en este primer párrafo, completada por una presunción de culpabilidad que se aplica para cuatro supuestos tasados en los que los daños derivan del incumplimiento del acreedor de ciertas exigencias u obligaciones impuestas por el Reglamento (apartado 2º del Art. 13 ROERC). Por tanto, salvo por lo que se refiere a estas dos cuestiones, en todo lo demás serán aplicables las normas nacionales, que cubren, en consecuencia, la mayor parte de los aspectos de la responsabilidad por daños y perjuicios (Art. 13.3. *in fine* ROERC).
- 2) Segunda, que esta norma sobre el régimen de responsabilidad aplicable se acompaña de una norma de conflicto de leyes que especifica qué ley se ha de aplicar a estos asuntos (Art. 13.3 ROERC), disposición que puede generar graves disfunciones en su aplicación, sobre todo para el acreedor.
- 3) Tercera y última, que lo dispuesto en este precepto sólo alcanza a la responsabilidad del acreedor con su deudor y no frente al banco ni a terceras personas (Art. 13.5 ROERC).

2. El régimen general de responsabilidad del acreedor

17. Esta regulación de mínimos, prevista en el Art. 13 del Reglamento, se formula en su primer apartado en los términos siguientes:

“El acreedor será responsable de cualquier daño o perjuicio que la orden de retención cause por su culpa al deudor. La carga de la prueba corresponderá al deudor”.

Como puede verse, el Reglamento ha optado por prever un régimen de responsabilidad por culpa, que hace reposar en las espaldas del deudor todo el peso de la actividad probatoria precisa para acreditar los presupuestos de los que depende (“la carga de la prueba corresponderá al deudor”).

18. Atendiendo al tenor del Art. 13 del Reglamento, esta responsabilidad nace de la concurrencia de los cuatro presupuestos que analizaremos en detalle a continuación:

- 1º Existencia de una orden de retención de cuentas, como marco en el que se producen los daños.
- 2º Demostración de un daño al deudor.
- 3º Acreditación de la culpa del acreedor.
- 4º Acreditación del nexo causal.

¹⁵ Véase sobre este punto el Estudio realizado por el Prof. Hess en 2004 sobre las retenciones de cuentas, en donde señala que, aunque la mayor parte de los países prevén para estos casos un sistema de responsabilidad objetiva (por ejemplo, en Alemania (Art. 717.2 ZPO), Bélgica (Art. 1398 CJ), Dinamarca (Art. 505), Holanda, Luxemburgo, España, Portugal (Art. 374.1 CPC)), hay Estados como Italia que mantienen la responsabilidad por culpa como Italia (Art. 96 CPC). Cfr. Study No. JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union: Transparency of a Debtor’s Assets Attachment of Bank Accounts Provisional Enforcement and Protective Measures Version of 2/18/2004, nota 583 de la pág. 107. Puede consultarse en: <http://www2.ipr.uni-heidelberg.de/studie/General%20Report%20Version%20of%2018%20Feb%202004.pdf>.

Existencia de una orden de retención de cuentas

19. La primera exigencia es, obviamente, que se haya dictado ya una orden de retención de cuentas de la que emana el daño o perjuicio irrogado al deudor (“que la retención cause”) bien porque desde el principio la medida no debería haberse acordado por carecer de justificación, bien porque el acreedor no ha satisfecho todas las exigencias formales o procesales precisas para su perfección.

Demostración de un daño al deudor

20. El segundo presupuesto es la producción de un daño al deudor¹⁶. Tanto en el Art. 13.1 como en el Considerando 19º del Reglamento se ha empleado la expresión “cualquier daño o perjuicio”, que consideramos que debe interpretarse en el sentido de no dejar fuera ningún tipo de daño que se haya podido ocasionar al demandado. De hecho, durante la tramitación del Reglamento la delegación polaca quiso limitar esos daños a los derivados de la ejecución de la orden, petición que no prosperó, por lo que el texto definitivo incluye los daños derivados de la simple adopción de la medida cautelar¹⁷. Por supuesto, quedan comprendidos tanto todos los daños patrimoniales que hayan podido irrogarse al deudor como los posibles daños no económicos o inmateriales. Dentro de los primeros podrían citarse, por poner algunos ejemplos, los costes por haber tenido que hacer frente antes los tribunales a la orden de retención, el coste de la caución o de la garantía sustitutoria del Art. 38 ROERC, si la hubiere ofrecido para evitar el embargo de sus cuentas, o las pérdidas económicas que le hubiera supuesto su falta de liquidez o su falta de capacidad crediticia. No se nos escapa la dificultad que en muchos casos supone primero acreditar y luego medir en términos económicos el monto de estos daños¹⁸. Deben también entenderse incluidos los daños no patrimoniales que haya podido ocasionarle la medida, tales como, por ejemplo, los perjuicios que esta situación hayan podido ocasionarle a su reputación.

Acreditación de la culpa¹⁹ del acreedor

21. Pese a que varios Estados miembros mostraron su oposición a esta opción durante los debates legislativos del Reglamento²⁰, finalmente se previó un sistema de responsabilidad únicamente basado en la culpa del acreedor. El texto guarda silencio sobre el significado y alcance de este término, que tiene lecturas muy variadas en los diversos ordenamientos nacionales. Algún autor ha entendido que ha de acudir a los Derechos internos para suplir esta carencia²¹, si bien nos sumamos a la doctrina que apoya un concepto autónomo europeo de la culpa²², de amplio alcance, en el que se incluye tanto la actuación dolosa como la imprudente del acreedor²³. En cualquier caso, son dos los comportamientos del acreedor de los que puede derivarse esta responsabilidad: a) primero, que haya instado una medida que no procedía cuando, por ejemplo, nunca existió peligro en la demora o si el riesgo alegado ya se había disipado o si el demandado ya había pagado la deuda o si el título ejecutivo en que basaba la orden estaba anulado (Art. 33.1.g ROERC); b) segundo, cuando, pese a estar justificada la medida, el acreedor

¹⁶ En iguales términos se formula en las otras versiones: “damage” en la versión inglesa; “Schäden” en la alemana.

¹⁷ Así, en la doctrina RAUSCHER, T. Y WIEDEMANN, en *Europäisches Zivilprozess und Kollisionsrecht*, Art. 13, #10 y HILBIG-LUGANI, K., en *Münchener Kommentar*, op.cit., Art. 13, #4.

¹⁸ Así lo entiende también TRENKER, M., en SCHUMACHER, H., KÖLLENSPERGER, B. Y TRENKER, M., *Kommentar zur EU-Kontenpfändungsverordnung*, Ed. Manz, Viena, 2017, p. 142.

¹⁹ En otras versiones se emplean términos de significado análogo: “fault” en inglés, “faute” en francés o “Verschulden” en alemán.

²⁰ En concreto, señala TRENKER que se mostraron reacios a este régimen las delegaciones de Austria, Alemania y Francia (cfr. TRENKER, M., en SCHUMACHER, H., KÖLLENSPERGER, B. Y TRENKER, M., *Kommentar zur EU-Kontenpfändungsverordnung*, op.cit., p. 144).

²¹ Así CUNIBERTI, G., y MIGLIORINI, S., *The account preservation order...*, op.cit., p. 170.

²² Esta oportunidad de un concepto autónomo de culpa tuvo buen reflejo en el Asunto *Brasserie du Pecheur SA/ Bundesrepublik Deutschland* (C-46/93, de 5 de marzo de 1996).

²³ Así, por ejemplo, RAUSCHER, T., *Europäisches Zivilprozess...*, op.cit., Art. 13, #16, TRENKER, M., en SCHUMACHER, H., KÖLLENSPERGER, B. Y TRENKER, M., *Kommentar zur EU-Kontenpfändungsverordnung*, op.cit., p. 144.

no hubiera satisfecho alguna de las obligaciones que le impone el Reglamento para la cumplimentación de la orden, tales como la aportación de ciertos documentos, o la obligación de notificación o si hubiere presentado una solicitud defectuosa.

*Acreditación del nexo causal entre la conducta del acreedor y el daño producido al deudor por la existencia de la orden de retención de cuenta*²⁴

22. Por último, el deudor deberá acreditar la relación de causalidad entre los tres presupuestos anteriores para que pueda estimarse su solicitud: que, dictada una orden, su aplicación haya producido un daño cierto al deudor por una conducta que se le puede reprochar jurídicamente al acreedor. De hecho, como señala RAUSCHER, de los daños que “de todos modos” se hubieran producido no responde el acreedor²⁵.

3. Las presunciones de culpa

23. Para facilitar la exacción de responsabilidad del acreedor, el legislador europeo decidió prever una “norma armonizada” –en términos del Considerando 19º ROERC– con una lista de supuestos de presunción de culpabilidad que entran en juego cuando el acreedor hubiera incumplido ciertas obligaciones o hubiera omitido ciertas exigencias impuestas por el Reglamento²⁶, presunciones que pueden rebatirse con prueba en contrario (presunción *iuris tantum*)²⁷.

En concreto, el Art. 13.2 prevé los cuatro supuestos siguientes:

1º Falta de incoación del procedimiento sobre el fondo del asunto.

24. El Art. 10 ROERC impone al acreedor que solicita la orden la carga de iniciar el procedimiento sobre el fondo del asunto en un determinado plazo (que, por regla general, es de treinta días desde que presentó la solicitud de la orden), so pena de que la medida resulte revocada si no lo hace (Art. 10.2 ROERC) y además, si así lo pidiera el deudor, de tener que compensar económicamente al demandando por los posibles perjuicios producidos. Esta situación constituye el primer supuesto de presunción de culpa del Art. 13.2 ROERC. En todo caso, para que ésta opere se exige que se haya revocado la orden debido a la falta de incoación del procedimiento en plazo²⁸. Con todo, hay dos supuestos excluidos de esta presunción: el primero, cuando no se hubiere iniciado el procedimiento porque el deudor pagó la deuda; y, el segundo, cuando las partes hubieren llegado a un acuerdo para poner fin al proceso (“otra forma de transacción entre las partes”).

2º Incumplimiento por el acreedor de su obligación de “solicitar” la liberación de los importes retenidos en exceso con arreglo al artículo 27

25. Lo primero que cabe señalar es que la traducción española del apartado b) del Art. 13.2 es incorrecta ya que omite el término “solicitud”, que se incluye en los otros idiomas en los que está traducido el Reglamento –véase, por ejemplo, en las redacciones en inglés (“*has failed to request*”), alemán (“*zu beantragen*”) o francés (“*omis de demander*”)–. El texto, por tanto, debería ser del siguiente tenor: “si el

²⁴ En este sentido, sobre la necesidad de este nexo causal, HILBIG-LUGANI, K., en *Münchener Kommentar*, *op.cit.*, Art. 13, #3, RAUSCHER, T., *Europäisches Zivilprozess...*, *op.cit.*, Art. 13, #13.

²⁵ Cfr. RAUSCHER, T., *Europäisches Zivilprozess...*, *op.cit.*, Art. 13, #13.

²⁶ Incumplimiento que constituye el hecho base que ha de probar el deudor para que entren en juego estas presunciones legales. Véase en este sentido, BERNARDO SAN JOSÉ, A., *La responsabilidad derivada de la adopción de medidas cautelares en el proceso civil*, Ed. Tirant lo Blanch, 2018, p. 81.

²⁷ Aunque, como acertadamente apunta BERNARDO SAN JOSÉ, el Reglamento guarda silencio “sobre qué hechos o circunstancias podría proyectarse la prueba en contrario”, por lo que habrán de ser los tribunales, señala esta autora, quienes deben terminar de confirmar su concurrencia (cfr. BERNARDO SAN JOSÉ, A., *La responsabilidad derivada...*, *op.cit.*, p. 82).

²⁸ Así lo entienden, entre otros, SENÉS MOTILLA, C., *La orden europea de retención de cuentas*, Ed. Aranzadi, 2015, p. 82.

acreedor ha omitido la solicitud de liberar los importes retenidos en exceso con arreglo al Art. 27”. Sin esta referencia, difícilmente encaja este precepto con lo dispuesto en el Art. 27 ROERC al que se remite, ya que la obligación que allí se impone al acreedor no es tanto la de liberar las cantidades retenidas en exceso sino justamente la de “solicitar” –así lo señala el título de dicho artículo– su liberación mediante la adopción de las “medidas necesarias” para ello²⁹. De hecho, la competencia para efectuar dicha liberación de los fondos se atribuye al banco autorizado, en respuesta a la orden dada por la autoridad competente del Estado miembro de ejecución (Art. 27.2 ROERC). Recuérdese que el Art. 27 ROERC establece esta obligación una vez que ya se ha cumplimentado la orden cuando las cantidades embargadas excedan de la cantidad en dos supuestos: a) cuando “la orden afecte a varias cuentas en el mismo Estado o en Estados miembros diferentes”; o b) “cuando se haya dictado la orden después de haberse ejecutado una o varias órdenes nacionales equivalentes contra el mismo deudor para garantizar la misma deuda”.

3º Incumplimiento de las obligaciones previstas en el Art. 16 ROERC

26. Este precepto impone a los solicitantes de las órdenes europeas de retención de cuentas las dos obligaciones siguientes: primera, que no pueda instar más de una solicitud ante más de un órgano jurisdiccional contra el mismo deudor para garantizar el mismo crédito (Art. 16.1 ROERC); segunda, que, al solicitar la orden, tienen que declarar necesariamente si ya habían solicitado previamente una “orden nacional equivalente” contra el mismo deudor y en referencia al mismo crédito (con o sin éxito, porque han de indicar también las que, en su caso hubieran sido rechazadas por inadmisibles o infundadas) o, incluso, si ya la hubieran obtenido (Art. 16.2 ROERC)³⁰. Pues bien, la presunción contemplada en este tercer apartado del Art. 13.2 ROERC juega cuando, además del incumplimiento de una de esas dos obligaciones del Art. 16 ROERC, una vez dictada la orden (esto es lo que parece significar el término “ulteriormente”)³¹, se determine “su improcedencia o que sólo procedía por un importe inferior”.

4º Incumplimiento por parte del acreedor de sus obligaciones de notificación y traducción (Art. 13.2.d ROERC)

27. Los Arts. 38 y 49 ROERC imponen al acreedor el deber de notificación y traducción de ciertos documentos y actuaciones, obligaciones cuyo incumplimiento puede dar lugar, incluso, a la revocación de la orden; igual fin tendría la medida si, impugnada la orden por este motivo y concedido un plazo para su subsanación, el acreedor hiciera caso omiso y no corrigiera el defecto apreciado (Art. 33 ROERC). Para estos casos opera también esta presunción de culpabilidad siempre que efectivamente ya se haya revocado la orden (por mor del Art. 33.1.b o c ROERC) o su ejecución se haya dejado sin efecto (por mor del Art. 34.1.iv ROERC)³².

28. Extraña a la doctrina que no se haya incluido un quinto apartado para dar cabida a los supuestos de responsabilidad del acreedor por haber omitido su obligación de declarar sobre la veracidad y exhaustividad de la solicitud, deber impuesto al acreedor en el Art. 8.2.o ROERC³³. Como es bien sabido, en dicho apartado se prevé que el acreedor puede tener que responder con arreglo al Art. 13 por cualquier “alegación deliberadamente falsa o incompleta” que incluya en su solicitud inicial de la orden,

²⁹ Petición que ha de formalizarse mediante el formulario previsto en el Anexo V del Reglamento de Ejecución UE 2016/1823 de la Comisión, de 10 de octubre de 2016. Pese a que se impone esta obligación al acreedor, nada impide que, si así lo prevé el Derecho nacional, la liberación de estas cantidades retenidas en exceso pueda también iniciarse de oficio por las autoridades de ejecución competentes (Art. 27.3 ROERC).

³⁰ Con todo, esta obligación no impide que, en función del conjunto de las circunstancias del caso, el tribunal pueda llegar a acordar la orden europea de retención total o parcialmente incluso aunque el acreedor ya hubiera obtenido una medida nacional equivalente (Art. 16.4 ROERC).

³¹ Así lo entiende CUNIBERTI, G., y MIGLIORINI, S., *The European Account...*, op.cit., p. 171.

³² En estos casos SENÉS MOTILLA entiende que hay razones para sostener que esta declaración de responsabilidad puede ser un pronunciamiento más de la resolución por la que se decida el recurso (cfr. SENÉS MOTILLA, C., *La orden europea...*, op.cit., pp. 84 y 85).

³³ Así RAUSCHER, T., *Europäisches Zivilprozess...*, op.cit., ART. 13, #19.

por lo que hubiera sido deseable que se pudiera presumir su culpa en caso de que hubiera omitido esta información en su escrito.

4. La aplicación subsidiaria de las legislaciones nacionales

29. El apartado tercero del Artículo 13 ROERC se ocupa de dos cuestiones importantes y complementarias de lo previsto en los dos primeros apartados.

30. En primer lugar, prevé la aplicación subsidiaria del Derecho nacional de los Estados Miembros para todo lo no previsto expresamente en el Art. 13 ROERC; piénsese, por citar algunos ejemplos, en cuestiones tan relevantes como el alcance de la responsabilidad, la causalidad o las causas de justificación³⁴, sobre las que el Reglamento guarda silencio.

31. En segundo lugar, se permite a los Derechos nacionales complementar lo dispuesto en el Reglamento. El Artículo 13.3 ROERC establece que los Estados miembros podrán “mantener” o “introducir” en su Derecho nacional tanto motivos distintos de los previstos en el Reglamento³⁵, tipos de responsabilidad³⁶ más severos (como la responsabilidad objetiva, prevista como regla para estos supuestos en varios ordenamientos europeos³⁷) así como normas diversas de carga de la prueba. Aunque poco más dice el Reglamento, la doctrina coincide en señalar que esta normativa interna siempre ha de ir “más allá de los estándares mínimos de responsabilidad” fijados a nivel europeo³⁸, con respeto a los principios de “equivalencia y efectividad” y sin “frustar o complicar excesivamente el propósito del Reglamento”³⁹.

5. La norma de conflicto de leyes

32. Por último, era importante que el Reglamento se pronunciara sobre cuál debía ser el derecho aplicable a estas pretensiones indemnizatorias, cuestión de la que se ocupa la norma de conflicto de leyes prevista en el apartado cuarto del Artículo 13, que, como señala el Art. 48.f ROERC, deroga en este punto al Reglamento 864/2007 (conocido como Roma II). En concreto, contempla dos supuestos bien diversos en función del alcance de la medida cautelar.

33. El primero se refiere a los casos en los que la retención se lleva a cabo únicamente en un Estado miembro. El criterio aquí es el siguiente: la “ley aplicable a la responsabilidad del acreedor será la del Estado miembro de ejecución”.

34. Más complejos son los supuestos de retención si las cuentas están en más de un Estado miembro. Cuando esto ocurre, resultan de aplicación varios ordenamientos ya que las órdenes han de ejecutarse en todos ellos, por lo que el legislador consideró oportuno dar una solución a este conflicto de leyes.

El Reglamento apuesta por dos criterios, que se aplican de forma subsidiaria. El primero atiende al lugar de residencia habitual del deudor, definida ésta conforme al artículo 23 del Reglamento (CE)

³⁴ Ejemplos a los que se refiere HILBIG-LUGANI, K., en *Münchener Kommentar*, *op.cit.*, comentario al Art. 13, párrafo 8.

³⁵ Cabe entender que, con la alusión a los “motivos” se refiere a supuestos de responsabilidad derivados de la medida cautelar, tales como los previstos en el apartado segundo del Art. 13. Así, por ejemplo, lo entiende también ANTÓN JUAREZ, I., *Litigación Internacional en la Unión Europea III. La orden europea de retención de cuentas*, Ed. Aranzadi, 2018, p. 76.

³⁶ Como señala BERNARDO SAN JOSÉ, con la expresión “tipos de responsabilidad” parece que el Reglamento se refiere a “criterios de imputación subjetiva o factores de atribución”, tales como la responsabilidad objetiva, que el Reglamento cita como ejemplo en su Considerando 19º (cfr. BERNARDO SAN JOSÉ, A., *La responsabilidad derivada...*, *op. cit.*, p. 85).

³⁷ Entre otros, Alemania: #945 ZPO; Austria: #394 EO; España: Arts. 742 y 745 LEC, en unión con la jurisprudencia mayoritaria (por todas, STS núm. 584/2015, de 29 de octubre).

³⁸ Cfr. CUNIBERTI, G., y MIGLIORINI, S., *The European Account...*, *op.cit.*, p. 172.

³⁹ Cfr. HILBIG-LUGANI, K., *Münchener Kommentar*, *op.cit.*, Comentario al Art. 13 REOC #8.

nº 864/2007, de 11 de julio, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (conocido como Roma II). En este artículo se precisa que, cuando se trata de sociedades, asociaciones o personas jurídicas, la residencia será el lugar de su administración central⁴⁰, mientras que, cuando se refiera a una persona física “que esté ejerciendo su actividad profesional, será el establecimiento principal de dicha persona”. Se omite, sin embargo, toda referencia a las personas físicas cuando no estén ejerciendo actividad.

En segundo lugar, en defecto de este primer criterio —esto es, en caso de que “el deudor no residiera en ningún Estado miembro de ejecución” (o si éste no se hubiere podido determinar)—, se prevé la aplicación de la ley del Estado de ejecución “con el que el asunto tenga la conexión más estrecha”, expresión imprecisa, que puede dar lugar a más de un problema en su aplicación. El Reglamento apunta a la cuantía del importe retenido en los distintos Estados miembros de ejecución como ejemplo de uno de los factores que el órgano jurisdiccional puede tener en cuenta para fijar esta conexión más estrecha (Considerando 19º, tercer párrafo). Podrían añadirse a éste los siguientes criterios que señala HILBIG-LUGANI: un lugar en donde se sepa que reside el deudor, aunque no sea su residencia habitual, la nacionalidad de las partes o el lugar donde se firmó el contrato o donde éste deba cumplirse⁴¹.

El juego de estas normas de conflicto produce consecuencias de no poca importancia en la actitud de las partes frente a estos procedimientos. En primer lugar, como señala DOMEJ, el acreedor va a tener una importante sensación de inseguridad dada la dificultad que se va a encontrar con mucha frecuencia a la hora calcular el riesgo al que se expone al pedir la medida a sabiendas de que, en caso de que finalmente tenga que compensar al deudor, se aplicará derecho extranjero para determinar su responsabilidad; de hecho, este autor recomienda a los acreedores que pidan asesoramiento jurídico en el/los Estado/s en donde el deudor tenga sus cuentas para saber cómo es de severo en ese país el régimen de responsabilidad al que se expone. Por otro lado, teniendo en cuenta estas normas, el deudor puede decidir fijar sus cuentas en el Estado que prevea un régimen de responsabilidad más exigente y, por tanto, más conveniente para él en el caso de una futura reclamación de este tipo⁴².

6. La competencia para conocer de estos asuntos

35. Dado que, salvo por lo que se refiere al Art. 13.4 ROERC, el Reglamento señala que puede ser de aplicación el Reglamento 864/2007 sobre obligaciones extracontractuales (Art. 48.f ROERC), ha de entenderse que la competencia para conocer de estos asuntos puede venir determinada por la aplicación del fuero especial del segundo apartado del Art. 7 del Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012 (conocido como Bruselas Ibis), como fuero de ataque frente al general de los Arts. 4 y 5. Este fuero especial atribuye la competencia al “órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso”⁴³ que, en este caso, sería el del lugar en donde la/s cuenta/s se hallen y se vayan a embargar. Por tanto, en estos supuestos de responsabilidad por daños derivados de la orden de retención de cuentas el demandante podrá elegir entre este foro o el general del domicilio del demandado, según mejor le convenga.

IV. Consideraciones finales

36. Tras el examen detallado de las normas armonizadas sobre responsabilidad del acreedor, cabe extraer dos conclusiones fundamentales.

⁴⁰ Norma complementada para el caso de sucursales con la siguiente: “Cuando el hecho generador del daño o el daño se produzca en el curso de las operaciones de una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento, se considerará residencia habitual el lugar en el que dicha sucursal, agencia u otro establecimiento está situado”.

⁴¹ Cfr. HILBIG-LUGANI, K., en *Münchener Kommentar*, op.cit., Art. 13, #13.

⁴² Cfr. DOMEJ, T., “Europäisches vorläufige Kontenpfändung: der erste Schritt einer langen Reise”, *GPR*, 2017, p. 93.

⁴³ Así también lo entienden HILBIG-LUGANI, K., en *Münchener Kommentar*, op.cit., Art. 13, #9.

37. La primera, en referencia a la posición del deudor. Consideramos que el régimen de los Arts. 12 y 13 del Reglamento, unidas a las normas sobre impugnación de la orden y de su ejecución previstas en los Arts. 33 y siguientes, ofrecen al deudor mecanismos adecuados y suficientes de reacción y de protección frente a posibles abusos de los acreedores que insten órdenes de retención de sus cuentas sin razón bastante. El deudor puede impugnar la decisión sobre la no prestación de caución si considera que ésta debería haberse acordado o si se acordó pero por un importe que considera bajo y, cuando quiera exigir responsabilidades por daños y perjuicios al acreedor, tiene garantizada una protección mínima de acuerdo con el régimen del art. 13, que con frecuencia se encuentra reforzada por las normas nacionales. Además, la norma de conflicto le permite conocer de forma anticipada qué norma material se va a aplicar en el proceso por daños y perjuicios.

38. La segunda, en relación a la posición del acreedor. Bien es cierto que en una primera aproximación es fácil afirmar que el Reglamento apuesta por favorecer la posición del acreedor que solicita una orden de retención de cuentas ya que, si consigue demostrar que la medida está justificada, ésta se adopta sin dar audiencia al deudor. Pero, a la vista del contenido de los Arts. 12 y 13 del Reglamento, consideramos que el acreedor no ocupa una posición tan privilegiada como aparenta. A nuestro entender, dos notas caracterizan su situación: inseguridad y complejidad. La opción del Reglamento por una responsabilidad de mínimos obliga a los tribunales ante los que se presente la solicitud de indemnización por daños y perjuicios a aplicar en múltiples cuestiones las normas nacionales del Estado de ejecución, que en muchos casos será Derecho extranjero para el tribunal que tenga que resolver la acción por daños y casi siempre también para el acreedor, puesto que generalmente la competencia se atribuirá al tribunal del lugar en donde el deudor tiene la cuenta, lo que obliga al acreedor a litigar en un Estado extranjero. Recuérdese que a esto se suma el juego de la norma de conflicto del Art. 13.4 ROERC, que conduce con frecuencia a la aplicación de unas normas sobre responsabilidad más severas, ya que, como señalamos, da pie incluso a que el deudor elija colocar sus fondos en el Estado en el que sabe que puede obtener mejor compensación económica por daños. Esta complejidad se traslada al momento de la decisión sobre la caución, puesto que el tribunal de origen (en general, el que sea competente para conocer del fondo del asunto, de acuerdo con el art. 6 ROERC) va a tener que fijar su cuantía con arreglo a todas estas consideraciones del Art. 13 ROERC (aplicando así derecho que le es ajeno) en función de la indemnización que le podría llegar a corresponder al deudor si se llegara a sufrir algún daño como deriva del procedimiento cautelar. Y, es más, pese a la dificultad de esta tarea para el juez y la incertidumbre para el acreedor, el Reglamento no ha puesto en manos de este último un mecanismo de impugnación para estos casos, y, aunque es cierto que en ocasiones podrá acudir a los recursos previstos en el Derecho nacional, estos pueden no existir o ser insuficientes, lo que conllevaría la denegación del acceso a la medida cautelar de forma arbitraria o injustificada sin que nada pudiera hacer el acreedor para evitarlo.

39. En suma, consideramos que sería oportuno introducir normas armonizadas más completas en la previsión del régimen de responsabilidad del acreedor, reforzando el contenido del Art. 13 ROERC, para poder realmente conseguir el equilibrio deseado por el legislador europeo entre acreedores y deudores.

RECENSIONES

GÓMEZ JENE, Miguel, *International Commercial Arbitration in Spain*, Wolters Kluwer International, The Netherlands, 2019, 380 pp.

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA

Professor of Private International Law

Carlos III University, Madrid

Member of the UNIDROIT Governing Council

ORCID ID: 0000-0003-2236-4641

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5747>

Until the publication of this excellent book, there was no systematic study of international commercial arbitration in the Spanish legal doctrine. This book fills, with undoubted success, this particular gap and is already an obligatory reference in the field.

Its particular importance lies in the fact that it is mainly written from a *private international law* perspective. Therefore, questions relating to the international sources of international arbitration, the economic criterion issue by the legislator to determine when an arbitration is international (*interest of international commerce*), the arbitrability of matters, the applicable law to the arbitration agreement, the validity of asymmetrical clauses, the contract of arbitration, the international jurisdiction and the applicable law to the liability of the arbitrators, the necessary application of the Rome I Regulation by the arbitrators, the scope of application of the Brussels I Regulation *recast* to matters related to arbitration (e.g., adoption of interim measures), and, finally, questions relating to the regime of recognition and enforcement of foreign arbitral award in Spain, are -all of them- questions which has been studied in particular depth from the mentioned perspective.

The study of the above questions and others of equal relevance is done in twelve chapters. Specifically, the chapters have been distributed as follows: (1) The Importance of Arbitration in International Trade: The Spanish Perspective; (2) General Theory of International Commercial Arbitration: *Territorial* and *Transnational* Conceptions; (3) The Sources of International Commercial Arbitration; (4) The International Character

of Arbitration; (5) The Arbitrability of Matters in International Arbitration; (6) Communications, Service and Computation of Time Limits; (7) Limitation of Judicial Intervention and Court Jurisdiction for Intervention in Providing Support and Control over Arbitration; (8) The Arbitration Agreement; (9) The Arbitrators; (10) Arbitration Procedure; (11) The Arbitral Award; and (12) Judicial Review in International Commercial Arbitration.

The first three chapters delimit the legal and conceptual framework that defines, from the Spanish perspective, international commercial arbitration. At least two ideas are relevant in this context: the first idea is that, although the Spanish Arbitration Act contains certain solutions inspired by the *anational* theory of international arbitration, the truth is that Spanish case law, in interpreting the mentioned Act, has assumed a *territorial* approach. The second idea that stands out is that not only the New York Convention and the Geneva Convention can be considered as international sources of international commercial arbitration; the European Convention on Human Rights is also a source of the same. It is therefore important to consider the case law of the European Court of Human Rights in interpreting the Convention in cases involving arbitration. An important example, well developed by the author in chapter 8, is the *Suda v. Czech Republic* judgment, which interprets submission to arbitration from the perspective of article 6 of the mentioned Convention.

The remaining chapters (4 to 12), undertake a rigorous technical analysis of the rules applicable to each issue as well as an in-depth analysis of

Spanish and comparative jurisprudence dictated in the interpretation of the aforementioned rules.

In this context, among other interesting issues addressed, the following deserve special attention.

- (i) The *contract to arbitration* (chapter 9): this is the first study in Spanish doctrine on the *contract* that binds the arbitrator to the parties. The legal qualification of this contract is not a straightforward task, rather the contrary. However it must be assumed that under Spanish law, such contract must be qualified as a *sui generis* one.
- (ii) The *liability of the arbitrators* (chapter 9): it is already well known that the Spanish Supreme Court has been one of the few Supreme Courts worldwide that has condemned arbitrators for civil liability. Therefore, the author studies with particular interest this issue, making an interesting division between the areas where the responsibility of the arbitrator can be expressed. In this vein, the author delimits the responsibility of the arbitrators in those cases where the arbitrator acts in his non-judicial function and in those cases where the arbitrator acts in his judicial function. For those cases where the arbitrator acts in his judicial function, the immunity of the arbitrator must be particularly broad.
- (iii) It is also particularly relevant to note –as mentioned by the author (chapter 9)- that

the Spanish Supreme Court has assumed a “weak interpretation” of the *Kompetenz-Kompetenz* principle, in virtue of which, the judgment regarding the validity of an arbitration agreement challenged by virtue of a plea as to jurisdiction must be complete and not merely superficial.

- (iv) The relationship between EU *private international law* and arbitration is studied in particular detail throughout different chapters of the book (chapters 5, 10 and 12). In this point, special mention should be made to the strong arguments used by the author to consider - contrary to the opinion of another doctrinal sector - that the Rome I Regulation, as the imperative rule that it is, must be applied by the arbitrators in an arbitration with a seat in Europe.
- (v) Finally, in the field of recognition and enforcement of foreign arbitral awards (chapter 12), mention should be made to the special feature established by Spanish case law in this area: the possibility of applying for *non-recognition* of a foreign arbitral award as a principal claim.

The issues described above are only a few of examples that demonstrate the relevance of this book. As I pointed out at the beginning of this review, this is an essential book for those specialists interested in international commercial arbitration in general, and international commercial arbitration from the Spanish perspective in particular.

ARROYO APARICIO, ALICIA, *Contrato de Agencia: principios y análisis*, Aranzadi, 2019, 1ª edición, 160 pp. Prólogo de Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA

Professor of Private International Law

Carlos III University, Madrid

Member of the UNIDROIT Governing Council

ORCID ID: 0000-0003-2236-4641

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5748>

Economic operators use various possibilities to develop their activity or extend the scope of it. They can make use of small structures, but they can also make use of other independent entrepreneurs who have specific skills or who extend their action into a geographical territory of interest to them. This is one of the ways in which entrepreneurs link up with commercial agents.

The relationship between an independent entrepreneur -commercial agent- and his principal was addressed early in the EU system. In fact, as it is known, independent commercial agents were regulated at European level by a Community Directive (Directive 86/653/EEC) and by a national Spanish law, transposing it, Law 12/1992 (LCA).

In the first instance, it could be said that this Directive has been revalidated at European level. Indeed, it should be noted that in 2015 the results of a process of evaluation of the Directive were made public, in the framework of the REFIT Programme, and it was concluded that, after consultation of the Member States and the sectors involved, the Directive should be maintained. The European text was considered to have fulfilled the original objectives, which were to save the differences in national laws concerning commercial representation whereas these differences substantially affect the conditions of competition and the carrying-on of that activity within the Community and are detrimental both to the protection available to commercial agents vis-à-vis their principals and to the security of commercial transactions.

Concerning the Spanish current rules -Law 12/1992 (LCA), the content itself of the Law has

been strengthened. This reinforcement can be said to come from the fact that its content is included with identical rules in the 2018 Proposal for a Commercial Code of the Commercial Section of the Codification Commission. In fact, the Proposal includes the agency contract among these collaboration contracts and essentially maintains the regime already in place in LCA, considering that it has been generally accepted by the doctrine, and has also been the subject of relevant jurisprudential development. Even if the Proposal is paralyzed for the moment, no one doubts that it is a text of clear doctrinal legal value.

On this basis, the author, Alicia Arroyo, makes use of the great opportunity to offer a work once more than two decades of these texts have passed and both have been highlighted as necessary and adapted to the present day. The author rigorously and comprehensively addresses the figure of independent commercial agents and the agency contract from the perspective of the practical problems that have arisen in the exercise of the activity in order to extract the legal principles and analysis from the already important jurisprudence of the ECJ and the national courts.

It is very notable that we are dealing with a systematic study of the figure of commercial agents and the agency contract from a European and national perspective, with references to other Member States Laws when they are of interest.

The treatment of the interesting European and national case law is also a very remarkable point of this book. Of great value is the final list of all the Cases before the ECJ and the inclusion in each section of the work of those outstanding aspects, in

a way used in the treaties of other countries in our environment.

It should be stated that the contents of the book are structured in a pragmatic, clear and direct way. Thus, the International Aspects close Chapter II, which also addresses the delimitation of the characteristic activity of the agent, preceded by the Introductory Notions (Chapter I), followed by the Exercise of the Agent's Activity (Chapter III) and the Obligations of the Agent (Chapter IV). Very relevant in this Chapter are the antitrust aspects and how practical solutions are offered. With regard to the remuneration of the agent and other obligations of the principal (Chapter V), the systems of remuneration are clearly highlighted. Finally, the last chapter - Chapter VI - is devoted to the termination of the contract, not only as regards the causes of termination of the agency contract but above all as regards the most important allowances.

In fact, with regard to the international aspects, the well-known judgment in the Ingmar case is cited. In this case it was considered that some articles of Directive 86/653/EEC which guarantee certain rights to commercial agents after termination of agency contracts, must be applied where the commercial agent carried on his activity in a Member State although the principal is established in a non-member country and a clause of the contract stipulates that the contract is to be governed by the law of that country. But the book before us not only mentions that Judgment of the ECJ but also those of the Wood Floor Case (C-19/09), Unamar (C-184/12), Agro (C-507/15), so we can say that the treatment of the cases is very complete.

All these reasons make us think that this is a necessary and very useful book that we must celebrate.

Carrascosa González, Javier, *El Reglamento Sucesorio Europeo: análisis crítico*, 2ª ed., Colección “Derecho y Letras”, Murcia, 2019, 734 pp.
ISBN: 978-84-09-15499-9

SERGIO CÁMARA LAPUENTE
Catedrático de Derecho civil.
Universidad de La Rioja

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5682>

La trascendencia del Reglamento Sucesorio Europeo [Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012] y las numerosas novedades de orden práctico que ha traído para los Estados miembros que se rigen por él, incluida España, han sido hasta la fecha objeto de profunda investigación y numerosas publicaciones en todo el suelo europeo antes y después de su entrada en vigor en 2015. Junto con valiosos estudios apegados a la solución de los problemas de su aplicación diaria, entre los que destacan en nuestro país algunos notables análisis procedentes del notariado, y otros centrados en el comentario de sus densos 84 artículos, precepto por precepto, en la mejor tradición académica (como el publicado bajo la coordinación del autor del prólogo de la obra en recensión, el prof. CALVO CARAVACA en la Cambridge University Press: CALVO CARAVACA, A.-L., DAVÍ, A., MANSEL, H.P. [eds.], *The EU Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, 2016), presenta rasgos singulares la segunda edición del “Análisis Crítico” del prof. CARRASCOSA, que hacen de él un volumen particularmente atractivo por su equilibrio entre el conocimiento de las dificultades teóricas ilustradas con las mejores interpretaciones y la resolución diáfana de numerosos problemas prácticos.

El catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Murcia, conocido especialista en la materia con diversas publicaciones previas individuales o con su maestro, el prof. CALVO CARAVACA, reedita la primera edición de su obra, publicada en 2014 en la editorial Comares de Granada; se trata de un volumen cerrado a mediados de 2019 que cuenta con 734 páginas de

letra menuda, altamente enriquecido respecto a la previa edición, con más de 1300 notas al pie, 250 resoluciones judiciales, incluidas todas las recaídas desde el TJUE al interpretar el Reglamento y un completísimo catálogo bibliográfico final de 30 páginas ordenado útil y minuciosamente por materias, en el que conviven, sin ningún sesgo espurio, con mira universal y universitaria, obras escritas en castellano, inglés, francés y alemán, que dan cuenta de lo contrastado de las soluciones que el autor aporta con el bagaje doctrinal y jurisprudencial producido en materia tan compleja siete años después de la publicación de la norma europea.

Diversas características de este volumen refrendan la mencionada singularidad: *en primer lugar*, todo en sus páginas está cuidadosamente ordenado y estructurado, desde el mismo índice; un índice muy detallado y limpio, por lo demás, que no llega a reflejar el caudal que se esconde en las páginas posteriores, subdivididas en numerosos otros epígrafes y niveles que descienden a abordar cada detalle en la materia, sin estructurarse en torno al comentario artículo por artículo o capítulo por capítulo del Reglamento analizado. *En segundo lugar*, sin perder rigor técnico en ningún momento, no encontrará el lector un abúlico texto de manual, sino un vivaz despliegue de argumentos y supuestos con los que comprender los recovecos de cada norma; si algo caracteriza los escritos del prof. CARRASCOSA, además de su claridad, es su falta de tibieza: junto con loas o resaltes a tal o cual doctrina o regla que considera técnicamente abonada, descarga su mazo crítico cuando lo estima preciso. Si se nos permite la licencia, podría decirse que junto con la *elegantia iuris*, el prof. CARRASCOSA

posee una contagiosa *alacritas iuris*, pura pasión. Por ejemplo, en coherencia con su muy liberal defensa de la autonomía de la voluntad, el autor alaba el Reglamento por la inclusión preferente de la *professio iuris* expresa en la elección del Derecho aplicable –cuyos orígenes y contexto explica, pp. 16-18, sin dejar de afrontar el problema de la desprotección de los legitimarios, pp. 279-281– y critica que no se haya permitido a los afectados por una sucesión internacional elegir el tribunal competente mediante foros de sumisión *inter partes* (p. 157); su crítica sube de grado al censurar los “foros reforzados” de competencia internacional, basados en “la intención del legislador europeo de procurar que el juez aplique siempre su propio Derecho sustantivo”, con miras a reducir costes procesales, con la realista conclusión de que “lo que es bueno para el juez puede no serlo para las partes, y de hecho, así será con frecuencia”. En tercer lugar, la forma de estructurar el discurso, a caballo entre lo teórico y lo práctico, muy práctico pese al conocimiento académico acreditado –y escrupulosamente citado en cada idea–, es lo que hace el volumen tan sugerente: tras una explicación básica de cada problema, desciende a los detalles de los problemas mediante epígrafes llamados “desarrollo”, en letra aún menor, que se complementan con otros que abordan una “cuestión específica” y, donde es necesario, aporta una batería de “casos” pergeñados y resueltos por el propio autor que no sólo deparan preciosas sorpresas para el lego en Derecho Internacional Privado, sino que resultan inconcusos a la luz de las explicaciones anteriores y son útiles para el operador al tratar de supuestos perfectamente verosímiles con elementos de extranjería e internacionalidad al uso para el profesional español. Todos estos subepígrafes no afloran en el índice, como antes se decía. Pongamos un ejemplo: al abordar el asunto de la “no aplicación del Reglamento a las sucesiones en casos interregionales” sólo este epígrafe aparece en el índice y no los cinco en que se desglosa en varios niveles (pp. 71-77): la regla general de inaplicación a cuestiones puras de Derecho interregional, (a) la aplicación potestativa a esas cuestiones puras, (b) la decisión española sobre la vigencia del art. 9.8 CC como norma de Derecho interregional, “desarrollo” (“la tesis de la remisión estática” con los argumentos en su favor), y (c) la “distinción entre casos puros de Derecho interregional y casos internacionales en que es preciso, posteriormente, concretar cuál es el Derecho español aplicable”; el examen de la

intrincada cuestión de la ley aplicable en sistemas plurilegislativos en estos últimos casos continúa en su sede oportuna (pp. 567-572) –y los oportunos “casos” finales para esclarecer, por ejemplo, qué ley haya de aplicarse al causante norteamericano (del estado de Maryland) que fallece tras residir 20 años en España con inmuebles en Málaga, o el escocés intestado con inmuebles en Tarragona y residencia de 30 años en Zaragoza–.

Pero la riqueza de materiales y estructura no concluye ahí: junto con la exposición, “desarrollo”, “cuestiones específicas” y “casos”, el libro destaca tipográficamente en ocasiones párrafos de “reflexiones críticas” e incluye algún elaborado “cuadro resumen” (como el aportado en las pp. 229-239 para resumir los foros competenciales tras la explicación y reconstrucción de su jerarquía y el carácter “oculto” del foro de la nacionalidad del causante en el texto del Reglamento o el disponible en la p. 600 sobre un supuesto de *litigation planning*).

El libro se estructura en cuatro partes: en la primera, dedicada a los “Aspectos generales del Reglamento Sucesorio Europeo” (pp. 1-117), junto con todo lo que cabe esperar en ella sobre los sistemas sucesorios y el Derecho internacional privado, los caracteres del Reglamento y su ámbito de aplicación material, espacial, temporal y personal, merece la pena destacar las páginas dedicadas a las materias excluidas de la norma europea, donde el prof. CARRASCOSA aborda algunas figuras jurídicas poco conocidas en el Derecho español a través de las que se canaliza la transmisión patrimonial que anticipa la sucesión o prefigura su cesión *post mortem* para que ciertos bienes queden excluidos del caudal relicto, de manera que no se rigen por las normas de conflicto del Reglamento sucesorio sino por otras reglas que el autor se ocupa de esclarecer: así, se expone el régimen de las promesas de testamento, los *trusts* testamentarios, la planificación sucesoria o *will substitutes* (donde se pueden echar de menos algunos estudios muy completos del notario SERRANO DE NICOLÁS o del prof. ALBIEZ DOHRMANN, lo mismo que, en otros apartados, los tres volúmenes de Derecho sucesorio comparado publicados en la Oxford University Press bajo dirección del prof. ZIMMERMANN sobre formas testamentarias, sucesión intestada y legítimas), las *joint tenancies* con el cónyuge supérstite o las fórmulas societarias tontinarias. Abordar estas instituciones complejas y de cuño foráneo con la claridad y síntesis con que lo hace el autor es ya un regalo.

A continuación, el volumen se sistematiza en torno al carácter de “Reglamento triple” que tiene el Reglamento 650/2012 al regular los tres sectores característicos del Derecho Internacional privado en el Derecho sucesorio: la autoridad a la que corresponde la competencia internacional, la determinación de la ley estatal aplicable al fondo del caso y el reconocimiento y ejecución de las resoluciones dictadas por las autoridades de los Estados miembros participantes. Así, la *segunda parte*, titulada “*Competencia internacional*” (pp. 119-243) parte de una delimitación de los conceptos de “tribunal” y “autoridad competente” a efectos del Reglamento, con un preciso desglose de lo que son funciones jurisdiccionales de los notarios a las que se aplicaría la norma europea y lo que son actuaciones extrajurisdiccionales o fedatarias que quedarían fuera de ella. Pero lo más enjundioso de este bloque está seguramente en la explicación de la jerarquía de los foros de competencia internacional y, en particular, en el tratamiento de los casos complejos para precisar la residencia habitual del causante (residencias alternativas y contemporáneas, intermitentes pero frecuentes, residencia habitual pero en período corto de tiempo, los supuestos de menores, diplomáticos, internados, etc.); el autor detalla, con la mejor bibliografía de soporte, el conjunto de circunstancias de hecho relevantes por grupos de casos para ofrecer tentativas soluciones que, una vez más, se sintetizan en unos “casos” finales realistas, bien planteados y resueltos. El prof. CARRASCOSA justifica y defiende el carácter “líquido” del concepto de “residencia habitual” que adopta (sin definirlo) el Reglamento (pp. 174-175) y lleva a cabo las interpretaciones precisas para aclarar cada uno de los foros y su auténtica jerarquía, no tan aparente en el articulado.

La *tercera parte* se dedica a la “*Ley aplicable a la sucesión mortis causa*” (pp. 245-621). Como no podía ser de otra forma, es la parte más extensa del libro, dada la novedad de las reglas comprendidas en los arts. 20 a 38 del Reglamento y la complejidad del Derecho sustantivo de los Estados miembros emboscada tras las normas de conflicto europeas. Una vez sintetizados los caracteres del sistema conflictual del Reglamento, el autor desglosa los puntos de conexión y su prelación: al abordar la ley nacional del causante elegida por éste y pese a su convicción a favor de la autonomía de la voluntad, no ahorra críticas a los problemas y litigiosidad que ocasiona la posibilidad de una *professio iuris* implícita; afronta las ventajas e in-

convenientes de la segunda conexión —la ley del país de residencia habitual del causante— y de la cláusula de excepción. Y en un extenso y detallado apartado (VII) desglosa las concretas cuestiones relativas a la ley reguladora de la sucesión, con pertinentes observaciones de Derecho comparado sobre cuestiones como la desheredación y la legítima, la transmisión a herederos y legatarios de los bienes (donde ya se constataron las dificultades de la disparidad de sistemas que adoptan el criterio de legado *per vindicationem* o del legado *per damnationem* en la primera STJUE sobre el Reglamento, la STJUE 12.10.2017, asunto C-218/16, *Aleksandra Kubicka*), la responsabilidad hereditaria, la partición, etc. Pero, de nuevo, este libro resulta particularmente útil al desentrañar los aspectos más complejos, como la ley aplicable a los testamentos mancomunados o a los contratos sucesorios, así como zonas de intersección como la ley aplicable a la transmisión de los derechos reales sobre bienes de la herencia, los *trusts* o la remisión a sistemas plurilegislativos. La creciente actividad de adaptación legislativa, incluso en el Derecho sucesorio sustantivo nacional, hará que en la próxima edición el autor haya de adaptar algunas referencias, como ocurre con el Derecho navarro y la extensa reforma del Fuero Nuevo de Navarra operada por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril (en vigor desde el 16 de octubre de 2019) —*vid.* p. 7 nota 19 sobre la legítima navarra o p. 494 sobre los pactos sucesorios—.

La *cuarta parte* aborda la “*Validez extraterritorial de decisiones y certificado sucesorio europeo*” (pp. 623-685). Seguramente debido a que el modelo de reconocimiento y ejecución de resolución entre los Estados miembros es tan “poco evolucionado”, por estar diseñado sobre la cuadrícula del Reglamento Bruselas I (2000) —derogado por el Reglamento Bruselas I-bis (2012)—, el autor no ve la necesidad de extenderse en el análisis de reglas consabidas y dedica antes bien su capacidad analítica al novedoso “certificado sucesorio europeo”, que fomenta la eficiencia en la circulación de los bienes sucesorios y simplifica la actuación de herederos, legatarios y ejecutores/administradores hereditarios en las sucesiones transfronterizas. Justamente critica que no se haya conseguido establecer un Registro europeo de testamentos y documentos de última voluntad que hubiera contribuido a incrementar la seguridad jurídica y la operatividad del certificado sucesorio europeo.

Cuando el lector dobla el cabo de las 700 páginas tiene la sensación de estar pertrechado con los

mejores instrumentos para resolver las cuestiones específicas con las que la práctica del siglo XXI y su “endémica” globalización ponen a prueba al profesional del Derecho en su navegación por un océano de normas nacionales e internacionales. Y es entonces, cuando, divisando el final de la minuciosa cartografía que ofrece el prof. CARRASCOSA,

se sorprende de la capacidad de síntesis del autor, en cuyas tres páginas de “consideraciones finales” ofrece un resumen absolutamente fidedigno de lo que han sido sus “críticas” en este análisis, sus cimas personales y los problemas futuros que se vislumbran en la aplicación de la norma europea. Aviso para navegantes, claro.

ANTÓN JUÁREZ, ISABEL, *Acuerdos prematrimoniales internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, 292 pp. ISBN: 978-84-1313-741-4

M^a ÁNGELES EGUSQUIZA BALSAMEDA

Catedrática de Derecho Civil

Universidad Pública de Navarra

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5683>

Han pasado cerca de cuarenta años desde que la Ley 30/1981, de 7 de julio, reintrodujera el divorcio en España, con la instauración de un sistema causal en el que el divorcio se concibió como el último recurso en la fractura de la relación matrimonial, para el que se requería la demostración del cese efectivo de la convivencia conyugal o la violación grave o reiterada de los deberes conyugales. Esta regulación, que daba contenido a la reserva legal prevista en art. 32 de la CE, definió los perfiles del derecho a contraer matrimonio y disolverlo, con un sistema que se anudó al principio del libre desarrollo de la personalidad -art. 10.1 CE- y acercó la realidad jurídica española en derecho de familia a la de los países de nuestro entorno europeo.

La evolución del sentir social hacia un planteamiento más aperturista en la fundamentación de la ruptura del matrimonio llevó a cuestionar la suficiencia de una regulación que, en el caso de la pérdida de la “*affectio maritalis*”, conminaba a los esposos a cruzar el tedioso camino de la separación de hecho o judicial para finalmente alcanzar la meta de la disolución de su vínculo jurídico.

En la senda abierta hacia la simplificación del sistema, la Ley 15/2005, de 8 de julio, flexibilizó aquel régimen sustantivo eliminando la necesidad de justificar la petición de divorcio. A partir de entonces ha bastado en España la mera voluntad de no querer seguir casado para poder divorciarse, ya que ningún efecto conlleva la oposición del cónyuge demandado que no desea la ruptura, ni cabe que el Juez señale quien sea el responsable, ni rechace tal petición; salvo que la demanda se formule antes de que hayan transcurrido tres me-

ses desde la celebración del matrimonio, y ello también es prescindible si concurren alguno de los supuestos del art. 81.2 del CC -art. 86 del CC-.

Con la desjudicialización de la separación y divorcio, en los supuestos en los que existe acuerdo entre los cónyuges y no queda afectado el interés superior del menor, facultada por la Ley 15/2015, 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, se culmina un proceso en el que se remite a la esfera particular la formalización del matrimonio y su disolución, permitiendo a sus actores gestionar privadamente ante el Notario o el Letrado de la Administración de Justicia estos negocios de familia.

En este contexto, como bien pone de manifiesto en su monografía la Profa. Antón Juárez, los acuerdos prematrimoniales o *prenuptial agreements*, de origen anglosajón, adquieren una relevancia incuestionable para resolver, por vía de pacto y con carácter precautorio, los problemas que se generan con la ruptura conyugal a la que, hoy por hoy, se hallan conminados un 57% de los matrimonios en España, y que afectan no sólo a los esposos sino también a la familia creada.

Con un certero tratamiento teórico-práctico, el estudio que nos ocupa realiza un análisis completo y exhaustivo de los acuerdos prematrimoniales, incidiendo en las situaciones en las que pueden existir un elemento internacional.

El trabajo se inicia con un capítulo I dedicado al concepto y razón de ser de los *prenups* en el que, tras abundar en la concepción actual sobre el matrimonio, se incide en el significado de esos acuerdos en previsión del divorcio y su relación con las capitulaciones matrimoniales, diferenciándolos de otros pactos que pueden celebrar los cónyuges en

virtud de su autonomía privada, como los acuerdos matrimoniales, los pactos concluidos ya generada la crisis conyugal, o el convenio regulador del art. 90 del CC. Pondera la autora las razones que pueden llevar a concluir un pacto de esta índole, desgranando cada una de las causas que propician su celebración, en las que la organización de los efectos de la ruptura permiten ofrecer una solución a los conflictos que surgirán inevitablemente; singularmente en los matrimonios de personas de distinta nacionalidad, o que residen en un estado diferente al original, o se hallan deslocalizadas. De especial interés es el análisis que realiza de estos acuerdos como complemento de los protocolos familiares cuando se persigue articular medidas que permitan desligar la empresa y su patrimonio de los efectos indeseados que pueden anudar una ruptura matrimonial y la pelea crematística que involucra los intereses de familia.

Con gran acierto se contextualizan las bondades de la utilización del *prenup* como instrumento que posibilita una tutela privada que palíe los resultados injustos a los que, en ocasiones, aboca un sistema de divorcio *no-fault*, como es el español, mediante el pacto de cláusulas indemnizatorias por incumplimiento de deberes personales; ejemplificando las consecuencias que en derecho español pudieran tener algunas previsiones como la renuncia anticipada a la pensión por desequilibrio por el cónyuge responsable de la ruptura o la indemnización por el cónyuge que ha sufrido el incumplimiento del deber de fidelidad.

De lectura obligatoria para quien desee conocer el estado actual en Derecho comparado de los *prenuptial agreements* es el capítulo II. En él se analizan de manera certera los *case laws* más relevantes de EEUU sobre esta materia -Posner v. Posner, Vechio v. Vechio, In re Marriage of Dawley, Osborne v. Osborne, Scherer v. Scherer, Simeone v. Simeone- y los textos normativos u orientadores sobre los que se han fundamentado -Uniform Premarital Agreements Act de 1983 y Uniform Premarital and Marital Agreements Act de 2012 y Principles of the Law of Family dissolution de 2002-. Sobre el Derecho inglés y gales se profundiza con detalle en lo que supone la aplicación práctica de la *Matrimonial Causes Act* de 1973 y los criterios fijados en la práctica judicial del *prenup* tras la doctrina asentada en el asunto *Radmacher v. Granatino*, de especial relevancia para las “*ancillary relief*” dada la carencia en estos ordenamientos de regímenes económicos ma-

trimoniales. Este panorama comparado se concluye con la semblanza normativa y jurisprudencial del Derecho alemán -arts. 1408 y 1409 BGB- y Derecho francés -art. 1387, 1394 y 1395 Code civil- sobre la materia.

Del análisis trasversal que realiza la autora se deduce la identidad de preocupaciones y problemas que, a pesar de las diferencias existentes entre ordenamientos y sistemas, se hallan presentes en todo pacto prenupcial. Aquellos se concretan, de una manera u otra, en su validez y eficacia: “*ex ante*”, por la prestación de un consentimiento libre e informado, la falta de captación del mismo, la forma en su plasmación, o los límites de su contenido; y, “*ex post*”, por su proyección justa o proporcionada a la situación que en ese momento tienen los cónyuges, resuelta en el ámbito anglosajón a través de la *Second look doctrine* y en el régimen continental europeo mediante la doctrina de la alteración sustancial de las circunstancias respecto del tiempo en el que el pacto se concluyó.

Este encuadre del derecho comparado permite que el lector pueda comprender con mayor nitidez, en el capítulo III, la tipificación realizada de esta figura por el legislador catalán en el art. 231.20 del CCCa, así como su dimensión en el marco general del Código civil y legislaciones forales, una vez que su realidad ha sido admitida por la STS de 24 de junio de 2015. El esfuerzo que se realiza por identificar la naturaleza jurídica que cabe atribuir a este pacto en el ordenamiento jurídico español se acompaña del análisis exhaustivo de los posibles contenidos que integran el acuerdo prenupcial, muy singularmente de aquellos que se han visto cuestionados en su validez o eficacia ante los tribunales; caso, por ejemplo, de la renuncia a la pensión compensatoria, o la controvertida delimitación e indemnización de los deberes personales -temas sobre los que la autora se pronuncia desde una perspectiva técnica sin eludir su opinión personal-.

El cenit del trabajo, en el que se pone de manifiesto la importancia de esta contribución científica, se concentra en el análisis de los pactos prematrimoniales desde la perspectiva del Derecho internacional privado español y europeo, al que se dedica el capítulo IV. Tema ciertamente complejo por cuanto no existe una norma de competencia judicial internacional y de conflicto específico en el marco europeo y nacional que resuelva todos los aspectos que involucran aquéllos en previsión de la ruptura matrimonial.

La autora ofrece una visión clara y pormenorizada sobre las dos grandes cuestiones implicadas en esta materia: la previa de la calificación como acuerdo prenupcial, y la posterior aplicación de los Reglamentos europeos sobre la competencia judicial internacional y la ley aplicable en relación con aquel acuerdo y su contenido. Resulta encomiable el esfuerzo que se realiza por guiar al lector a través del intrincado camino de la resolución de esos problemas respondiendo a las cuestiones sustantivas que se suscitan; caso, por ejemplo, de cuándo puede conocer el tribunal español de un divorcio internacional y su ley aplicable, la calificación, competencia y determinación normativa material que proceden en las reclamaciones alimenticias o prestación compensatoria, o las controversias sobre el régimen económico matrimonial. Todo ello le lleva a examinar en profundidad el régimen aplicable al *prenup* y su contenido en atención a la regulación dispuesta en el Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (R. Bruselas II bis), el Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (R. Roma III), el Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (R. 4/2009), el Protocolo de la Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre Ley aplicable a las obligaciones alimenticias (PH 2007), o el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (RREM),

así como las normas de conflicto recogidas en los arts. 9.2 y 3 y 11 del Código civil.

La monografía concluye con un análisis de los requisitos conflictuales y materiales que deberían concurrir en un acuerdo prematrimonial para superar la revisión judicial ante los tribunales españoles producida la ruptura conyugal con un elemento internacional. En este último capítulo se estudian los requisitos para la validez y eficacia de lo pactado en lo atinente a la capacidad de las partes, forma del acuerdo, prestación del consentimiento, contenido y sus límites conforme al orden público, la moral y la ley, así como las circunstancias concurrentes al tiempo de la ejecución del acuerdo. Este último aspecto, nuclear para la eficacia del pacto prenupcial desde la perspectiva de su valoración judicial, plantea el problema del alcance del principio “*pacta sunt servanda*” y su operatividad en el momento de su aplicación, si la justicia o equilibrio material de lo acordado entre los cónyuges resultaba a tal fecha cuestionable. La incidencia de la cláusula *rebus sic stantibus* en la decisión judicial sobre la renuncia pactada a derechos como la prestación compensatoria o indemnización por el trabajo doméstico, o las consideraciones sobre la validez del reconocimiento de prestaciones patrimoniales no exigidas por ley, o los pactos indemnizatorios que en virtud de la autonomía de la voluntad pudieran haber incluido los futuros cónyuges en caso de causar la ruptura matrimonial, cierran este exhaustivo estudio.

Nos encontramos, en suma, ante una monografía bien documentada, con un contenido estructurado y tratamiento acabado de los temas, que refleja la madurez científica de su autora. De lectura aconsejable para quien quiera conocer con rigor un mecanismo cada vez más presente en la práctica jurídica española, es de estudio obligatorio para quien precisa en su actividad profesional asesorar predictivamente sobre ese tiempo en que, superado el amor, se busca el olvido para pasar página en la vida.

DE MIGUEL ASENSIO, PEDRO. *Conflict of Laws and the Internet*, Cheltenham, Edward Elgar, 2020, 529 pp. ISBN: 978 1 78811 081 5

ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ

*Profesor Titular (acreditado a Catedrático) de Derecho internacional privado
Universidad de Oviedo*

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5684>

1. We are before an excellent book that provides a thorough analysis of the three main areas of conflict of laws, jurisdiction, choice of law and enforcement of judgments, with regard to the five major fields of private law directly affected by Internet activities: information society services and internal market, data protection and personality rights, copyright, industrial rights and unfair competition, and contracts.

In this context, as it is well known, the evolution undergone in this sector during the last two decades by the rules on Private International Law has been profound. As this great monograph demonstrates, even in some areas where the provisions themselves have not been amended, their interpretation has been deeply transformed to cope with the challenges posed by the potential global reach and ubiquitous nature of Internet activities. Notwithstanding that, Internet conflict of laws is a sector in which the uniform interpretation and future development of a high number of EU provisions poses significant uncertainties. Therefore, this unique study combining Internet Law and Private International Law from a European perspective is a very remarkable contribution. The focus on EU law is supplemented with the interesting comparison with the main developments in other influential jurisdictions, particularly the United States. The comparative perspective focuses on certain areas where it is particularly useful to assess the possible alternatives to current EU rules.

2. Prior to the study of all these mentioned fields, chapter 1 discusses the different approaches to Internet regulation, the significance of

self-regulation and the role of private international law in this connection. It also presents the basic features of EU private international law in a comparative perspective as an introduction to the rest of the book.

Chapter 2 discusses the position of Internet service providers in the internal market and how the place of establishment influences the scope of obligations imposed on them. The implications of the country of origin principle and the geo-blocking Regulation and their interplay with the general choice of law rules are analysed in detail. Particular attention is devoted to the liability limitations of Internet intermediaries, such as platforms, laid down in the e-commerce Directive. Given the horizontal approach adopted in EU law with respect to such limitations, they also apply to areas of the law discussed in the remaining chapters of the book.

Chapter 3 focuses on the EU General Data Protection Regulation and its amended territorial scope of application. The aim was to clarify that it covers the processing of data of subjects who are in the Union by a controller or a processor not established in the Union where the processing activities are related to offering goods or services to such data subjects. This Chapter discusses the rationale that supports the new approach and the relevant criteria for its interpretation in the light of the recent case-law of the Court of Justice. It also covers the implications of the distribution of competences between the supervisory authorities of the Member States concerning cross-border situations and the conflict of laws issues raised by the so-called private enforcement of data protection law. Finally, jurisdiction, choice of law and

recognition regarding online defamation and the violation of personality rights are discussed thoroughly in the rest of the chapter.

Chapter 4 on copyright and related rights includes a rich introductory analysis on the main features of EU copyright law and the challenges raised by its adaptation to the digital context and the evolution of the Internet. Notwithstanding international harmonization in the field of IP, the availability of proceedings concerning infringements of foreign IP rights and the limitations imposed on them vary significantly between countries. The complex challenges surrounding the interpretation of the provisions on international jurisdiction of the Brussels I (Recast) Regulation to copyright infringement claims concerning Internet activities are discussed in connection to the recent practice of the CJEU in this area. Among many other topics, the chapter addresses the determination of the place of infringing activities as ground of jurisdiction in those situations involving the exploitation and infringement of copyright and related rights on digital networks. It further addresses the choice of law issues posed by copyright protection regarding Internet activities, including an assessment of possible alternatives or limitations to the *lex loci protectionis* rule in the field of copyright.

Chapter 5 begins with a discussion of the main issues raised by the protection of unfair competition and industrial property rights with regard to Internet activities in the light of EU developments in these fields. The main types of disputes that may arise and the essential features of international controversies are presented. Concerning the protection of signs not only trademarks but also domain names are considered, including the private international law aspects raised by the special alternative dispute resolution mechanisms established. The Chapter discusses in detail the application of EU rules on international jurisdiction to all claims in these fields of the law. The most important factors influencing forum selection by plaintiffs are discussed. Special attention is paid to the interpretation of jurisdiction rules over infringement claims, the role of choice of forum agreements and the jurisdiction to adopt provisional measures. Concerning choice of law, the study focuses on the interpretation of Articles 6 and 8 of the Rome II Regulation and other related provisions for the determination of the law applicable to the relevant disputes. With respect to unfair com-

petition, the focus rests on the interpretation of the market effects rule to the relevant Internet activities and its relationship with the so-called country of origin principle in the EU. Possible limitations and alternatives to the basic criterion leading to the distributive application of the laws of the several protecting countries to infringing activities in more than one country are considered. The scope and effectiveness of injunctions are also discussed concerning claims based on national provisions and EU unitary rights, particularly trademarks.

The final Chapter focuses on electronic contracts. It begins by providing a general overview of the achievements of the efforts to harmonize contract law concerning online transactions at EU and international level. A typology of the relevant contracts is presented to facilitate the discussion on the application of the conflict-of-laws rule in this area. Particularly significant is the characterization of consumer contracts. Contracts in social networks and platforms, peer to peer transactions and so-called smart contracts receive also particular attention. Concerning jurisdiction, the interpretation of the special jurisdiction ground for contracts established in Article 7(1) of the Brussels I Regulation (recast) remains uncertain with respect to Internet related contracts, particularly as regards the determination of the 'place of performance'. The location of the place of delivery of the goods in the case of sale contracts as well as the place of provision of the services are discussed with a focus on the special challenges posed by Internet transactions.

As regards applicable law, the limits to party autonomy and the effects of the clauses on choice of law included in standard terms by providers of information society services are also discussed in detail in Chapter 6. Formation of contract, formal requirements, validity of certain typical clauses and standard terms are among the contract law issues considered. Chapter 6 covers also the applicable law to Internet related contracts in absence of choice of law. In particular, issues concerning contracts having intellectual or industrial property rights as their subject matter, such as license agreements, remain controversial due to the lack of special provisions in the Rome I Regulation. Other issues covered are those related to the significance of overriding mandatory provisions, including the interplay between the law of the contract and the law governing the processing of personal data.

Finally, mediation and arbitration are covered by the section on alternative dispute resolution. The implementation of the instruments in the field of online dispute resolution adopted at EU level and their significance as an alternative to cross-border court proceedings are also considered.

3. To conclude, this innovative book is an excellent monograph with the extraordinary value of connecting different topics. It does not contain a compilation of articles on several related topics.

Other strength is the perfect balance between of the explanation of complex topics and the depth in their treatments. Instead of focusing on a general academic discussion about Internet regulation or governance, it discusses in detail the most controversial issues that Internet activities pose to EU private international law and provides critical answers to address those issues. Written by an author with previous great and influential contributions in the field, the book provides an unparalleled and very highly-recommended study on a particularly complex field.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., ARENAS GARCÍA, R., DE MIGUEL ASENSIO, P.A., SÁNCHEZ LORENZO, S.A. y STAMPA, G. (editores). *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Prof. Dr. Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson-Reuters, 2020, 1177 pp. ISBN: 978-84-1308-635-4.

JOSÉ M.^a ESPINAR VICENTE

Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Alcalá

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5685>

Falta muy poco para poder decir que, el destinatario al que sus amigos y compañeros rinden este testimonio de afecto, lleva medio siglo dedicado a investigar, enseñar y practicar esta difícil disciplina. En la universidad actual no es frecuente encontrar alguien al que pueda llamarse maestro. Es raro que un profesor imprima en otros un estilo de practicar la triple función que corresponde al jurista integral; es decir, la de entender las normas, la del saber aplicarlas y la de transmitir el conocimiento. Sin embargo él sí se merece el título. Hizo escuela e hizo una buena escuela. Leyendo el libro que ahora se recensiona se nota la impronta de su metodología y tendencia en las aportaciones de quienes trabajaron con él. Por eso no sorprende en absoluto que, coincidiendo con su jubilación, académica, un grupo de colegas, amigos y antiguos discípulos, cualidades muchas veces compartidas, hayan preparado una extensa obra homenaje al profesor José Carlos Fernández Rozas, cuando inicia una nueva etapa en su vida, presidida por la misma ilusión que puso cuando desempeñó su cátedra de Derecho internacional privado en la Universidad de León (1982), en la de Oviedo (1982-1987) y en la Complutense de Madrid (1987-2020).

La obra ha sido editada por Santiago Álvarez González, Rafael Arenas García, Pedro A. de Miguel Asensio, Sixto A. Sánchez Lorenzo y Gonzalo Stampa. Las valiosas aportaciones de sus participantes han convertido este libro en una colección de textos, cuyo valor científico y práctico, debería ser conocido por un amplio sector del mundo jurídico. Tal vez, por esta razón, su primer discípulo y buen amigo el profesor Sixto Sánchez Lorenzo,

Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada, ha querido subrayar la estrecha relación entre la figura del homenajeado y la calidad de los artículos subsiguientes, haciendo preceder su lectura de un perfil académico y bibliográfico y de una emotiva semblanza personal del profesor Fernández Rozas. En esa misma línea la Consejera de Estado Elisa Pérez Vera, (Catedrática emérita y ex Magistrada del Tribunal Constitucional), se ha encargado de glosar su carrera profesional, desde la óptica de la generación que nos precedió, explicando las razones por las que le considera “un internacional-privatista para el siglo XXI” y uno de los que mejor entendieron la incidencia de la globalización sobre la forma de entender el Derecho.

El carácter multidisciplinar de la labor académica del profesor Fernández Rozas y la pluralidad de sus actividades, como investigador, maestro de varias generaciones de juristas, gestor al servicio de la administración pública, editor, abogado y árbitro internacional, se refleja en el abultado y variado número de contribuciones (66) que integran el volumen que tengo el gusto de reseñar. Junto con la colaboración del antiguo secretario de la Corte Internacional de Justicia, Santiago Torres Bernárdez, el bloque principal de dichas contribuciones está integrado por compañeros del mundo académico del Derecho internacional privado, algunos de ellos discípulos de homenajeado: Santiago Álvarez González, Juan José Álvarez Rubio, Rafael Arenas García, Pilar Blanco-Morales Limones, Alegría Borrás, Núria Bouza Vidal, Alfonso Luis Calvo Caravaca, Javier Carrascosa González, M.^a Victoria Cuartero Rubio, Pedro Alberto De Miguel

Asensio, Manuel Desantes Real, M^a Pilar Diago Diago, José María Espinar Vicente, Ángel Espiniella Menéndez, Carlos Esplugues Mota, Fernando Esteban de la Rosa, Ana Fernández Pérez, Quim Forner Delaygua, Víctor Fuentes Camacho, Francisco Garcimartín, Federico F. Garau Sobrino, Eloy Gayán Rodríguez, Cristina González Beilfuss, Iñigo Iruetagoiena Agirrezabalaga, Pilar Jiménez Blanco, Guillermo Palao Moreno, Elisa Pérez Vera, Marta Requejo Isidro, Sixto Sánchez Lorenzo y Blanca Vilà Costa. La participación académica extranjera está integrada por las contribuciones de Bertrand Ancel (Francia), Marie Elodie Ancel (Francia), Jürgen Basedow (Alemania), David Bochatay (Suiza), Andrea Bonomi (Suiza), Adriana Dreyzin de Klor (Argentina), Emmanuel Gaillard (Francia), Rui Manuel Moura Ramos (Portugal), Dário Moura Vicente (Portugal), Leonel Pereznieta Castro (México), Eduardo Picand Albónico (Chile), Jürgen Samtleben (Alemania), Jorge Alberto Silva (México), Benedetta Ubertaini (Italia) y Amalia Uriondo de Martinoli (Argentina). Y cierran este bloque aportaciones de académicos de otras disciplinas jurídicas: Paz Andrés Sáenz de Santa María, Silvia Barona Vilar, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, María Paz García Rubio, Rafael Hinojosa Segovia, Manuel Medina Ortega y Alberto J. Tapia Hermida. Por último, el mundo del arbitraje internacional está presente en esta obra homenaje a través de los trabajos firmados por Roque J. Caivano (Argentina), Luis Felipe Castresana Sánchez, Natalia M. Ceballos Ríos (Argentina), Bernardo M. Cremades, Hernando Díaz-Candia (Venezuela), Mercedes Fernández Fernández, Josep Maria Julià, Enrique Linares Rodríguez, Pedro J. Martínez-Fraga (Estados Unidos), José Fernando Merino Merchán, Jorge Alejandro Mier Hernández (México), Francisco G. Prol, Mauro Rubino-Sammartano (Italia), Francisco Ruiz Ruiséño, Juan Serrada Hierro y Gonzalo Stampa.

Así pues, el libro se estructura en tres bloques temáticos claramente definidos. El primero está centrado en el Derecho internacional privado e incluye estudios relativos tanto a la teoría general como a los condicionantes actuales (Ana Fernández Pérez), el tiempo y los valores esenciales de este ordenamiento (Rafael Arenas García), los problemas que suscita la aplicación del Derecho extranjero y las dificultades que produce las contradicciones que se suscitan a causa de la diversidad de fuentes de positivación (José M^a Espinar Vicente), el método del reconocimiento en el ám-

bito del sistema conflictual (Rui Manuel Moura Ramos), la incidencia de internet a lo largo de un cuarto de siglo (Pedro A. de Miguel Asensio), la privacidad y el Derecho internacional privado a raíz de la propuesta del IDI de 2019 (Marta Requejo Isidro), el origen del DIPr europeo (Victoria Cuartero Rubio) y la urgente y necesaria reforma del Derecho interregional español (Juan José Álvarez Rubio).

La dimensión procedimental presta atención a la notificación y el traslado de documentos extrajudiciales (M^a Pilar Diago Diago), a las acciones en fraude de acreedores en la jurisprudencia del TJUE (Ángel Espiniella Menéndez) y a la norma de competencia internacional: una perspectiva mexicana (Jorge Alberto Silva).

Tras una aportación sobre la ley aplicable al acto notarial en el Derecho interregional (Quim Forner Delaygua) y otra sobre el principio de eficiencia y estatuto personal (Javier Carrascosa González), se encuentran varios estudios centrados en el Derecho de familia, en concreto sobre la ley aplicable a la filiación por naturaleza (Santiago Álvarez González), la reclamación internacional de alimentos, según los textos emanados de La Haya y Bruselas (Alegría Borrás), la sustracción de menores en el nuevo Reglamento 2019/1111 (Cristina González Beilfuss), la publicidad registral del régimen económico matrimonial transfronterizo (Pilar Jiménez Blanco) y el divorcio de extranjeros en la República Dominicana (Jürgen Samtleben). El capítulo del Derecho patrimonial lo inaugura un estudio sobre la ley aplicable a la cesión de créditos en el Derecho internacional privado europeo: lagunas y propuestas legislativas (Francisco Garcimartín), e incluye aportaciones sobre las políticas legislativas de protección con consumidor (Amalia Uriondo de Martinoli), los contratos de consumo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Alfonso Luis Calvo Caravaca), la protección de los consumidores frente a fabricantes, importadores y usuarios intermedios (Eloy Gayán Rodríguez) y las relaciones de consumo en la arena internacional (Adriana Dreyzin de Klor). Por último se presta atención al régimen de los bienes: el patrimonio cultural mueble (Víctor Fuentes Camacho) y la protección transfronteriza del patrimonio cultural inmaterial mediante indicaciones geográficas y marcas colectivas de la UE (Benedetta Ubertaini), y se incluyen dos artículos sobre sucesiones relativos a primeros pasos de la interpretación del

Reglamento de sucesiones (Guillermo Palao Moreno) y a la sucesión por causa de muerte en el sistema chileno de DIPr (Eduardo Picand Albónico)

En el segundo bloque, se agrupa bajo la rúbrica “Derecho del comercio internacional y arbitraje”, una serie de trabajos en los que predominan las aportaciones referidas a esta última institución. Se incluye con carácter previo los estudios de carácter general; el relativo a la crisis y la deconstrucción del arbitraje (Silvia Barona Vilar), el atinente a la reivindicación de su carácter institucional, despojado previamente de adherencias indeseables (José Fernando Merino Merchán), el que atiende a la viabilidad de un sistema de arbitraje comercial obligatorio en España (Josep Maria Julià) y el que se ocupa del desarrollo conceptual y doctrinal de la inmunidad del árbitro (Pedro J. Martínez Fraga)

A continuación figura un conjunto de estudios centrados en las actuaciones arbitrales que abarcan temas de sobresaliente interés. El ámbito del principio de la buena fe en el arbitraje comercial internacional (Hernando Díaz-Candia). La existencia y validez del consentimiento de las partes como pilar esencial de este procedimiento de solución de controversias (E. Gaillard). Las consecuencias de la negativa de las partes a participar y a darse por enteradas de la existencia de un procedimiento arbitral (Mercedes Fernández Fernández). Los mecanismos de obstrucción, dilación y presión frente a la contraparte en el arbitraje (Francisco Ruiz Risueño). El *discovery* arbitral de documentos almacenados digitalmente (Gonzalo Stampa). La posibilidad de que los árbitros remedien algún defecto del laudo una vez pronunciado (Roque J. Caivano y Natalia M. Ceballos Ríos). La utilización del arbitraje como arma procesal frente al adversario (Francisco Ruiz Risueño). Y, finalmente, la impugnación del laudo arbitral en el centro de arbitraje (Juan Serrada Hierro).

También las relaciones entre jueces y árbitros cuentan con un especial tratamiento al abordarse cuestiones como el control judicial de la validez del convenio arbitral (Francisco G. Prol). La litispendencia y los procesos paralelos (Andrea Bonomi et David Bochatay) y el exequátur de laudos extranjeros desde la perspectiva de la Convención de Nueva York de 1958 (Mauro Rubino-Sammartano) y desde la perspectiva española (Rafael Hinojosa Segovia)

En función de su compleja evolución, se presta especial atención al arbitraje de inversiones desde

distintas perspectivas, a propósito de la aplicación del Derecho internacional por los tribunales CIADI en controversias entre Estados y nacionales de otros Estados relativas a inversiones (Santiago Torres Bernárdez), del papel Entidades paraestatales en el arbitraje de protección de inversiones (Bernardo M. Cremades), en orden al ámbito de la reconvencción por parte de los Estados demandados (Luis Felipe Castresana Sánchez), a la aplicación del Derecho de la Unión Europea en el arbitraje de inversiones (Iñigo Iruretagoiena Agirrezabalaga), a la normativa de la Unión Europea en materia de arbitraje tras los nuevos acuerdos de comercio e inversiones (Manuel Medina Ortega) y a la posición de España frente al cumplimiento de los laudos en materia de renovables (Enrique Linares Rodríguez).

Cierran esta sección: un estudio dedicado al sistema español de arbitraje de consumo donde se desarrolla un diagnóstico y se dan claves para un nuevo diseño europeo (Fernando Esteban de la Rosa). Otro consagrado al Centro de Mediación y Arbitraje en materia de patentes europeas (Manuel Desantes Real) y el que consagra Carlos Esplugues Mota a la ejecución de los acuerdos alcanzados en el marco de un procedimiento de mediación en Iberoamérica

El último de los boques que integran esta obra lo conforman contribuciones procedentes del Derecho internacional público, del Derecho europeo y del Derecho uniforme. Al primero corresponde el estudio sobre el auge de la mediación como procedimiento de arreglo dentro de una tendencia común al derecho internacional público y privado (Paz Andrés Sáenz de Santa María). En esta rúbrica se incluye el artículo sobre una comparación entre las leyes española y francesa sobre inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros (Bertrand Ancel y Marie Elodie Ancel). Así como una reflexión sobre la proporcionalidad de las sanciones por infracción de la normativa sobre libre movimiento de capitales y prevención del blanqueo de capitales (Federico F. Garau Sobrino). El sector del Derecho uniforme se introduce con un estudio sobre las diferencias entre “usos” y “costumbres” (L. Pereznieta Castro), Cuenta con una aportación sobre el ámbito de aplicación de los Principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales en la jurisprudencia española (Núria Bouza Vidal) y un artículo acerca del juego del Derecho uniforme de la Unión Europea para colmar las lagunas generadas por los Reglamentos y por los Convenios de Derecho privado (Jür-

gen Basedow). Finalmente, los aspectos materiales del Derecho de la Unión Europea abarcan las limitaciones de la propiedad intelectual en aras de la libertad de información y del uso para citas en la Directiva 2001/29/CE (Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), el producto paneuropeo de pensiones individuales a propósito del Reglamento (UE) 2019/1238 (Alberto J. Tapia Hermida), y el activismo de las jurisdicciones españolas ante el TJUE a lo largo de la crisis económica y financiera en el sector de la vivienda (Blanca Vilà Costa).

Cierran el volumen cuatro importantes estudios sobre la aproximación al significado, contenido y alcance del interés del menor (María Paz García Rubio), la política de la competencia en el contexto de la política económica de los Estados (Jorge Alejandro Mier Hernández), el rol del Derecho comparado en la aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Dário Moura Vicente) y los nuevos métodos de enseñanza frente a idénticos procedimientos de acceso a profesiones liberales y a la Función Pública (Pilar Blanco-Morales Limones).

6. Se trata, como puede comprobarse, de una obra que sus editores han querido estructurar en atención al perfil profesional del homenajeado. Destacaría en ella tres cosas. En primer lugar, el esfuerzo que han puesto sus participantes para contribuir a ella con un nivel que estuviese en consonancia con la gran aportación que ha realizado el profesor Fernández Rozas al Derecho internacional privado. En segundo lugar que el esquema de base y la ordenación de los artículos han conseguido que el libro no integre una colección de estudios independientes. Es una obra que mantiene una línea de coherencia; y lo hace de tal forma que, desde la primera a la última, pueden leerse las distintas aportaciones como los capítulos de un tratado dedicado a las materias que contempla. En tercer lugar, destacaría una cuidada edición que hace fácil su lectura a pesar de las mil ciento setenta y siete páginas que lo integran. Se trata, en consecuencia de una gran obra para un gran profesor con la que disfrutará cualquier jurista, al margen de la especialización desde la que se aproxima a ella.

REDINHA, M.R. / GUIMARÃES, M.R. / LIBERAL FERNANDES, F.: *The Sharing Economy. Legal Problems of a Permutations and Combinations Society*, Cambridge Scholars Publishing, United Kingdom, 2019.

CARMEN HERRERO SUÁREZ

*Profesora titular de Derecho Mercantil
Universidad de Valladolid*

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5686>

Los últimos años han sido testigos del surgimiento de una nueva forma de contratación y organización de la actividad económica, con la irrupción de modelos de negocios en los que, gracias a la intermediación de plataformas de software, se abre la puerta a la participación activa de particulares (*peers*) en la realización de transacciones económicas. Se trata del conocido como “consumo colaborativo o participativo” o “economía compartida” (*sharing economy*), que se extiende a todos los sectores inimaginables: transporte, financiación, alojamiento, maquinaria, etc. Bajo este manto de la *sharing economy* encuentran cabida, no obstante, actividades de muy diversa naturaleza frente a las que, al menos desde una perspectiva jurídica, no cabe una respuesta uniforme. En este sentido, a la economía colaborativa se adscriben, en primer lugar, operaciones o transacciones basadas enteramente en el intercambio o la cooperación y carentes de ánimo lucro. Pero, junto a ellas, también se consideran parte integrante de esta categoría -de hecho, constituyendo su núcleo principal-, actividades consistentes en la prestación de servicios o la cesión de bienes a cambio de una remuneración, actividades en las que, simplemente, se vende un bien o se presta un servicio, por lo que la idea de que se está “compartiendo”, al menos en su tenor literal, no refleja fielmente su naturaleza o caracteres. ¿Qué elementos definen, por tanto, esta economía colaborativa? Si bien distintos aspectos de estos nuevos modelos de negocios han sido acentuados para intentar buscar el nexo común: existencia de bienes infrautilizados, relaciones entre particulares, presencia de elementos colaborativos..., real-

mente, el elemento conductor que aglutina todas estas actividades, lo constituye la ordenación de los mercados por medio de plataformas colaborativas, es decir la presencia de una empresa que gestiona y organiza un mercado, sea este de desplazamientos, de intercambio masivo de espacios de arrendamiento o de cualquier otra actividad.

La economía colaborativa se ha enfrentado a un juicio de valoración, que ha llevado, en sus posiciones más extremas, tanto a una demonización de sus efectos como a una defensa acérrima de sus bondades. Es innegable que la economía colaborativa ha conducido a un incremento de la competencia en numerosos mercados –en muchas ocasiones, estancados y con elevadas barreras de entrada-, favoreciendo la aparición de soluciones alternativas a las ofrecidas por los operadores tradicionales que se han visto obligados a adaptarse a la nueva situación, reduciendo sus márgenes y buscando una mayor eficiencia productiva. No obstante, la irrupción de estos nuevos modelos de negocio no ha sido pacífica y, junto a estos efectos positivos, se han puesto de manifiesto ciertos riesgos o inconvenientes asociados a los mismos. Así, ha desatado los recelos de los mercados tradicionales y un cierto estupor de las Autoridades Públicas, que se han venido mostrando muy titubeantes a la hora de hacer frente a alguno de los retos o problemas nuevos que han venido surgiendo. Si bien cada sector económico afectado tiene su catálogo específico de problemas, sí puede identificarse una línea crítica general: problemas de competencia desleal con los operadores tradicionales en mercados iguales o cercanos a aquellos en los que operan las distintas plataformas,

preocupación por la adecuada tutela de los intereses de los consumidores y usuarios, problemas de protección de datos, y, fundamentalmente, recelos desde la perspectiva fiscal y laboral.

La falta de regulación o de marcos legales definidos en relación a estos modelos de negocios ha propiciado en muchos países, además de un clima de crispación social en los sectores afectados, una importante litigiosidad que se está saldando con fallos contradictorios de los tribunales, sanciones administrativas tanto a las plataformas como a los particulares que las utilizan así como con respuestas muy diversas desde los reguladores nacionales y locales. El ordenamiento jurídico, en sus diversas ramas, afronta el enorme reto de dar respuesta clara a los distintos problemas y cuestiones derivados de la *sharing economy*, lo que exige un importante esfuerzo de delimitación, valorando en qué medida las normas existentes y sus criterios interpretativos resultan de aplicación a los nuevos modelos de negocios o, por el contrario, las especificidades de estos, exigen una respuesta normativa *ad hoc*. Se exige, por tanto, que, desde una perspectiva jurídica, se vaya desbrozando toda la maleza que rodea al consumo colaborativo, para poder garantizar la seguridad jurídica y dar una adecuada ponderación a los distintos intereses en conflicto.

La obra colectiva coordinada por los profesores REDINHA, GUIMARÃES y LIBERAL, asume ese reto y se enfrenta con valentía, rigor y solidez a los distintos problemas jurídicos que se derivan de esta forma de organización social y económica. En un sugerente prefacio, el profesor GONÇALVES, recuerda que, a lo largo de la historia, el surgimiento de patrones, relaciones o teorías económicas distintas a las tradicionales, suele enfrentarse a un periodo de oposición cultural o negación, que se supera en el momento en que se produce la reacción del mundo jurídico, con la adaptación, renovación o reformulación del marco legal que les da cobertura.

Diversos méritos son atribuibles a esta publicación. Ya se ha apuntado su pertinencia y actualidad. La irrupción de las plataformas colaborativas en todos los sectores de actividad económica exige que estas no operen al margen del marco jurídico de organización de mercado y que encuentren en este su lugar, bien acomodándose junto a categorías tradicionales o bien, al amparo de nuevos referentes normativos. Alejándose de posturas negacionistas o extremas que rechazan estas figuras y abogan por su prohibición, la ma-

yoría de los autores parten de una visión positiva de este fenómeno y su previsible perdurabilidad en el tiempo, resaltando, eso sí, su situación de paralegalidad y esforzándose en buscar la conciliación de los distintos intereses en conflicto y la cobertura de todas las aristas con soluciones de *lege data* y *lege ferenda*.

En segundo lugar, uno de los rasgos más valiosos de esta obra lo constituye su carácter global. Globalidad que consideramos predicable desde distintas perspectivas. Así, por una parte, desde un enfoque sustantivo, la obra, si bien se centra mayoritariamente en los problemas que la economía colaborativa puede plantear desde una perspectiva *ius privatista*, ofrece una visión omnicomprendiva del fenómeno y, utilizando una terminología con reminiscencias económicas, va descendiendo en el análisis de los problemas por distintos niveles: meta, macro y micro para volver a ascender en una perspectiva transnacional. Estas cuatro perspectivas permiten afrontar diversas vertientes del fenómeno colaborativo: desde el análisis de la significación del término “compartir” como concepto técnico en el marco del Derecho privado, pasando por la valoración de algunos de los problemas que se han planteado en relación a la configuración de las relaciones jurídicas en el ámbito laboral y de responsabilidad civil desde una perspectiva general o acercando la lupa a sectores concretos, como el alojamiento, la financiación o el transporte y a específicos ordenamientos jurídicos, como el brasileño, el portugués, el italiano o el español. De hecho, un valor añadido de esta obra desde esta perspectiva sustantiva es su alcance. Sin perjuicio de detenerse en la valoración y análisis de alguno de los problemas más “clásicos” o recurrentes que plantea la economía colaborativa, como la necesidad de profesionalidad o no del prestador de servicios, la presencia de los elementos integrantes de una relación laboral, o la protección del consumidor, la obra se adentra en terrenos menos explorados doctrinalmente, como la responsabilidad civil derivada de accidentes de tráfico en el marco de esta nueva movilidad, el papel de los mecanismos reputacionales o el análisis en profundidad de los mecanismos *online* de resolución de conflictos, entre otros.

La globalidad, tal y como puede deducirse de la breve introducción anterior de sus contenidos, es también predicable desde una perspectiva subjetiva, al tratarse de una obra colectiva ambiciosa que aúna a prestigiosos autores de diversas nacio-

nales con perfiles y especialidades muy diversas. Civilistas, laboristas, internacionalistas..., unidos en una colaboración interdisciplinar que enriquece, sin duda, los resultados de la investigación jurídica y resulta, a nuestro juicio, la forma más sólida y valiosa, de afrontar un problema complejo, alejándose de respuestas o análisis parciales.

Igualmente destacable es la impecable sistemática del trabajo y la claridad expositiva –sin ningún menoscabo del rigor– con la que los autores van

desgranando los problemas y proponiendo soluciones, que facilitan la lectura de esta sugestiva obra y mueven necesariamente a la reflexión intelectual, se comportan o no sus principales conclusiones.

La obra comentada constituye, sin duda, una lectura indispensable, para todos los juristas que deseen acercarse a los problemas que plantea la irrupción y crecimiento progresivo en los mercados de modelos de negocios articulados a través de plataformas colaborativas.

GASCÓN INCHAUSTI, F., HESS, B. (eds.), *The Future of the European Law of Civil Procedure. Cordination or Harmonisation?*, Intersentia, Cambridge, 2020, 290 pp.

GUILLERMO SCHUMANN BARRAGÁN

Contratado Predoctoral FPU

Departamento de Derecho Procesal y Derecho Penal

Universidad Complutense de Madrid

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5687>

Esta obra colectiva ofrece un panorama actual de la interacción entre el Derecho europeo y la legislación procesal civil nacional, así como de su relación con el proceso de armonización entre los distintos ordenamientos procesales nacionales. Es el fruto de las reflexiones y conclusiones alcanzadas en el seminario «*Harmonization of Civil Procedure in the European Union: How far can we go?*», celebrado en el *Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law* en julio de 2018 y organizado por los editores de la obra, los Profs. Fernando Gascón y Burkhard Hess.¹

Como se sabe, tradicionalmente ha sido en el marco de la litigación transfronteriza donde ha influido con mayor intensidad el Derecho europeo en los distintos ordenamientos procesales nacionales. El Tratado de Ámsterdam supuso la creación de un área europea de justicia civil que potenció el desarrollo del Derecho procesal civil europeo y, con la finalidad de asegurar la cooperación judicial y la circulación de resoluciones judiciales, ha permitido al legislador europeo adoptar medidas dirigidas a superar los obstáculos derivados de las diferencias entre los distintos ordenamientos procesales nacionales (arts. 67.4 y 81.1 TFUE). Este marco competencial, junto con los principios de confianza y reconocimiento mutuo, han sido las bases sobre las que se ha desarrollado legislativa y jurisprudencialmente la relación entre el Derecho de la UE y los ordenamientos procesales nacionales.

El continuo desarrollo del Derecho de la UE al amparo del Tratado de Lisboa ha supuesto que con más frecuencia e intensidad el Derecho comunitario influya en procesos civiles de naturaleza eminentemente nacional y respecto de cuestiones reguladas tradicionalmente por el Derecho procesal de los Estados miembros. Esta influencia se desarrolla de forma directa a través de la acción legislativa de la UE y, de manera indirecta, a través de la jurisprudencia del TJUE y de la influencia que tienen en el legislador nacional las soluciones adoptadas en el Derecho procesal civil europeo. Esta nueva dinámica está produciendo un proceso de aproximación entre los distintos ordenamientos procesales nacionales. El libro que se reseña ofrece un panorama completo de este fenómeno y analiza los principales retos a los que se enfrenta el proceso de armonización: encontrar las bases competenciales que justifiquen la actuación normativa de las instituciones de la UE e identificar aquellos estándares mínimos o mejores prácticas que han de adoptarse como elementos armonizadores.

En la primera parte del libro se analizan los distintos enfoques metodológicos posibles para aproximarse al proceso de armonización.

Stefan Huber se centra en los instrumentos en abstracto disponibles para intervenir activamente por vía legislativa en la armonización: leyes modelo, estándares mínimos, recomendaciones, directivas o reglamentos. Se presenta la experiencia europea hasta ahora, se identifican los problemas competenciales que surgen en relación con la actuación directa del legislador en cada caso y se propone en el marco competencial actual cuáles

¹ <https://www.mpi.lu/news-and-events/2018/july/19/harmonization-of-civil-procedure-in-the-eu-how-far-can-we-go/>

son los instrumentos más útiles para alcanzar una mayor integración de las legislaciones procesales nacionales.

Por su parte, Stephanie Law y Janek Nowak llevan a cabo un interesante estudio sobre los principios de equivalencia y efectividad en la jurisprudencia del TJUE como un motor en el proceso de armonización y sus tensiones con el principio de autonomía procesal de los Estados miembros. Se expone el marco político, institucional y competencial en el que se desenvuelve el principio de autonomía procesal de los Estados miembros y su relación con la obligación —materializada en los principios de equivalencia y efectividad— de contemplar aquellas medidas procesales que aseguren la efectividad de los derechos materiales reconocidos en el ordenamiento comunitario. En relación con la capacidad de la jurisprudencia del TJUE de influir en el proceso de armonización, los autores señalan que generalmente las resoluciones del Tribunal están dirigidas a la resolución de un problema particular, en un Estado miembro determinado, conforme a las concretas preguntas planteadas por el órgano judicial nacional que elevó la cuestión prejudicial. Esto supone que sean necesarios conocimientos de Derecho comparado que permitan poner en contexto y delimitar el verdadero alcance «armonizador» de la decisión. Además, y en la medida en que la jurisprudencia del TJUE solo está relacionada con la aplicación del Derecho de la UE, se constata la necesidad de que para alcanzar una verdadera armonización el legislador nacional sea coherente y, para mantener la unidad en el ordenamiento interno, incorpore los estándares establecidos por el TJUE para el resto de los procesos judiciales internos.

Por último, Dominik Düsterhaus se centra en la progresiva «constitucionalización» del proceso civil por parte del TJUE como un elemento de armonización. Se analiza la estructura del art. 47 CDFUE, el ámbito y potencial «constitucionalización» del proceso y la relación de los principios de equivalencia y efectividad con el derecho a una tutela judicial efectiva del art. 47 CDFUE. Se verifica que el razonamiento, método interpretativo y uso del precedente por parte del TJUE en su jurisprudencia permiten la abstracción de principios generales y transversales que constituyan una referencia y fuente de inspiración para el legislador comunitario y nacional en sus respectivas competencias de producción normativa.

En la segunda parte del libro se presenta el

panorama actual de la armonización, tanto en su dimensión vertical o sectorial, como en la horizontal o general. La primera se refiere a la armonización que es fruto de la acción legislativa de la UE en aquellas materias específicas en las que tiene competencia para intervenir en la eliminación de aquellos obstáculos que impidan el buen funcionamiento del mercado interior (art. 114 TFUE): Derecho de consumo, propiedad intelectual, daños por ilícitos concurrenciales o protección de datos. La segunda está relacionada con la armonización de aspectos procesales concretos susceptibles de ser aplicados en general respecto de cualquier materia y que encuentra su fundamento competencial en la superación de los obstáculos que comporta la litigación transfronteriza (art. 81.2 TFUE).

En relación con esta última, Fernando Gascón examina la capacidad de armonización que tienen los reglamentos europeos de cooperación judicial. De ellos es posible extraer un *acquis communautaire* o, como el autor lo llama, un auténtico *corpus iuris processualis europaeum* que sirva de referente para la aproximación de legislaciones procesales. El autor constata que la cooperación judicial en la UE, basada en el principio de confianza mutua, históricamente ha tenido obstáculos en materia civil y ha supuesto más un proceso de coordinación que de auténtica armonización. El hecho de que el conjunto de reglamentos regule aspectos procesales muy concretos en casos de litigación transfronteriza —reducida en términos relativos— ha influido poco en el proceso de armonización. No obstante, se considera que es posible identificar en este *corpus* un conjunto de estándares mínimos y mejores prácticas que sirvan de parámetro para el legislador nacional en su acción legislativa y para el TJUE al dar respuesta a las cuestiones prejudiciales a él planteadas que, también indirectamente, acaben influyendo en los distintos ordenamientos nacionales.

Por su parte, María Luisa Villamarín examina la orden europea de retención de cuentas como un elemento de armonización horizontal en materia de medidas cautelares (Reglamento 655/2014). Se explica que respecto de determinadas cuestiones el legislador europeo ha optado en el Reglamento por una estandarización y por la creación de una regulación autónoma, lo que puede sentar las bases para un futuro procedimiento europeo de medidas cautelares. Además de ello, se identifican aspectos en los que el Reglamento ha im-

pulsado una armonización en los ordenamientos nacionales a través de la fijación de parámetros mínimos: requisitos para la adopción de la orden, régimen de responsabilidad del deudor y régimen de obtención de información de sus cuentas. Por último, se apunta que la regulación de determinados elementos del mecanismo se delega en los distintos ordenamientos procesales, lo que puede suponer un riesgo para su efectividad práctica.

A continuación, Enrique Vallines hace un exhaustivo estudio de la regulación del acceso a fuentes de prueba en las directivas en materia de propiedad intelectual (Directiva 2004/48) y daños por infracciones del Derecho de la competencia (Directiva 2014/104) y la armonización vertical que estas han supuesto. En concreto, se evalúan los elementos esenciales del sistema: la intervención del órgano judicial, la importancia del principio de proporcionalidad y el balance entre los intereses de todas las partes involucradas y el interés público. Se concluye que la regulación puede servir de inspiración al legislador nacional para ampliar su aplicación a cualquier tipo de proceso civil.

También en un ámbito de armonización vertical, Patricia Llopis examina la aproximación de legislaciones nacionales que supone la protección de información confidencial en la directiva de secretos comerciales (Directiva 2016/943). Se expone la definición de secreto empresarial en la Directiva y la influencia directa que tienen en los ordenamientos procesales nacionales aspectos relacionados con la posible limitación de acceso a fuentes de prueba, la publicidad del juicio, la publicación de las resoluciones judiciales o el deber de confidencialidad de los operadores jurídicos. Se concluye que las medidas, más que un proceso de armonización, suponen una auténtica estandarización en las cuestiones procesales reguladas y no se descarta que puedan ser aplicadas por analogía a litigios en materia de patentes, competencia o protección de datos.

Finalmente, Marta Requejo analiza la aplicación privada del Reglamento de protección de datos (Reglamento 2016/679) y las medidas procesales incorporadas en él para lograr su efectividad. En este contexto, se exponen los antecedentes del Reglamento y el cambio de modelo que supone la atribución al individuo de derechos materiales accionables ante la jurisdicción ordinaria que le permitan mantener el control de su información personal. Se examinan los aspectos procesales del Reglamento, su capacidad de armonización y su

utilidad práctica para asegurar la tutela judicial efectiva de los derechos materiales reconocidos. Se concluye que el Reglamento impulsa de forma tímida el sistema de aplicación privada y que, en consecuencia, tiene un limitado alcance en la aproximación de legislaciones procesales.

En la tercera parte del libro se exponen dos iniciativas ambiciosas que pretenden una mayor armonización del proceso civil: el proyecto de ELI/UNIDROIT «*From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure*»² y la Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la elaboración de una directiva sobre normas mínimas comunes del proceso civil en la UE³.

Elisabetta Silvestri hace una introducción general del Proyecto ELI/UNIDROIT. Expone su origen, la metodología de trabajo y avanza algunos resultados obtenidos en el grupo de trabajo al que pertenece: obligaciones de las partes, abogados y jueces.

También en relación con el Proyecto, Michael Stürner expone los avances en materia de acceso a información y prueba. En concreto, explica los principios que subyacen a las reglas propuestas, la incidencia del uso de nuevas tecnologías, la ilicitud en la obtención de fuentes de prueba, los estándares de la prueba, el acceso a fuentes de prueba y el posible impacto de las propuestas en los ordenamientos nacionales. Se concluye que la finalidad del Proyecto es presentar un conjunto coherente de reglas que constituyan un instrumento multifuncional y sirvan modelo para el legislador nacional, europeo y supranacional.

En la misma línea, Christoph Kern expone algunos aspectos que se deben tener en cuenta para la redacción del Proyecto, en particular en relación con las normas sobre resoluciones judiciales y recursos. El autor advierte de la necesidad de ser conscientes de las diferencias semánticas existentes en los distintos ordenamientos, lo que impone la necesidad de realizar estudios de Derecho comparado que permitan delimitar terminológicamente de forma adecuada las expresiones utilizadas. Se constata, por ejemplo, que lo que se proponga en estas materias puede incidir de for-

² <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/current-projects-feasibility-studies-and-other-activities/current-projects/civil-procedure/>

³ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0282_ES.html

ma directa en la organización de la estructura judicial, lo que supone algunas limitaciones legales y constitucionales a las propuestas planteadas y al nivel de armonización pretendido. Además, se explica en qué medida aspectos relacionados con las distintas estructuras del proceso civil en Europa, el principio de cooperación entre las partes, la simplificación de los trámites y las formas han influido en las propuestas planteadas.

En relación con la Propuesta del Parlamento Europeo para la elaboración de una directiva sobre normas mínimas comunes, Fernando Gascón explica su alcance, su valor intrínseco y el salto cualitativo que supone. En relación con su contenido, analiza los distintos «bloques temáticos» que la integran: equidad y eficacia —tutela judicial efectiva, intervención personal en vistas orales y medidas cautelares—, eficiencia procesal —principios generales del proceso y prueba—, acceso a la justicia —soluciones extrajudiciales, gastos procesales y asistencia jurídica gratuita—, equidad del proceso —notificaciones, derecho a la asistencia letrada, interpretación y traducción, principio de buena fe procesal e independencia e imparcialidad judicial—. Finalmente se valora el nivel de armonización que tendría en la práctica la aprobación de la Propuesta y su papel dentro del conjunto de principios y reglas que forman el *corpus iuris processualis europaeum*. Se concluye que la Propuesta hace visible la intención del legislador europeo de activar e interpretar de forma amplia las bases competenciales en materia procesal previstas en el Tratado de Lisboa y de incidir con mayor intensidad en el proceso de aproximación de las legislaciones procesales y la regulación de aspectos reservados tradicionalmente al Derecho procesal nacional.

También en relación con la Propuesta de directiva, Vincent Richard hace una valoración crítica y cuestiona en qué medida la poca concreción de sus normas e identificación de sus preceptos como

estándares, reglas o principios comunes o de mínimos supondrá una armonización real. Además, el autor identifica algunos riesgos asociados al proceso de armonización actual. En concreto, considera que el complejo y fragmentado entramado de reglamentos y directivas que forman el Derecho procesal civil europeo y que pueden incidir en el ordenamiento nacional dificultan su manejo y uso por parte de los operadores jurídicos. Por ello, se propone un proceso de reflexión que lleve a adoptar una visión holística, simplifique el sistema y, en consecuencia, potencie eficientemente el proceso de aproximación de las legislaciones.

Por último, se debe reseñar que la obra está acompañada de un índice analítico de materias y de las resoluciones del TJUE y TEDH referenciadas en las distintas contribuciones.

En definitiva, la obra es una oportunidad única para entender en qué medida el marco institucional y competencial iniciado por Tratado de Ámsterdam y seguido por el de Lisboa y el desarrollo del Derecho de la UE están cambiando la forma en la que se relacionan con estas las distintas legislaciones procesales nacionales. Esta interrelación está llevando a que entre ellas exista un complejo proceso de aproximación en el que intervienen distintos actores y que se encauza a través de diferentes mecanismos: acción legislativa directa o indirecta, horizontal o vertical; principio de efectividad y equivalencia o constitucionalización del proceso. Este estimulante escenario de intercambio de culturas jurídico-procesales, construcción europea y relación entre actores nacionales y europeos supone que, desde hace algún tiempo y cada vez con mayor intensidad, «la regulación del proceso civil [sea] cosa de dos».⁴

⁴ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 11.

PETER MANKOWSKI, *Research Handbook on the Brussels I bis Regulation*,
Edward Elgar Publishing, Cheltenham/Northampton 2020, 392 pp.
ISBN: 9781788110785

JULIA SUDEROW

Profesora de Derecho Internacional Privado
Universidad de Deusto,
Rechtsanwältin y abogada

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5688>

La Carta Magna del Derecho Internacional Privado Europeo, el Reglamento 1215/2012 también conocido como Reglamento Bruselas I Bis, cuenta con una nueva referencia de análisis e interpretación. En efecto, estamos de suerte, PETER MANKOWSKI y un magnífico grupo de expertos aportan sus ideas y visión sobre las cuestiones prácticas y doctrinales más complejas y controvertidas del núcleo del Derecho Procesal Internacional Europeo.

Gracias al desarrollo del mercado interno y a la proliferación de litigios transnacionales el Reglamento Bruselas I Bis forma parte del día a día de todos los juristas europeos más allá de la doctrina y los especialistas en Derecho Internacional Privado tradicionales. En efecto, la libre circulación de sentencias, el *Good Forum Shopping* y los litigios transnacionales son ya una realidad en Europa promovida por este conjunto de normas que ya cuentan con más de cinco décadas de aplicación. Ahora bien, como bien resalta la obra dirigida por PETER MANKOWSKI, el Reglamento sigue presentando zonas oscuras y menos conocidas que siguen sorprendiéndonos con cada cuestión prejudicial. Así las cosas, a pesar de superar la cincuentena, el Reglamento sigue presentando cuestiones no resueltas que son analizadas con maestría y solvencia por autores como PIETRO FRANZINA, ARONS, CARA WARMUTH o el propio PETER MANKOWSKI.

Tanto es así, que gracias a esta Carta Magna Procesal y al avance integrador de la Unión Europea empezamos a observar una nueva categoría de litigación: La litigación civil europea. Así, el análisis realizado por este equipo de expertos está llamado a convertirse en la referencia

europea. Cada capítulo analiza de forma individualizada los puntos más candentes del núcleo procesal europeo.

El estudio arranca con fuerza presentando el análisis de las novedosas acciones colectivas transnacionales realizado por T.M.C ARONS. El autor se enfrenta a la litispendencia y a las acciones conexas en el marco de la litigación colectiva internacional. Las acciones en masa o colectivas o de representación avanzan con paso firme ante los tribunales de cualquier Estado Miembro. Así, los tribunales de Holanda, Alemania, Reino Unido, Italia y España analizan en estos momentos acciones colectivas o en masa planteadas contra los fabricantes de automóviles, camiones, compañías aéreas, bancos o incluso aseguradoras.

El autor resalta el principal problema que plantea estas acciones en el ámbito transnacional y falta de armonización provocada reflejada en la ausencia de normas europeas sobre las acciones colectivas: el reconocimiento de las resoluciones adoptadas sin notificación individualizada en una jurisdicción. Concluye con acierto que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tendrá que pronunciarse tarde o temprano.

El siguiente capítulo y de la mano de SYLVAIN BOLLÉE y ETIENNE FARNOUX presente el novedoso apartado 12 del preámbulo que buscaba rematar el eterno conflicto entre el arbitraje internacional y el Reglamento Bruselas I Bis. A pesar del intento del legislador de zanjar el debate, la contribución de ambos autores muestra que la competencia judicial internacional y el arbitraje internacional seguirán siendo objeto de controversias. Así los autores concluyen que a pesar de declarar la ex-

clusión del arbitraje la práctica de los últimos cincuenta años no es suficiente para evitar la incertidumbre en cuestiones como el reconocimiento de sentencias de otros Estados miembros.

PIETRO FRANZINA analiza la validez sustantiva de los acuerdos de elección de foro mostrando la complejidad del artículo 25 y el limitado alcance de la norma invitando a avanzar en la armonización de las normas de conflicto. Así las cosas, nos recuerda que podemos explorar las opciones que permite el art. 81 TFUE respecto a normas de carácter sustantivo respecto a cuestiones como la definición de la nulidad del acuerdo.

Especial mención merece la contribución de ANTONIO LEANDRO sobre las fricciones prácticas que se plantean entre el Reglamento Bruselas I bis y el Reglamento sobre procedimientos de insolvencia. Así, LEANDRO resalta la interacción entre ambos reglamentos y los problemas de coordinación que se plantean en la definición del ámbito de aplicación y en la ejecución de sentencias relacionadas con la insolvencia transfronteriza.

Además de los autores citados las contribuciones de expertos como T. GARBER, C. HEINZE, L.D. LOACKER, P. MANKOWSKI, F. MAROUGIU BUONAIUTI, J. MEEUSEN, D. MOURA VICENTE, G. PAYAN, A. VAN HOEK, C. WARMUTH y M.M. WINKLER analizan los principales desarrollos legislativos y transna-

cionales en cuestiones como la litispendencia, el derecho laboral colectivo transnacional, la propiedad intelectual e industrial en el Reglamento Bruselas I Bis, comercio electrónico, geobloqueo y derecho internacional privado y grandes clásicos como la culpa in contrahendo.

Es de agradecer que la obra nos aleje del comentario y estudio tradicional para regalar al lector un análisis conciso y bien acotado de las zonas más grises de la litigación civil europea transnacional y todo esto manteniendo la perspectiva práctica y respetando los tiempos.

Esta obra colectiva también nos avanza el futuro del Derecho Procesal Europeo para aquellos profesionales, académicos y estudiantes que cada día con más frecuencia trabajamos con y por el Derecho Internacional Privado.

En definitiva, en menos de 400 páginas, en mi opinión esta obra trata con precisión milimétrica el núcleo del Derecho Internacional Privado Europeo. Se publica en un momento en el que la seguridad jurídica resulta clave para todos los operadores y en especial para la integración europea hacia un único espacio judicial, apuntalada por la transparencia y la igualdad. A mayor seguridad y precisión más integración. Para este viaje, necesitamos las mejores brújulas y la obra dirigida por PETER MANKOWSKI es una de ellas.

CONTALDI, GIANLUCA, *Diritto europeo dell'economia*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2019, pp. VIII-329.

UGO VILLANI

Professore emerito di diritto internazionale

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5749>

Il recente volume di Gianluca Contaldi tratta una materia ampia, complessa e articolata, riuscendo a fornirne un quadro estremamente chiaro e a offrirne una ricostruzione lucida e sistematica. L'autore, pur mostrando sensibilità e padronanza delle problematiche economiche, dalle quali un'opera del genere non può evidentemente prescindere, svolge un'analisi rigorosamente giuridica, sulla base della disciplina risultante dai Trattati e della numerosa normativa secondaria, nonché degli apporti della giurisprudenza della Corte di giustizia. Tale analisi è condotta con acuto spirito critico, mettendo in luce taluni problemi giuridici nascenti dall'adozione di atti dell'Unione, o da iniziative degli Stati membri, o da pronunce della Corte di giustizia, nonché le ricadute economiche e sociali delle politiche di volta in volta perseguite dalle istituzioni europee.

Il volume si articola in otto capitoli, ciascuno corredato da un ampio apparato bibliografico. Un dettagliato indice analitico, con il quale esso si chiude, ne agevola la consultazione.

Di fondamentale importanza, per l'impostazione generale della trattazione e per l'individuazione degli aspetti più problematici e critici della materia, è il primo capitolo, dedicato alla costituzione economica europea. In esso, anzitutto, si sottolinea come il mercato interno – giustamente considerato equivalente alla denominazione “mercato comune”, presente nel testo originario del Trattato sulla Comunità economica europea – rappresenti il fondamento, il “punto focale” del sistema economico europeo. A esso, infatti, si collegano gli altri settori normativi, nell'esame dei quali si articola il volume: la politica commerciale comune, che ne

costituisce la proiezione esterna; la politica della concorrenza, volta a evitare la reintroduzione, da parte dei privati, di nuove barriere alla circolazione delle merci; la disciplina degli appalti pubblici, il cui scopo principale è di garantire la concorrenza contro il rischio che gli Stati membri, grazie alla propria normativa sui contratti con la pubblica amministrazione, favoriscano le imprese nazionali; la politica economica e monetaria, la quale muove dal presupposto della libera circolazione dei capitali e di questa rappresenta l'evoluzione e il completamento.

L'altro caposaldo sul quale l'autore ricostruisce il diritto europeo dell'economia è il concetto di economia sociale di mercato, sul quale, ai sensi dell'art. 3, par. 3, del Trattato sull'Unione europea, si basa lo sviluppo sostenibile dell'Europa, nel contesto della instaurazione del mercato interno. Seppure in qualche misura ridimensionata dall'ulteriore specificazione di tale economia come “fortemente competitiva” – che richiama concezioni di stampo essenzialmente liberista –, l'economia sociale di mercato evoca un'attenzione particolare verso le classi più deboli, da realizzare mediante interventi statali che, pur non risolvendosi in un dirigismo statalista, diano vita a strumenti di adeguata protezione sociale e a uno sviluppo complessivo socio-economico. È lo stesso art. 3, par. 3, del resto, che dichiara espressamente che tale economia sociale di mercato “mira alla piena occupazione e al progresso sociale”.

Sebbene tale nozione sia stata inserita nei Trattati europei solo dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, è noto che, sin dalle origini del processo d'integrazione europea, essa ispirò la

concezione e il funzionamento del mercato comune, secondo i principi dell'Ordoliberalismo elaborati nella seconda metà degli anni '30 del secolo scorso dalla scuola di Friburgo, composta da economisti, giuristi, sociologi, la cui impostazione si concentrava sul benessere dell'individuo e sull'etica delle relazioni economiche. L'autore rileva, peraltro, che la prassi e gli sviluppi dell'Unione europea in materia economica si sono allontanati sotto diversi profili da tale concezione originaria. In essa lo Stato – e, dunque, l'autorità pubblica – svolge un ruolo di garante, controllando il libero giuoco delle forze operanti sul mercato e, se necessario, operando interventi correttivi, mentre l'evoluzione (o, forse meglio, l'involuzione) successiva dà “quasi l'impressione che è il mercato che ha il potere di controllare se stesso”. Vari fattori hanno determinato tale fenomeno, a cominciare dalla liberalizzazione dei movimenti dei capitali, diretti, in principio, verso gli Stati dove ci si può attendere la maggiore remunerazione, per proseguire con le funzioni esercitate dalle potenti società di *rating*, nelle quali il ruolo di controllo è privatizzato, con i meccanismi istituiti per fronteggiare la crisi finanziaria, economica e sociale apertasi nel 2008, volti, in definitiva, a evitare i fallimenti delle banche creditrici di Stati a rischio di *default*, con una certa flessibilità delle regole sugli aiuti di Stato, in particolare di quelli diretti a beneficio degli istituti bancari. Un allontanamento dai principi ordoliberali è riscontrabile anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia concernente i rapporti tra le libertà economiche e i diritti sociali, nella quale il “bilanciamento” è avvenuto a svantaggio di questi ultimi; né una correzione di tale giurisprudenza è ravvisabile a seguito dell'acquisto di piena obbligatorietà della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nella quale i diritti sociali ricevono una significativa tutela. E forse anche il legislatore europeo (per esempio, in materia di distacco dei lavoratori) non ha mostrato quella sensibilità per i diritti dei lavoratori che ci si sarebbe attesi dall'esplicito inserimento dell'economia sociale di mercato nel Trattato sull'Unione europea, così come dal valore giuridico conferito alla citata Carta dei diritti fondamentali.

La trattazione successiva ha per oggetto, anzitutto, le quattro libertà di circolazione, delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, nelle quali si concretizza il mercato interno. Riguardo alla prima l'autore esamina la normativa relativa alle tre aree principali riguardanti l'unione doganale

(comprensiva del divieto, tra gli Stati membri, dei dazi doganali e di qualsiasi tassa di effetto equivalente), il divieto, nel commercio intracomunitario, delle restrizioni quantitative e delle misure di effetto equivalente, i monopoli statali. Una particolare attenzione è dedicata alla disciplina della proprietà intellettuale, distinguendo opportunamente, da un lato, i diritti previsti dai sistemi nazionali, dall'altro, i titoli europei di proprietà intellettuale, in specie il brevetto europeo, del quale si sottolinea l'eccessiva complessità.

L'esame della circolazione delle persone è limitato, coerentemente con l'oggetto del volume, a quelle, economicamente attive, dei lavoratori subordinati e autonomi. Rispetto ai primi si intrecciano interessi spesso confliggenti, come quello delle imprese a localizzare le proprie attività dove i salari e i costi sociali sono più ridotti, l'interesse dei lavoratori al mantenimento dei posti di lavoro e dei livelli retributivi, quello degli Stati a garantire la pace sociale. Quanto ai secondi, nel quadro del diritto di stabilimento è analizzato, specificamente, il riconoscimento dei diplomi, nonché la libertà di stabilimento delle società.

Lo studio si volge, quindi, alla libera prestazione dei servizi, riguardo alla quale sono esposti i principali interventi normativi della Comunità e dell'Unione europea, quale la direttiva servizi del 12 dicembre 2006.

La circolazione dei capitali completa la trattazione delle quattro libertà. Com'è noto, questa libertà più delle altre ha tardato a realizzarsi, dato che, in origine, gli Stati membri, in principio, vietavano l'esportazione dei capitali, sino al punto, come in Italia, di configurare tale esportazione quale reato.

Un capitolo *ad hoc* è dedicato alla politica commerciale comune. Come l'autore sottolinea, essa era stata già qualificata come competenza esclusiva della Corte di giustizia, il che, anche alla luce della normativa rilevante del Trattato CEE, poteva risultare alquanto forzato. Il Trattato di Lisbona ha espressamente confermato tale qualificazione, la quale appare oggi giustificata, tenuto conto, da un lato, dell'ampliamento delle materie incluse in tale politica dall'art. 207 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, dall'altro, della eliminazione, a opera del Trattato di Lisbona, di varie misure di salvaguardia alle quali gli Stati membri potevano ricorrere in precedenza.

La concorrenza è oggetto di un'ampia trattazione. L'autore rileva che essa, sebbene non sia

più menzionata dal Trattato di Lisbona nel quadro dei fini dell'Unione, resta comunque legata al funzionamento del mercato interno. Un'interessante analisi è condotta – alla luce non solo degli atti normativi europei, ma anche di quelli di *soft law* (comunicazioni e linee guida) della Commissione – sugli sviluppi storici dell'azione della Comunità, che hanno messo in luce le mutevoli finalità del diritto antitrust, caratterizzato da una certa flessibilità e tuttora utilizzabile per una pluralità di scopi. Viene quindi esaminata la normativa europea, secondo la classica distinzione tra regole applicabili alle imprese e regole concernenti gli attori pubblici, in specie quelle relative agli aiuti di Stato. Di particolare interesse risultano le pagine dedicate a tematiche emerse più di recente, quale il *private enforcement*.

Dopo l'esame della disciplina degli appalti pubblici, l'ultimo capitolo si occupa dell'unione economica e monetaria. L'autore sottolinea il vizio originario consistente nella asimmetria (o “zoppia”) tra la politica monetaria, che costituisce una competenza esclusiva delle istituzioni europee, a cominciare dalla Banca centrale europea, e la politica economica, nella quale gli attori principali restano gli Stati membri (sia pure limitati dal rispetto di talune condizioni), mentre all'Unione europea spetta una funzione di coordinamento. La distinzione tra le due politiche, peraltro, appare più incerta alla luce delle iniziative, di diversa natura, messe in campo dalle istituzioni europee e dagli Stati membri per fronteggiare la grave crisi che, provenendo dagli Stati Uniti, ha investito l'Europa nel 2008. Una particolare attenzione è opportunamente dedicata agli sviluppi della *governance*

dell'economia a seguito di tale crisi, risultanti da un intreccio tra atti dell'Unione e accordi internazionali, come il Trattato di Bruxelles del 2 febbraio 2012 istitutivo del Meccanismo europeo di stabilità (MES) e il Trattato di Bruxelles del 2 maggio 2012 sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica e monetaria (c.d. *Fiscal Compact*). L'autore non manca di svolgere varie considerazioni critiche, specie sul MES, in ordine alla legittimità della sua stessa istituzione, alla sua insufficiente capacità finanziaria, al funzionamento del meccanismo di condizionalità, al rispetto dei diritti individuali, specie di quelli sociali. Si tratta di osservazioni meritevoli della massima attenzione nella fase attuale di eccezionale crisi economica e sociale legata alla drammatica pandemia del Covid-19. A nostro parere non è il caso di affidarsi a strumenti di dubbia efficacia e ispirati, sostanzialmente, agli interessi egoistici di singoli Stati (o delle loro banche), strumenti che, per di più, sfuggono alle regole del diritto dell'Unione, al controllo democratico del Parlamento europeo e a quello giudiziario della Corte di giustizia. Occorre, invece, riaffermare, e realizzare nei fatti, anche con strumenti innovativi, quel principio di solidarietà che, declinato in varie direzioni e in molteplici materie, permea di sé l'intero assetto normativo dell'Unione e che, in definitiva, sin dalle sue origini, anima la costruzione europea.

Il volume di Contaldi, in definitiva, rivela la sua utilità anche per una riflessione sugli strumenti – e, ancor prima, sui “valori” dell'Unione europea – con i quali affrontare la crisi più grave, forse “esistenziale”, che abbia mai colpito l'Unione dalla sua nascita.

Normas de publicación

Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)

1. Contenido y periodicidad

En *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, se publican trabajos de investigación sobre Derecho internacional privado, Derecho uniforme y Derecho privado comparado. Es una revista de publicación semestral (marzo y octubre).

2. Originalidad e idioma

Los trabajos han de ser inéditos y pueden estar escritos en cualquiera de los principales idiomas europeos.

3. Envío de originales

Los originales deben remitirse por correo electrónico a la Secretaría de Redacción (isabel.anton@uc3m.es) hasta el 15 de diciembre para el número de marzo y hasta el 15 de junio para el número de octubre.

4. Publicación y secciones

La publicación de los trabajos será decidida por los Directores de la Revista, con la participación del Consejo de Redacción y siendo asesorados por el Comité Científico, con base en una evaluación externa, independiente y anónima. El trabajo podrá ser “aceptado”, “aceptado con modificaciones” o “rechazado”. Dependiendo de la naturaleza del trabajo, éste será incluido en la sección “Estudios” o en la sección “Varia”.

5. Aspectos formales

En la primera página de los originales ha de constar el título, nombre del autor y filiación académica. A continuación deberá incluirse un resumen en el idioma en que esté redactado el trabajo (máximo 120 palabras) y palabras clave en el idioma en que esté redactado el trabajo (de 3 a 5), así como dicho resumen y palabras clave en inglés. Tras los resúmenes y palabras clave en los dos idiomas, se incluirá un sumario del trabajo.

El texto principal del trabajo deberá estar escrito en Times New Roman, tamaño 12 para el texto principal, y tamaño 10 para las notas a pie de página y para el sumario. El texto principal ha de estructurarse en párrafos numerados consecutivamente.

El Consejo de Redacción dará prioridad a los trabajos que no excedan de 25.000 palabras. Sólo muy excepcionalmente se publicarán trabajos cuya extensión supere las 35.000 palabras.

La numeración de los epígrafes seguirá el siguiente esquema numerado:

- I. _____
 - 1. _____
 - A) _____
 - a) _____

Los párrafos irán numerados en números arábigos.

6. Normas para las citas

a) Bibliografía

- A. L. CALVO CARAVACA, “El DIPr. de la Comunidad Europea”, *International Law. Revista colombiana de Derecho internacional*, nº 2, diciembre 2003, pp. 277-300.
- F. POCAR, “Osservazioni a margine della proposta di Regolamento sulla giurisdizione e la legge applicabile al divorzio”, en S. BARIATTI (Coord.), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., 2007, pp. 267-278.
- S. RÜBERG, *Auf dem Weg zu einem europäischen Scheidungskollisionsrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2006.

b) Jurisprudencia

- STJCE 20 febrero 1979, *Cassis de Dijon*, 120/78, ECLI:EU:C:1979:42.
- STS 22 marzo 2001 (*RJ* 2001/4756).

c) Legislación

- Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE* L 177 de 4 julio 2008, p. 6.
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, *BOE* de 29 diciembre 2007.

7. Responsabilidad de los autores

El contenido de los trabajos publicados en la Revista es responsabilidad exclusiva de los autores de los mismos.

8. Copyright

Se permite que los autores de los trabajos de investigación publicados en la Revista los reproduzcan en otros sitios siempre que se haga mención de que han sido previamente publicados en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (CDT).